



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Arbeitsgruppe Evaluation KG

Evaluation gemäss Art. 59a KG

Zusammenschlusskontrolle Projektbericht P17

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

Bern, 23. Dezember 2008

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

Inhaltsverzeichnis

Überblick und Vorbemerkungen	5
Teil 1: Empfehlung der Evaluationsgruppe Kartellgesetz	7
A Einleitung	9
B Handlungsbedarf	9
C Handlungsmöglichkeiten	11
C.1 Eingreifkriterien	11
C.2 Aufgreifkriterien	16
D Handlungsempfehlungen	16
Teil 2: Forschungsbericht	19
A Ausgangslage	21
A.1 Projektziel	21
A.2 Ökonomische Effekte von Fusionen in oligopolistischen Märkten	22
B Internationaler Vergleich	24
B.1 Tests zur Feststellung erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen	24
B.2 Die Zusammenschlusskontrolle in der EU	25
B.3 Die Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz	26
B.3.1 Gesetzliche Grundlagen	26
B.3.2 Fusionstätigkeit	27
B.4 Zwischenfazit	29
C Klärung des Revisionsbedarfs	30
C.1 Eingreifkriterien	30
C.1.1 Modifikation des CSDP-Tests	30
C.1.2 Einführung des SLC- bzw. SIEC-Tests	31
C.1.3 Wohlfahrtsstandard und Effizienzeinrede	31
C.1.4 Zwischenfazit	35
C.2 Aufgreifkriterien	36
C.2.1 Gesetzliche Grundlagen	36
C.2.2 Anpassung der Grenzbeträge	37
C.2.3 Umgang mit internationalen Fusionen	38
C.2.4 Beurteilung nicht meldepflichtiger Fusionen	39
C.2.5 Zwischenfazit	40
D Zusammenfassung	41
Literatur	43
Anhang 1: Juristische Revisionsanliegen	45
Anhang 2: Begriff der Marktbeherrschung	47
A.1 Einleitung	47

A.2	Marktmacht nach Art. 2 Abs. 1 KG	47
A.3	Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG	49
A.4	Marktbeherrschung nach Art. 7 Abs. 1 KG	50
A.5	Marktbeherrschung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a KG	50
A.6	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	52

Überblick und Vorbemerkungen

Der vorliegende Einzelbericht zum Thema „**Zusammenschlusskontrolle**“ (Projektbericht P17) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG) gemäss Art. 59a KG.¹ Die Evaluation des Kartellgesetzes bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

Der vorliegende Bericht zur Zusammenschlusskontrolle ist der Ebene „Konzept“ zuzuordnen. Das Kartellgesetz mit dem Instrument der Zusammenschlusskontrolle dient der präventiven Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.² Im Abschnitt **Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen** ist das Verfahren vor der Wettbewerbskommission (WEKO) geregelt. Sind gewisse Aufgreifkriterien für ein Zusammenschlussvorhaben erfüllt (Art. 9 KG), so entscheiden die Wettbewerbsbehörden in einer Vorprüfung (Art. 10 Abs. 1 KG), ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 4 Abs. 2 KG). Ist dies nicht der Fall, so wird der Zusammenschluss als unbedenklich beurteilt und das Verfahren eingestellt. Andernfalls sind die Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Prüfung gegeben (Art. 33 KG). Mit der Prüfung wird geklärt, ob der Zusammenschluss als unbedenklich eingestuft werden kann oder unzulässig und daher zu untersagen bzw. unter Auflagen und/oder Bedingungen zuzulassen ist (Art. 10 Abs. 2 KG). Mit diesem zweistufigen Prüfungsverfahren (Vorprüfung und Prüfung) verfügen die

¹ Den Forschungsbericht erstellten Daniel Halbheer, Samuel Rutz und Simon Wey (Mitarbeiter des Sekretariates der Wettbewerbskommission).

² Gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. a KG wird eine Fusion unter dem Begriff des Unternehmenszusammenschlusses subsumiert. Im Folgenden werden die beiden Begriffe der Einfachheit halber synonym verwendet.

Wettbewerbsbehörden über ein repressives Instrument, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Fusionen zu verhindern.³

Das **Projektziel** besteht darin, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob die Voraussetzungen zur Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen im schweizerischen Kartellrecht modifiziert werden müssten, und falls ja, in welcher Art und Weise. Diese Fragestellung ergibt sich

- (i) aus den aktuellen Erkenntnissen in der einschlägigen Literatur;
- (ii) aus dem Vergleich der Eingreif- und Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes mit denen, die in ausländischen Regelwerken zur Anwendung kommen (insbesondere mit denen in den USA, der EU und in Deutschland);
- (iii) aus den kontrovers diskutierten Entscheiden des Bundesgerichtes (BGer) in Sachen *Swissgrid*⁴ und *BZ/20Minuten*⁵ sowie dem Entscheid der WEKO in Sachen *Migros/Denner*⁶.

Der vorliegende Bericht besteht aus **zwei Teilen**, wobei *Teil 1* auf *Teil 2* basiert. *Teil 1* fasst *Teil 2* zusammen und enthält die Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz. *Teil 2* bildet den eigentlichen Forschungsbericht. *Teil 2* enthält u. a. eine Zusammenfassung diverser Anliegen, welche die Anwälte/innen im Rahmen der Evaluation äusserten, die jedoch aus Ressourcengründen nicht oder nur am Rande des vorliegenden Projektes abgehandelt wurden.

³ Die für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Ausführungsbestimmungen (basierend auf Art. 60 KG) finden sich in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

⁴ Urteil (2A.325/2006) des BGer vom 13. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission (Beschwerdeführerin) gegen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke (NOK) (Beschwerdegegnerin) und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss Swissgrid, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 1. Mai 2006 (RPW 2007/2, S. 324 ff.).

⁵ Urteil (2A.327/2006) des BGer vom 22. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG, Tamedia AG und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 (RPW 2007/2, S. 331 ff.).

⁶ Entscheid i. S. Migros/Denner vom 3. September 2007 (RPW 2008/1, S. 129 ff.).

Teil 1:
Empfehlung der Evaluationsgruppe
Kartellgesetz

Zusammenschlusskontrolle

A Einleitung

1. Ziel des Thema „Zusammenschlusskontrolle“ ist es, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob ein Revisionsbedarf betreffend die Voraussetzungen zur Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen im schweizerischen Kartellrecht besteht. Das Projekt ist auf der Ebene „Konzept“ angesiedelt, auf welcher die Analyse von Qualität und Mängel des Kartellgesetzes im Mittelpunkt steht. Entsprechend wurde keine Evaluation von konkreten, einzelnen Fusionsentscheiden der Wettbewerbsbehörden vorgenommen. Mit anderen Worten, ob die WEKO und ihr Sekretariat bzw. übergeordnete Instanzen in einzelnen Fällen „richtig“ entschieden haben sowie die Marktwirkung von Entscheiden, ist nicht Gegenstand dieses Projektes.
2. Im Forschungsbericht (siehe Teil 2 des vorliegenden Projektberichtes) und seinen Anhängen werden die Schwachstellen der heutigen Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz aus ökonomischer und juristischer Sicht beleuchtet und verschiedene Revisionsmöglichkeiten diskutiert. Im Forschungsbericht werden sieben Revisionsvorschläge formuliert, welchen im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle unterschiedliche Priorität zukommen würde und welche teilweise alternativen bzw. komplementären Charakter haben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass eine Revision nur der Aufgreifkriterien (z. B. eine Senkung der Grenzbeträge, welche die Meldepflicht von Fusionen festlegen) nicht zweckführend wäre. Dadurch würde sich in erster Linie nur die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und somit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden erhöhen, ohne dass der im Forschungsbericht beschriebenen Problematik bei der Beurteilung von Fusionen besser Rechnung getragen werden könnte.
3. Aus den einzelnen Revisionsvorschlägen lassen sich verschiedene Szenarien ableiten, wie eine Revision der Zusammenschlusskontrolle aussehen könnte. Der vorliegende Bericht (Teil 1 des Projektberichtes) zeigt auf, welches Revisionszenario von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz als das sinnvollste bzw. zweckmässigste erachtet und somit zur Umsetzung empfohlen wird.
4. In Abschnitt B werden die wichtigsten Gründe dargelegt, weshalb eine Revision der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle angezeigt ist. Abschnitt C fasst die Handlungsmöglichkeiten zusammen, welche sich aufgrund der im Forschungsbericht formulierten Revisionsvorschläge ergeben und nimmt eine Wertung dieser Revisionsvorschläge aus Sicht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vor. Abschnitt D beinhaltet schliesslich die konkrete Handlungsempfehlung der Evaluationsgruppe Kartellgesetz.

B Handlungsbedarf

5. Das Wettbewerbsrecht hat in erster Linie sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt und nicht durch private Marktteilnehmer beeinträchtigt werden. Diese Funktion des Wettbewerbs kann durch private Marktteilnehmer nur dann beeinträchtigt werden, wenn sie über Marktmacht verfügen. Der grösste Teil aller Zusammenschlüsse – seien diese horizontaler oder vertikaler Natur – führt nicht *a priori* dazu, dass die neu entstehenden Unternehmen über Marktmacht verfügen. Sie sind unter Umständen effizient und können wohlfahrtssteigernde Effekte zeitigen. Es gibt aber Zusammenschlüsse, namentlich horizontale Zusammenschlüsse in oligopolistischen Industrien, die Marktmacht begründen bzw. verstärken und denen ein anti-kompetitives Potenzial innewohnt. Die wohlfahrtsmindernden Effekte solcher Zusammenschlüsse können vielfältig sein: Höhere Preise für die Konsumenten/innen, Verschlechterung der Qualität der angebotenen Güter und Dienstleistungen, verringerte Anreize zu Innovationen, Verdrängung oder Fernhalten anderer Wettbewerber etc. Gemeinsam ist diesen Effekten, dass sie einen Wohlfahrtsverlust für die Gesellschaft verursachen.

6. Es besteht heute international ein breiter Konsens, dass die Zusammenschlusskontrolle Instrumente bereitstellen sollte, um solche volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse zu verhindern. Zwar besteht mit der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG ein Instrument, welches es in gewissen Fällen erlaubt, anti-kompetitive Auswirkungen von Zusammenschlüssen *ex post* zu korrigieren bzw. abzumildern. Es herrscht jedoch weitgehend Einigkeit, dass die Missbrauchskontrolle eine Strukturkontrolle, wie dies die Zusammenschlusskontrolle in ihrem Kern ist, nicht ersetzen kann. Eine konsequente Strukturkontrolle führt zudem auch zu einer Entlastung der Missbrauchskontrolle.

7. Die geltende Ausgestaltung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle erlaubt es nicht, anti-kompetitiven Auswirkungen von Fusionen genügend Rechnung zu tragen. Dieses Resultat basiert auf den folgenden Erkenntnissen:

- *Internationaler Vergleich*: Der Vergleich von Eingreif- und Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes mit ausländischen Regelwerken zeigt, dass die geltende schweizerische Zusammenschlusskontrolle äusserst permissiv ist.
- *Rechtliche Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs durch das Bundesgericht*: Die permissive Auslegung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle wurde vom BGer in den kontrovers diskutierten Entscheiden *Swissgrid*⁷ und *BZ/20Minuten*⁸ gestützt. Gemäss BGer reicht die *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung* nicht aus, um in der Schweiz eine Fusion zu untersagen. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, *den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen* (nicht nur erheblich zu beeinträchtigen). Somit wird die Hürde zur Untersagung einer Fusion in der Schweiz klar höher angesetzt, als in europäischen Ländern mit vergleichbaren Regelwerken. Die Verhinderung von Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, ein international viel-diskutiertes Thema, scheint im Lichte dieser Rechtsprechung faktisch ausgeschlossen.
- *Einschlägige Literatur und Entwicklung des wirtschaftlichen Umfeldes*: Eine permissive Zusammenschlusskontrolle, wie sie in der Schweiz besteht, muss vor allem aufgrund des heutigen wirtschaftlichen Umfeldes, welches durch stark zunehmende Konzentrationstendenzen in verschiedenen Industrien geprägt ist, als nicht mehr zielführend bezeichnet werden. In der einschlägigen Literatur herrscht weitgehend Einigkeit, dass Zusammenschlüsse in konzentrierten, oligopolistischen Märkten – infolge unilateraler und/oder koordinierter Effekte – wohlfahrtsmindernde Auswirkungen zeitigen können. Eine zeitgemässe Zusammenschlusskontrolle muss dem wirtschaftlichen Umfeld Rechnung tragen und über ein angemessenes Instrumentarium verfügen, um anti-kompetitive Zusammenschlüsse verhindern zu können.

8. Die WEKO war in *jüngster Vergangenheit* mit verschiedenen Fusionsfällen – so z. B. *Migros/Denner*,⁹ *Coop/Fust*,¹⁰ *Coop/Carrefour*,¹¹ *fenaco/Steffen-Ris*¹² – konfrontiert, die aufgrund der resultierenden hohen Marktkonzentrationen klare Anzeichen für anti-kompetitive Auswirkungen enthielten. In allen genannten Fusionsverfahren hat die WEKO Auflagen und Bedingungen erlassen bzw. Zusagen der Parteien akzeptiert. Dabei blieb umstritten, ob die materiellen Eingreifs-kriterien erfüllt und ob die Auflagen und Bedingungen zur Lösung des diagnostizierten Problems geeignet waren. Es kann vermutet werden, dass die WEKO be-

⁷ 133 II 104.

⁸ 2A.327/2006 Urteil vom 22. Februar 2007.

⁹ RPW 2008/1 S. 129 ff.

¹⁰ RPW 2008/3 S. 475 ff.

¹¹ RPW 2008/4, S. 544 ff.

¹² RPW 2008/2, S. 290 ff.

strebt war, die Lücke zwischen der bestehenden Gesetzgebung und dem wahrgenommenen Handlungsbedarf zu schliessen.

9. Gemeinsam ist den oben erwähnten Zusammenschlussentscheiden zudem, dass in jedem einzelnen Fall das Bestehen einer allfälligen *kollektiven Marktbeherrschung* geprüft wurde. Unter anderem wurde dieses Konzept auch deshalb herangezogen, da die Verhinderung eines Zusammenschlusses aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle in der Schweiz faktisch nicht möglich ist. Eine kollektive Marktbeherrschung ist jedoch nur schwer nachzuweisen und mit verfahrensrechtlichen Problemen behaftet.

10. Ein wichtiger Grund, der für eine Revision spricht, ist der *Harmonisierungsgedanke*. So würde insbesondere die Angleichung der schweizerischen an die europäische Zusammenschlusskontrolle für in westlichen Industrieländern tätige Unternehmen mit Fusionsabsichten eine administrative Erleichterung darstellen. Auch für die Wettbewerbsbehörden hätte eine Harmonisierung Vorteile, da auf eine bestehende Rechtsprechung und eine breite Erfahrung anderer Behörden zurückgegriffen werden könnte.

11. Damit kann festgehalten werden, dass die Evaluationsgruppe Kartellgesetz im Bereich der Zusammenschlusskontrolle Handlungsbedarf sieht.

C Handlungsmöglichkeiten

12. Eine allfällige Revision der Zusammenschlusskontrolle kann grundsätzlich auf zwei Ebenen ansetzen:

- (i) Auf der Ebene der *Aufgreifkriterien*. Dabei geht es um die Frage, welche Zusammenschlüsse den Wettbewerbsbehörden gemeldet bzw. aufgegriffen werden müssen.
- (ii) Auf der Ebene der *Eingreifkriterien*. Hierbei wird die Frage ins Zentrum gerückt, nach welchen Kriterien ein gemeldeter Zusammenschluss – allenfalls unter Auflagen oder Bedingungen – zu genehmigen oder zu untersagen ist.

13. Bildlich gesprochen legen die Aufgreifkriterien die Menge der Zusammenschlüsse fest, die von den Wettbewerbsbehörden einer (Vor-)Prüfung unterzogen werden, währenddem die Eingreifkriterien die Teilmenge der als potenziell anti-kompetitiv eingeschätzten Fusionen bestimmen. Wie in Abschnitt A erwähnt, wäre eine Revision nur der Aufgreifkriterien nicht zweckführend. Dadurch würde sich nur die Anzahl meldepflichtiger Zusammenschlüsse und somit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden erhöhen, ohne dass der skizzierten Problematik der permissiven Zusammenschlusskontrolle besser Rechnung getragen werden könnte. Deshalb wird im Folgenden zuerst auf Handlungsmöglichkeiten im Bereich der Eingreifkriterien (Abschnitt C.1) und danach im Bereich der Aufgreifkriterien (Abschnitt C.2) eingegangen.

C.1 Eingreifkriterien

14. Wie erwähnt, liegt das Hauptproblem der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle darin, dass es unter dem heutigen permissiven Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung kaum möglich ist, allfälligen anti-kompetitiven Auswirkungen von Fusionen adäquat Rechnung zu tragen. Der Handlungsspielraum der Wettbewerbsbehörden in der heutigen Zusammenschlusskontrolle muss zudem infolge der Rechtsprechung des BGer – welches die Ansicht stützt, die Hürde für die Untersagung einer Fusion sei hoch anzusetzen –, als eingeschränkt bezeichnet werden. Vordringlich ist deshalb die Revision des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung.

15. Um zu prüfen, ob ein Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb behindert, wird in der Praxis typischerweise einer der drei folgenden Tests verwendet:

- (i) Mit dem *CSDP-Test* („Creation or Strengthening of Dominant Position“) wird im Allgemeinen geprüft, ob der Zusammenschluss zur *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert werden kann*.¹³ Nach diesem Kriterium sind Fusionen zu verbieten, welche dazu führen, dass nach dem Zusammenschluss ein einzelnes Unternehmen über eine monopolähnliche Stellung verfügt (Einzelmarktbeherrschung) und/oder zwei oder mehr Unternehmen den Markt kollektiv beherrschen (kollektive Marktbeherrschung).
- (ii) Beim *SIEC-Test* („Significant Impediment to Effective Competition“) wird das zweite Glied des CSDP-Tests strikter formuliert und zum vorrangigen Beurteilungskriterium für den Zusammenschluss gemacht: Führt der Zusammenschluss zu einer *erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs*, so ist der Zusammenschluss zu untersagen. Im Gegensatz zum CSDP-Test ist dieser Test auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle anwendbar, d. h. Zusammenschlüsse können aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle untersagt werden.
- (iii) Der *SLC-Test* („Significant Lessening of Competition“) prüft, welcher Grad an nachteiliger Wettbewerbsveränderung, gemessen an der Zunahme von Marktmacht, ein Zusammenschluss nach sich zieht. Ein Zusammenschluss ist zu verbieten, wenn im relevanten Markt eine *erhebliche Verminderung des Wettbewerbs* prognostiziert wird. Mit diesem Test können Zusammenschlüsse – analog zum SIEC-Test – aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verboten werden.

16. Grundsätzlich kommen betreffend des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung zwei Revisionsansätze in Frage:

- (1) Eine *Modifikation des heutigen CSDP-Test*, was primär eine Anpassung des bestehenden Art. 10 Abs. 2 KG beinhalten würde;
- (2) die *Einführung des SLC- bzw. SIEC-Test*¹⁴, d. h. ein Regimewechsel in der Zusammenschlusskontrolle zu einem Test, wie er heute in der EU und verschiedenen anderen westlichen Industrieländern zur Anwendung kommt.

17. Beide Revisionsvorschläge würden die heute bestehenden Probleme in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle lösen, wobei insbesondere bei Revisionsvorschlag 2 die Frage nach der Erfassung von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle restlos geklärt ist. Währenddem Revisionsvorschlag 1 zu einer Angleichung der Zusammenschlusskontrolle an das deutsche Regime führen würde, stünde bei Revisionsvorschlag 2 eine Harmonisierung mit der EU-Zusammenschlusskontrolle im Vordergrund.

18. Mit einer Revision des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung würde sich auch die Frage nach der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Beurteilung von Fusionen stellen, d. h. die Einführung einer so genannten *Effizienzeinrede*. Konzeptionell hat die Effizienzeinrede zum Ziel, dem unter Umständen bestehenden Trade-off zwischen anti-kompetitiven Effekten (z. B. Tendenz zu Preiserhöhungen infolge gesteigerter Marktmacht) und pro-kompetitiven Effekten (z. B. Tendenz zu Preissenkungen infolge synergiebedingter Kostensenkungen) eines Zusammenschlusses Rechnung zu tragen. Die Effizienzeinrede soll folglich sicherstellen, dass eine Fusion nicht verhindert wird, durch welche Effizienzgewinne realisiert werden, die allfällige anti-kompetitive Effekte überkompensie-

¹³ Der CSDP-Test wird auch als Dominance- oder Marktbeherrschungs-Test bezeichnet.

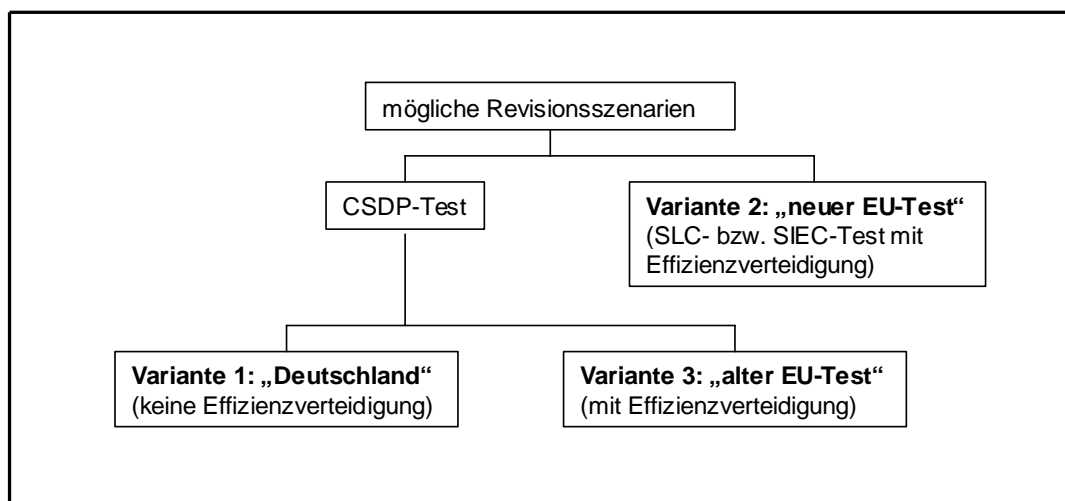
¹⁴ Der SLC-Test und der SIEC-Test können aus ökonomischer Sicht als gleichwertig bezeichnet werden. Beide erlauben die Erfassung von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle. Während der SLC-Test vor allem im angelsächsischen Raum (USA, Grossbritannien, Irland, Kanada etc.) zur Anwendung kommt, werden Fusionen in der EU seit dem Inkrafttreten der neuen EG-Fusionskontrollverordnung anhand des SIEC-Tests beurteilt.

ren. Dabei wird in der Regel als Minimalanforderung verlangt, dass Effizienzen überprüfbar und fusionsspezifisch sind, damit sie im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Prüfung einer Fusion berücksichtigt werden können.

19. Während unter einem SLC- bzw. SIEC-Test typischerweise eine Effizienzeinrede vorgesehen ist, trifft man in der Praxis den CSDP-Test länderspezifisch mit und ohne Effizienzeinrede an. So sehen beispielsweise der deutsche sowie auch der schweizerische CSDP-Test keine eigentliche Effizienzeinrede vor. Der CSDP-Test in der EU, welcher vor der Revision der Fusionskontrollverordnung zur Anwendung kam, beinhaltete hingegen die Möglichkeit einer Effizienzeinrede.

20. Aus den im Forschungsbericht ausführlich und in vorliegendem Bericht übersichtsartig dargestellten Revisionsvorschlägen bezüglich der Eingreifkriterien, lässt sich grundsätzlich eine Vielzahl von Revisionsszenarien konstruieren. So können beispielsweise die verschiedenen Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung und die Anforderungen an eine Effizienzeinrede unterschiedlich kombiniert werden. Wird jedoch das *Kriterium der Harmonisierung* in den Vordergrund gestellt, kristallisieren sich drei Revisionsszenarien (vgl. Abbildung 1) heraus, welche im Folgenden dargestellt werden.

Abbildung 1: Mögliche Revisionsszenarien



Quelle: Eigene Darstellung

- Variante 1: Bei Variante 1 würde der CSDP-Test beibehalten, jedoch Art. 10 Abs. 2 KG revidiert. Insbesondere müsste der Nebensatz „*durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann*“ in Art. 10 Abs. 2 KG modifiziert werden. Es käme eine Streichung oder Neuformulierung (etwa „*durch die wirksamer Wettbewerb beeinträchtigt werden kann*“ oder „*durch die wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werden kann*“) des Nebensatzes in Frage. Damit würde eine weitgehende Angleichung der schweizerischen an die deutsche Zusammenschlusskontrolle erfolgen. Die Einführung einer Effizienzeinrede wäre nicht vorgesehen.
- Variante 2: Bei Variante 2 würde ein SLC- bzw. SIEC-Test eingeführt. Im Sinne des Harmonisierungsgedanken mit der EU wäre es sinnvoll terminologisch von einem SIEC-Test zu sprechen. Mit der Wahl von Variante 2 würde auch eine Effizienzverteidigung in der Zusammenschlusskontrolle eingeführt.
- Variante 3: Bei Variante 3 würde ein CSDP-Test beibehalten, jedoch gleichzeitig eine Effizienzverteidigung eingeführt. Dies würde die schweizerische Zusammenschlusskontrolle auf den Stand der EU vor dem Regimewechsel zum SIEC-Test bringen. Als Mangel dieser Variante kann bereits an dieser Stelle angeführt werden, dass eine Harmonisierung mit einem Fusionskontrollregime

vorgenommen würde, welches in dieser Form heute nicht mehr existiert.

21. Insbesondere bei Variante 2 und 3, welche beide die Einführung einer Effizienzeinrede vorsehen, wäre auch ein „Swiss Finish“ denkbar. Ein solcher „Swiss Finish“ würde vor allem die Wahl des *Wohlfahrtsstandards* betreffen. Der Wohlfahrtsstandard legt weitgehend fest, welche Art von Effizienzgewinnen im Rahmen der Effizienzeinrede berücksichtigt werden können und hat somit einen Einfluss auf die Höhe der Eingreifschwelle in der Zusammenschlusskontrolle. Grundsätzlich werden zwei Wohlfahrtsstandards unterschieden:

- (i) *Konsumentenwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard werden die erwarteten Preisänderungen der Anbieter im relevanten Markt als Beurteilungskriterium herangezogen. Eine Fusion ist zu erlauben, sofern die positiven Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt insgesamt den negativen Effekt aufgrund der höheren Preise überwiegen.
- (ii) *Gesamtwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard wird eine Fusion immer dann genehmigt, wenn die Wohlfahrt insgesamt steigt. Dabei ist es unerheblich, ob die Effizienzeffekte bei den Konsumenten/innen oder den Unternehmen im Markt anfallen. Ein allfälliger Wohlfahrtstransfer von den Konsumenten/innen hin zu den Produzenten wird folglich hingenommen, falls die Fusion insgesamt zu einer Wohlfahrtssteigerung führt.

22. An welchem Wohlfahrtsstandard sich die Wettbewerbsbehörden in einzelnen Ländern orientierten, ist oftmals nicht offensichtlich. Während beispielsweise die EU und auch die USA zu einem Konsumentenwohlfahrts-Standard tendieren, orientieren sich Länder wie Kanada, Australien und Neuseeland an einem Gesamtwohlfahrts-Standard. Aus ökonomischer Sicht gibt es verschiedene Argumente, welche für bzw. gegen den einen oder den anderen Wohlfahrtsstandard sprechen (vgl. dazu Forschungsbericht, Abschnitt C.1.3). Vereinfachend kann gesagt werden, dass der Gesamtwohlfahrts-Standard theoretisch das korrektere Mass darstellt, da er den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen einer Fusion Rechnung trägt. Dessen praktische Umsetzung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist jedoch schwierig, da nicht nur die Effekte auf die Konsumenten/innen, sondern auch auf alle potenziell betroffenen Produzenten abzuschätzen sind. Die quantitative Abschätzung letzterer Effekte muss unter den terminlichen Vorgaben der Zusammenschlusskontrolle als kaum möglich bezeichnet werden. Als Mittelweg zwischen diesen beiden Ansätzen wäre jedoch auch die Verwendung eines *dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards* denkbar. Dieser würde eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit in den Vordergrund rücken und somit nicht nur statische, sondern eben auch ökonomisch wichtige dynamische Effekte berücksichtigen. Mit anderen Worten, dürfte bei einer dynamischen Betrachtung der Konsumentenwohlfahrt die konkrete Wahl des Wohlfahrtsstandards eine untergeordnete Rolle spielen, da in der Praxis kaum mit unterschiedlichen Entscheiden zu rechnen ist.

23. Die nachfolgende Tabelle 1 gibt einen Überblick betreffend die Eigenschaften der Varianten 1 bis 3, inklusive des möglichen „Swiss Finish“.

Tabelle 1: Eigenschaften der verschiedenen Revisionsvarianten (inklusive „Swiss Finish“)

Kriterium	Variante1: „Deutschland“	Variante 2: „neuer EU-Test“			Variante 3: „alter EU-Test“		
		Integrale Übernahme	„Swiss Finish“: Gesamtwohlfahrts-Standard	„Swiss Finish“: Dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard	Integrale Übernahme	„Swiss Finish“: Gesamtwohlfahrts-Standard	„Swiss Finish“: Dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard
Test	CSDP-Test	SIEC-Test	SIEC-Test mit „Swiss Finish“	SIEC-Test mit „Swiss Finish“	CSDP-Test	CSDP-Test mit „Swiss Finish“	CSDP-Test mit „Swiss Finish“
Problem des Marktbeherrschungsbegriffs im KG	gelöst	gelöst	gelöst	gelöst	gelöst	gelöst	gelöst
Erfassung unilateraler Effekte/Rechtssicherheit	umstritten	ja	ja	ja	umstritten	umstritten	umstritten
Harmonisierung	Harmonisierung mit Deutschland	Harmonisierung mit <i>aktuellem</i> EU-Regime	teilweise Harmonisierung mit <i>aktuellem</i> EU-Regime	teilweise Harmonisierung mit <i>aktuellem</i> EU-Regime	Harmonisierung mit <i>altem</i> EU-Regime	teilweise Harmonisierung mit <i>altem</i> EU-Regime	teilweise Harmonisierung mit <i>altem</i> EU-Regime
Effizienzverteidigung	nein (bzw. nicht wie in der EU)	ja	ja	ja	ja	ja	ja
Wohlfahrtsstandard	keine Relevanz	Konsumentenwohlfahrts-Standard	Gesamtwohlfahrts-Standard	dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard	Konsumentenwohlfahrts-Standard	Gesamtwohlfahrts-Standard	dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard
Ökonomische Angemessenheit	Alle Varianten führen im Vergleich zur heutigen schweizerischen Zusammenschlusskontrolle zu einer ökonomisch adäquateren Beurteilung von Fusionen.						
Strenge des Fusionskontrollregimes: theoretische Sicht	Tendenziell ist der CSDP-Test permissiver als der SIEC-Test. Wie streng bzw. permissiv ein Fusionskontrollregime jedoch effektiv ist, hängt davon ab, ob es eine Effizienzverteidigung vorsieht und wie diese ausgestattet (zugrundeliegender Wohlfahrtsstandard, Anforderung an anrechenbare Effizienzen etc.) ist. Eine generelle Aussage kann nicht gemacht werden.						
Strenge des Fusionskontrollregimes: praktische Sicht	Der Regimewechsel in der EU hat nach bisherigen Erkenntnissen zu keiner Verschärfung der Entscheidungspraxis geführt (die primäre Wirkung des Regimewechsels war, die diskutierte Gesetzeslücke zu schliessen). Ein Bericht des Bundeskartellamts zeigt zudem, dass die Anwendung des deutschen Fusionskontrollregimes in der EU zu keinen anderen Entscheidungen geführt hätte. Die einzelnen Varianten können demnach in der Praxis als weitgehend gleich streng bzw. permissiv bezeichnet werden.						

Quelle: Eigene Darstellung

C.2 Aufgreifkriterien

24. Sollte eine Revision der Eingreifkriterien zu Stande kommen, bietet sich gleichzeitig eine Modifikation der Aufgreifkriterien an. Die Aufgreifkriterien legen fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen ein Zusammenschlussvorhaben vor dem Vollzug den Wettbewerbsbehörden melden müssen. Gleichzeitig legt die Ausgestaltung der Aufgreifkriterien aber auch fest, bei welchen Fusionen keine anti-kompetitiven Effekte erwartet bzw. fingiert werden. Somit besteht das Risiko, dass durch Unternehmen – bei gegebenen Aufgreifkriterien – anti-kompetitive Fusionen vollzogen werden, ohne dass dies durch die Wettbewerbsbehörden verhindert werden könnte. Dieses Risiko lässt sich mit weniger toleranten Aufgreifkriterien verringern; damit ist aber sowohl für die Wettbewerbsbehörden als für die meldepflichtigen Unternehmen ein höherer Aufwand verbunden. In der Praxis ist diesem Trade-off bei der Festlegung der Aufgreifkriterien Rechnung zu tragen.

25. In drei Bereichen bestehen Handlungsmöglichkeiten:

- (1) Die *Grenzbeträge (Schwellenwerte)*, welche in der Schweiz eine Meldepflicht auslösen, sind im europäischen Vergleich äusserst grosszügig festgelegt. Dies bewirkt, dass insbesondere Fusionen zwischen kleineren und mittelgrossen Unternehmen im Binnenmarkt, welcher oft konzentrierte, oligopolistische Strukturen aufweist, der Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden entzogen sind. Deshalb erscheint eine Reduktion der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern sinnvoll.
- (2) Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung weist heute ein beträchtlicher Teil der gemeldeten Fusionen eine *internationale Dimension* auf. Dadurch entstehen insbesondere mit den europäischen Wettbewerbsbehörden Doppelspurigkeiten, da viele Zusammenschlüsse mit primär europaweiten/internationalen Auswirkungen auch in der Schweiz meldepflichtig sind. Verschiedene bestehende Instrumente, wie z. B. die Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden aufgrund eines „Waivers“ oder die in Art. 12 VKU vorgesehene erleichterte Meldung, lassen dieses Problem als nicht absolut vordringlich erscheinen. Dennoch wird im Forschungsbericht ein *bilaterales Abkommen mit der EU* (und allenfalls anderer europäischer Länder) betreffend grenzüberschreitende Fusionen vorgeschlagen, da dies zur Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle beitragen und damit die Rechtssicherheit in den Verfahren erhöhen würde.
- (3) Alternativ oder begleitend zur Senkung der Grenzbeträge ist die Einführung eines *Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen* zu überlegen. Dies würde bedeuten, dass grundsätzlich die Vermutung gilt, dass Fusionen, die nicht meldepflichtig sind, nicht anti-kompetitiv sind. Den Wettbewerbsbehörden würde jedoch die Möglichkeit gegeben, gezielt problematisch erscheinende, nicht meldepflichtige Fusionen aufzugreifen und die Vermutung gegebenenfalls zu widerlegen. Damit hätten die Wettbewerbsbehörden ein Instrument zur Verfügung, mit welchem sie jede Fusion, die anti-kompetitive Effekte vermuten lässt, aufgreifen könnte.

26. Zwischen Revisionsvorschlag (1) und (3) bestehen offensichtlich Interdependenzen. Welches genau der optimale Mix zwischen diesen Revisionsvorschlägen wäre, müsste im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle vertieft abgeklärt werden.

D Handlungsempfehlungen

27. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz betrachtet das Kriterium der Harmonisierung als zentral und spricht sich grundsätzlich gegen eine schweizerische „Insellösung“ in der Zusammenschlusskontrolle aus. Von den Revisionsvorschlägen betreffend den Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung wird der heute in der EU zur Anwen-

dung kommenden **SIEC-Test (Variante 2: „neuer EU-Test“)** favorisiert. Dies aus folgendem Grund: Das schweizerische Kartellgesetz, welches 1995 in Kraft trat, orientierte sich weitgehend an der europäischen Wettbewerbsgesetzgebung. Diese Orientierung an der EU-Gesetzgebung widerspiegelt sich auch in der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 und sollte nach Ansicht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz konsequenterweise weiterhin verfolgt werden. So auch im Bereich der Zusammenschlusskontrolle. Eine Individuallösung, wie die Variante 1 („Deutschland“) oder die Variante 3 („alter EU-Test“), würde der Schweiz hingegen kaum Vorteile bringen.¹⁵

28. Mit der Wahl des SIEC-Tests (Variante 2: „neuer EU-Test“) würde die Einführung einer **Effizienzeinrede** einhergehen. Auch im Zusammenhang mit der Ausgestaltung dieser Effizienzeinrede empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz sich an der EU-Lösung zu orientieren. Dies insbesondere, um möglichst weitgehend von einer Harmonisierung der schweizerischen mit der europäischen Zusammenschlusskontrolle zu profitieren. Im Hinblick auf den der Effizienzeinrede zu Grunde zu legende Wohlfahrtsstandard, ist die Evaluationsgruppe Kartellgesetz jedoch der Ansicht, dass ein „Swiss Finish“ vertreten werden kann. Aufgrund der praktischen Umsetzungsprobleme des Gesamtwohlfahrts-Standards, welcher aus ökonomischer Sicht das zu bevorzugende Mass wäre, wird die Verwendung eines **dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards** empfohlen.

29. Sofern der Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung revidiert wird, empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz zudem die Aufgreifkriterien zu überprüfen:

- (1) die **Senkung der Grenzbeträge** auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern;
- (2) der Abschluss eines **bilateralen Abkommens mit der EU** (und allenfalls anderen wichtigen Industriestaaten) betreffend grenzüberschreitende Fusionen;
- (3) die **Einführung eines Vermutungstatbestandes** für nicht meldepflichtige Fusionen.

Dabei ist insbesondere den Interdependenzen zwischen (i) und (iii) Rechnung zu tragen.

30. Weiter empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle, die im Rahmen der Evaluation geäusserten **juristischen Anliegen** (vgl. Anhang 1 des Forschungsberichtes) vertieft zu prüfen.

¹⁵ Eine individuelle Lösung wie sie in Deutschland besteht, würde zudem für die Schweiz erhebliche Risiken bergen. Im Gegensatz zur Schweiz besteht in Deutschland eine langjährige und gefestigte Rechtssprechung betreffend des Marktbeherrschungsbegriffs.

Teil 2:
Forschungsbericht

Zusammenschlusskontrolle

A Ausgangslage

A.1 Projektziel

1. Das Kartellgesetz mit dem Instrument der Zusammenschlusskontrolle dient, wie bereits im Abschnitt „Überblick und Vorbemerkungen“ gesagt, der präventiven Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.¹⁶ Im Gesetzesabschnitt Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist das Verfahren vor der Wettbewerbskommission (WEKO) geregelt. Sind gewisse Aufgreifkriterien für ein Zusammenschlussvorhaben erfüllt (Art. 9 KG), so entscheiden die Wettbewerbsbehörden in einer Vorprüfung (Art. 10 Abs. 1 KG), ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 4 Abs. 2 KG). Ist dies nicht der Fall, so wird der Zusammenschluss als unbedenklich beurteilt und das Verfahren eingestellt. Andernfalls sind die Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Prüfung gegeben (Art. 33 KG). Mit der Prüfung wird geklärt, ob der Zusammenschluss als unbedenklich eingestuft werden kann oder unzulässig und daher zu untersagen bzw. unter Auflagen und/oder Bedingungen zuzulassen ist (Art. 10 Abs. 2 KG). Mit diesem zweistufigen Prüfungsverfahren (Vorprüfung und Prüfung) verfügen die Wettbewerbsbehörden über ein repressives Instrument, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Fusionen zu verhindern.¹⁷

2. Wie eingangs erwähnt besteht das Ziel des vorliegenden Berichts darin, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob die Voraussetzungen zur Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen im schweizerischen Kartellrecht modifiziert werden müssten, und falls ja, in welcher Art und Weise. Diese Fragestellung ergibt sich

- aus den aktuellen Erkenntnissen in der einschlägigen Literatur;
- aus dem Vergleich der Eingreif- und Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes mit denen, die in ausländischen Regelwerken zur Anwendung kommen (insbesondere mit denen in den USA, der EU und in Deutschland);
- aus den kontrovers diskutierten Entscheiden des Bundesgerichtes (BGer) in Sachen *Swissgrid*¹⁸ und *BZ/20Minuten*¹⁹ sowie dem Entscheid der WEKO in Sachen *Migros/Denner*²⁰.

3. Im Rahmen der Evaluation äusserten die Anwälte/innen diverse Anliegen, die aus Ressourcengründen nicht oder nur am Rande im Rahmen des vorliegenden Projektes abgehandelt wurden. Eine Zusammenfassung dieser Anliegen findet sich in Anhang 1.

¹⁶ Im Folgenden werden die beiden Begriffe „Fusion“ und „Zusammenschluss“ der Einfachheit halber synonym verwendet.

¹⁷ Die für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Ausführungsbestimmungen (basierend auf Art. 60 KG) finden sich in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

¹⁸ Urteil (2A.325/2006) des BGer vom 13. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission (Beschwerdeführerin) gegen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke (NOK) (Beschwerdegegnerin) und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss Swissgrid, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 1. Mai 2006 (RPW 2007/2, S. 324 ff.).

¹⁹ Urteil (2A.327/2006) des BGer vom 22. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i. S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG, Tamedia AG und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 (RPW 2007/2, S. 331 ff.).

²⁰ Entscheid i. S. Migros/Denner vom 3. September 2007 (RPW 2008/1, S. 129 ff.).

A.2 Ökonomische Effekte von Fusionen in oligopolistischen Märkten

4. Um Antworten auf die Frage nach der Zweckmässigkeit des bestehenden kartellrechtlichen Instrumentariums zu geben, wird nachfolgend zuerst zwischen horizontalen und vertikalen bzw. konglomeralen Fusionen (in oligopolistischen Industrien) unterschieden.²¹ Diese Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Fusionen ist deshalb wichtig, weil diese nicht das gleiche Potenzial für anti-kompetitive Effekte aufweisen.²² Eine solche Unterscheidung wird nicht nur in der ökonomischen Literatur, sondern auch in der wettbewerbspolitischen Praxis der EU-Kommission und den Antitrust-Behörden der USA vorgenommen. Beispielsweise gibt es in den Regelwerken des Antitrustrechts der USA sowohl *Horizontal Merger Guidelines* (1992, 1997) wie auch *Non-Horizontal Merger Guidelines* (1997), welche detailliert vorschreiben, wie die Behörden horizontale bzw. vertikale Fusionen zu prüfen haben. Analog dazu haben die EU-Behörden *Leitlinien für die Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse* (2004) bzw. *Leitlinien für die Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse* (2007) eingeführt.

5. Horizontale Fusionen können einerseits zu volkswirtschaftlichen Effizienzgewinnen führen, welche beispielsweise aus Grössenvorteilen (Economies of Scale) oder Verbundvorteilen (Economies of Scope) entstehen können.²³ Andererseits führen horizontale Fusionen in oligopolistischen Industrien in vielen Fällen zu steigender Marktmacht der Firmen im relevanten Markt. Die Zunahme der Marktmacht – gemessen durch den Lerner-Index²⁴ – resultiert einerseits daher, dass die an der Fusion beteiligten Unternehmen Anreize haben, ihre Preise zu erhöhen (unilateraler Effekt aufgrund der Elimination des direkten Wettbewerbs). Andererseits haben die anderen sich im Markt befindenden Firmen aufgrund der unilateralen Preiserhöhung der Fusionsparteien einen Anreiz, ihren Preis ebenfalls zu erhöhen (Gleichgewichtsreaktion als Anpassung auf die Preiserhöhung der Fusionsparteien). Auch wenn durch den Zusammenschluss Effizienzen (z. B. in Form von Kostenreduktionen) erzielt werden, sinkt die Wohlfahrt in vielen Fällen, da die Effizienzgewinne der Fusionsparteien nicht die gestiegene Marktmacht kompensieren können.²⁵ Neben den unilateralen Effekten können horizontale Fusionen wegen der Marktstrukturveränderung auch Änderungen in der strategischen Interaktion zwischen den Firmen zur Folge haben. Solche Verhaltensänderungen – beispielsweise der Übergang von nicht kooperativem zu kooperativem (kollusivem) Verhalten – werden in der Literatur als koordinierte Effekte einer Fusion bezeichnet.

6. Aufgrund dieser unilateralen und/oder koordinierten Effekte werden aus einer ökonomischen Perspektive bei horizontalen Fusionen in oligopolistischen Industrien oftmals anti-kompetitive Effekte vermutet. Diese pessimistische Einschätzung ist aus Sicht der einschlägigen Literatur besonders dann angebracht, wenn die Marktkonzentration nach der Fusion hoch ist.²⁶

²¹ Horizontale Fusionen bezeichnen Zusammenschlüsse von Unternehmen, welche im selben relevanten Markt aktiv sind. Bei vertikalen Zusammenschlüssen hingegen verbinden sich Unternehmen, die auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen tätig sind. Konglomerale Fusionen betreffen verschiedene Märkte, die jedoch in keiner horizontalen oder vertikalen Beziehung zueinander stehen. Da es bei konglomeralen Fusionen typischerweise zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, werden sie in der Praxis analog zu vertikalen Fusionen geprüft.

²² Vgl. Bühler und Halbheer (in Druck) und die dort angegebene Literatur.

²³ Gal (2003, S. 247) argumentiert in diesem Zusammenhang, dass - aufgrund der geringen Marktgrösse in kleinen Volkswirtschaften - Fusionen auch in oligopolistischen Märkten eine volkswirtschaftlich effiziente Lösung darstellen können.

²⁴ Der Lerner-Index beantwortet die Frage, wie hoch ein marktmächtiges Unternehmen seinen Preis über den Grenzkosten festsetzen kann (vgl. Motta, 2004, S. 116 ff.).

²⁵ Dieser Trade-Off ist in der Literatur als „Williamson Trade-off“ bekannt (vgl. Williamson, 1968).

²⁶ Vgl. Whinston (2007) für eine ausführliche Darstellung.

7. Analog zu horizontalen Fusionen betrachtet man aus ökonomischer Sicht bei der Beurteilung vertikaler Fusionen den Trade-off zwischen Effizienzeffekten und möglichen anti-kompetitiven Effekten (insbesondere Foreclosure²⁷). Der Effizienzeffekt ergibt sich hauptsächlich daraus, dass eine vertikale Fusion innerhalb des fusionierten Unternehmens in der Regel zu einer Integration komplementärer Tätigkeiten und Produkte führt. Des Weiteren kann durch vertikale Integration auch das Problem der doppelten Marginalisierung eliminiert werden.²⁸ Ein wichtiger anti-kompetitiver Effekt ergibt sich, wenn das integrierte Unternehmen einen Anreiz hat, seinen Gewinn zu steigern, indem es den Zwischenhandelspreis für nicht integrierte Händler strategisch erhöht, um diese weniger wettbewerbsfähig zu machen oder ganz vom Markt auszuschliessen (Raising Rivals' Cost).

8. Im Vergleich mit horizontalen Fusionen werden vertikale Zusammenschlüsse in der ökonomischen Literatur grundsätzlich weniger problematisch eingeschätzt. Als Faustregel kann gelten, dass vertikale Fusionen keine anti-kompetitive Wirkung entfalten können, sofern keine marktmächtigen Unternehmen involviert sind bzw. entstehen und wenn intensiver Interbrand-Wettbewerb herrscht.²⁹

9. Aufgrund dieser Überlegungen soll in diesem Bericht speziell der Revisionsbedarf des Kartellgesetzes im Bezug auf horizontale Fusionen skizziert werden, da in diesem Bereich beträchtliche Unterschiede im Vergleich zu Zusammenschlusskontrollen anderer Länder bestehen und – wie oben aufgezeigt – insbesondere bei diesen Zusammenschlüssen anti-kompetitive Effekte erwartet werden.³⁰ Wie im Folgenden dargelegt wird, unterscheidet sich die schweizerische Zusammenschlusskontrolle vor allem in Bezug auf die kartellrechtliche Erfassung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle von vergleichbaren Regelwerken. Zudem ergeben sich bei den Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes, obwohl diese im Kern jenen anderer Zusammenschlusskontrollen entsprechen, beträchtliche Diskrepanzen (insbesondere betreffend die Höhe der Grenzbeträge). Die nachfolgenden Ausführungen leiten aus diesen Unterschieden und Diskrepanzen verschiedene Revisionsvorschläge für die schweizerische Zusammenschlusskontrolle ab.

10. Dieser Bericht ist wie folgt aufgebaut: Abschnitt B gibt einen Überblick über die gängigen Tests zur Feststellung von erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Fusionen. Dabei werden auch die relevanten Entwicklungen der letzten Jahre in der Zusammenschlusskontrolle der EU aufgezeigt und wesentliche Unterschiede zur schweizerischen Zusammenschlusskontrolle herausgeschält. Abschnitt C präsentiert mögliche Revisionsvorschläge betreffend die Eingreif- und Aufgreifkriterien in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle. Abschnitt D fasst die Ergebnisse zusammen. Anhang 1 enthält eine Auflistung juristischer Anliegen, die im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle zu prüfen wären. In Anhang 2 werden die Bedeutung und Tragweite des Begriffs „Marktbeherr-

²⁷ Foreclosure bezeichnet strategische Verhaltensweisen eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen zur Einschränkung der Möglichkeiten für den Marktzugang potenzieller Wettbewerber auf einem vor- oder nachgelagerten Markt.

²⁸ In vertikalen Beziehungen kann der komplementäre Charakter dazu führen, dass eine Verringerung der Gewinnmargen auf dem nachgelagerten Markt eine gesteigerte Nachfrage auf dem vorgelagerten Markt bewirkt. Ein Teil des Gewinns dieser gestiegenen Nachfrage kommt den vorgelagerten Lieferanten zugute. Ein integriertes Unternehmen wird diesen Gewinn berücksichtigen. Vertikale Integration kann so einen gesteigerten Anreiz für Preissenkungen und Produktionssteigerungen bieten, da sich das integrierte Unternehmen einen grösseren Teil des Gewinns sichern kann. Zum Problem der doppelten Marginalisierung vgl. z. B. Motta (2004, S. 307 ff.).

²⁹ Vgl. Rey und Tirole (2007) für eine ausführliche Darstellung.

³⁰ Da bei vertikalen Fusionen in vielen Fällen keine anti-kompetitiven Effekte vermutet werden und das Instrumentarium des Kartellgesetzes zur Beurteilung solcher Zusammenschlussvorhaben als genügend erscheint, wird in diesem Bericht nicht speziell auf diese Art von Zusammenschlüssen eingegangen. Trotzdem sind die in der Zusammenfassung präsentierten Revisionsvorschläge 4 bis 7 auch für vertikale Fusionen von Bedeutung.

schung“ (und als dessen Vorstufe des Begriffs „Marktmacht“) im Kontext der unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG und der Zusammenschlusskontrolle nach Art. 10 KG aus juristischer Sicht kurz aufgezeigt und auf die Probleme bei der Auslegung und Anwendung dieses Begriffs hingewiesen.

B Internationaler Vergleich

B.1 Tests zur Feststellung erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen

11. Das gemeinsame Ziel der verschiedenen nationalen Regelungen besteht darin, Fusionen zu verhindern, welche den wirksamen Wettbewerb behindern. Der nachfolgende Vergleich zeigt, dass unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, unter welchen Voraussetzungen man von einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs spricht.

12. Um zu prüfen, ob durch eine Fusion der wirksame Wettbewerb behindert wird, müssen in der wettbewerbspolitischen Praxis zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte abgegrenzt werden. Die anschliessende Prüfung erfolgt typischerweise anhand eines der drei folgenden Tests:

- (i) Dem CSDP-Test (Creation or Strengthening of Dominant Position-Test);
- (ii) dem SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition-Test); und
- (iii) dem SLC-Test (Substantial Lessening of Competition-Test).

13. Mit dem *CSDP-Test* wird im Allgemeinen geprüft, ob der Zusammenschluss zur *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert werden kann*. Nach diesem Kriterium sind Fusionen zu verbieten, welche dazu führen, dass nach dem Zusammenschluss ein einzelnes Unternehmen über eine monopolähnliche Stellung verfügt (Einzelmarktbeherrschung) und/oder zwei oder mehr Unternehmen den Markt kollektiv beherrschen (kollektive Marktbeherrschung).

14. Beim *SIEC-Test* wird das zweite Glied des Marktbeherrschungstests (CSDP-Test) strikter formuliert und zum vorrangigen Beurteilungskriterium für den Zusammenschluss gemacht: Führt die Fusion zu einer *erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs* (Significant Impediment to Effective Competition), so ist die Fusion zu untersagen.³¹ Im Gegensatz zum CSDP-Test ist dieser Test auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle anwendbar, d. h. Zusammenschlüsse können aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle untersagt werden.

15. Der *SLC-Test* prüft, welcher Grad an nachteiliger Wettbewerbsveränderung, gemessen an der Zunahme von Marktmacht, ein Zusammenschluss nach sich zieht. Eine Fusion ist zu verbieten, wenn im relevanten Markt eine *erhebliche Verminderung des Wettbewerbs* prognostiziert wird (Significant Lessening of Competition). Mit diesem Test können Fusionen – analog zum SIEC-Test – aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verboten werden.

16. Aus einer ökonomischen Perspektive spielt es keine entscheidende Rolle, ob ein SLC- oder ein SIEC-Test angewendet wird, da mit beiden Tests unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden können. Somit erfasst der SLC- bzw. der SIEC-Test die grösste Menge an Zusammenschlüssen, die potenziell anti-kompetitive Effekte induzieren. Der oben definierte CSDP-Test erfasst theoretisch hingegen lediglich eine Teilmenge dieser Zusammenschlüsse, da er über tolerantere Eingreifkriterien verfügt. Noch weniger restriktiv sind die Eingreifkriterien von Art. 10 Abs. 2 KG, wie unten ausführlich darge-

³¹ Als Regelbeispiel für die erhebliche Behinderung des Wettbewerbs dient die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

legt wird (vgl. Abschnitt B.3.1 sowie die Ausführungen zum Marktbeherrschungsbegriff im Kartellgesetz im Anhang 2).

Tabelle 1: Testverfahren im internationalen Vergleich

Land	Test
Australien	SLC
Deutschland	CSDP
EU (vor dem 1. Mai 2004)	CSDP
EU (seit dem 1. Mai 2004)	SIEC
Frankreich	SLC
Grossbritannien	SLC
Irland	SLC
Kanada	SLC
Neuseeland	SLC
Niederlande	CSDP
Schweiz	CSDP
USA	SLC

Quelle: Renckens (2007) und eigene Nachforschungen

17. Wie Tabelle 1 entnommen werden kann, wird in der wettbewerbspolitischen Praxis sowohl der SLC- bzw. SIEC-Test als auch der CSDP-Test verwendet. Der SLC-Test kommt traditionell im angelsächsischen Raum (USA, Grossbritannien, Irland, Kanada, Australien, Neuseeland) und in Frankreich zur Anwendung. In der EU wurden vor dem 1. Mai 2004 Fusionen anhand des CSDP-Tests beurteilt. Seit dem Inkrafttreten der revidierten EG-Fusionskontrollverordnung³² werden die Zusammenschlüsse durch die EU-Kommission jedoch anhand des SIEC-Tests geprüft (vgl. Röller und Strohm, 2007). Der CSDP-Test wird heute insbesondere von Deutschland und der Schweiz verwendet. Wie unten dargelegt, kommt jedoch in der Schweiz seit der Einführung der Zusammenschlusskontrolle im Jahre 1995 eine äusserst permissive Variante des CSDP-Tests zur Anwendung.

B.2 Die Zusammenschlusskontrolle in der EU

18. Zwischen 1990 und 2005 stieg die Anzahl meldepflichtiger Fusionsvorhaben in der EU systematisch von jährlich 11 auf 313 an. Die Anzahl Entscheidungen in Phase I nahm ebenfalls jährlich von 7 (1990) auf 297 (2005) zu (in Phase II ergingen im gleichen Zeitraum zwischen 5 und 19 Entscheidungen pro Jahr).³³ Als problematisch an dieser Entwicklung muss dabei nicht die steigende Anzahl der meldepflichtigen Fusionen an sich bezeichnet werden, sondern die mit der zunehmenden Fusionsaktivität einhergehende Konzentrationstendenz in

³² Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

³³ Die Daten finden sich in Christensen et al. (2007).

mehreren Industrien, welche das Potenzial von Fusionen mit anti-kompetitiven Effekten erhöht. Insbesondere die Fälle *Airtours*³⁴, *Schneider/Legrand*³⁵ und *Tetra Laval/Sidel*³⁶ lösten Ende der 90er Jahre in der EU eine Grundsatzdebatte aus, ob mit der bestehenden Zusammenschlusskontrolle den relevanten ökonomischen Effekten von Fusionen noch genügend Rechnung getragen werden kann. Konkret drehte sich die Diskussion um eine allfällige Lücke in der Gesetzgebung, da unklar war, ob die Effekte von nicht koordiniertem Verhalten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle mit einem CSDP-Test erfasst werden können oder nicht.³⁷ Diese Debatte führte am 1. Mai 2004 zu einem Regimewechsel vom CSDP zum SIEC-Test. So hält Art. 2 Abs. 3 der EG-Fusionskontrollverordnung fest:

“Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.”

19. Folglich ist ein Zusammenschluss unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, wenn die Marktbeherrschung festgestellt wird. Die EG-Fusionskontrollverordnung stellt im Erwägungsgrund 25 weiter klar, dass auch alle Zusammenschlüsse, welche zu nicht koordinierten Auswirkungen führen, ebenfalls unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind. Gemäss Erwägungsgrund 25 ist der Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ dahingehend auszulegen,

“dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschliesslich auf diejenigen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten der Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.”

20. Somit können Zusammenschlüsse, welche den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern, auch aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verboten werden (vgl. Christensen et al., 2007).

21. Des Weiteren spielte auch das Bedürfnis nach internationaler Konvergenz der unterschiedlichen Fusionskontrollregime eine gewisse Rolle. So führte der Übergang zum SIEC-Test zu einer weiteren Angleichung der Zusammenschlusskontrolle der EU und Ländern, welche den SLC-Test anwenden (USA, Grossbritannien, Frankreich etc.), was vor allem für in westlichen Industrieländern tätige Unternehmen mit Fusionsabsichten eine Erleichterung darstellt.

B.3 Die Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz

B.3.1 Gesetzliche Grundlagen

22. Der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle liegt gemäss der Botschaft zum KG 1995 die Absicht zu Grunde, „Fusionen nur im Falle einer *extrem hohen Konzentration* auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen“.³⁸ In Art. 10 Abs. 2 KG werden die Voraussetzungen genannt, unter denen die WEKO einen Zusammenschluss untersagt oder ihn – allenfalls mit Bedingungen oder Auflagen – zulässt. Ein solcher ist zu untersagen oder mit Auflagen zuzulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass dieser:

³⁴ Fall T-342/99 *Airtours plc v The Commission*, 6. Juni 2002.

³⁵ Fall T-301/01 *Schneider Electric v The Commission*, 22. Oktober 2002.

³⁶ Fall T-5/02 *Tetra Laval v The Commission*, 25. Oktober 2002.

³⁷ Eine ausführliche Darstellung findet sich in Fountoukakos und Ryan (2005).

³⁸ Botschaft zum Kartellgesetz 1995, S. 584.

- (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.

23. Voraussetzung für die Untersagung einer Fusion in der Schweiz ist demnach gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a KG, dass die beteiligten Unternehmen durch die Fusion entweder zum dominanten Marktführer werden bzw. eine marktbeherrschende Stellung ausbauen (Einzelmarktbeherrschung) oder dass sie den Markt nach der Fusion kollektiv mit anderen Marktteilnehmern beherrschen (kollektive Marktbeherrschung).

24. Auffallend an dieser Formulierung ist im internationalen Vergleich, dass der Zusatz der „Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ ein aus Sicht der Unternehmen vergleichsweise tolerantes Eingreifs-kriterium beim CSDP-Test ist. Diese hohe Eingreifsschwelle wird in der Literatur damit begründet, dass die Auswirkungen von Fehlentscheidungen bei der Zusammenschlusskontrolle grösser sind als bei der Missbrauchskontrolle, da Fehlentscheidungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht oder nur schwer korrigiert werden können (vgl. Zäch 2005, 779 ff.).

25. Während in der EU unter dem CSDP-Test teilweise die Ansicht vertreten wurde, dass dieser flexibel gehandhabt werden könne, so dass auch bei dessen Beibehaltung keine Lücke in der wettbewerbsrechtlichen Praxis entstehe, scheint zum heutigen Zeitpunkt eine solche Interpretation in der Schweiz weitgehend ausgeschlossen zu sein.³⁹ Letztere Einschätzung basiert insbesondere auf der Tatsache, dass das BGer die Ansicht stützt, die Hürde für die Untersagung einer Fusion sei hoch anzusetzen. In den Zusammenschlussentscheiden in Sachen *Swissgrid* und *BZ/20Minuten* vom 13. und 22. Februar 2007 hielt das BGer sinngemäss in einem *obiter dictum* fest, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreichen würde, um eine Fusion zu untersagen.⁴⁰ Vielmehr müsse diese marktbeherrschende Stellung auch geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diese Äusserungen deuten darauf hin, dass das BGer dem Nebensatz „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG eine eigenständige Bedeutung zumisst. Als Folge davon müsste in der Praxis bei der Beurteilung von Fusionen ein zweistufiges Verfahren zur Anwendung kommen: In einem ersten Schritt müsste dabei die Frage der Marktbeherrschung geklärt werden und in einem zweiten Schritt die Frage, ob und inwiefern eine marktbeherrschende Stellung geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.⁴¹

B.3.2 Fusionstätigkeit

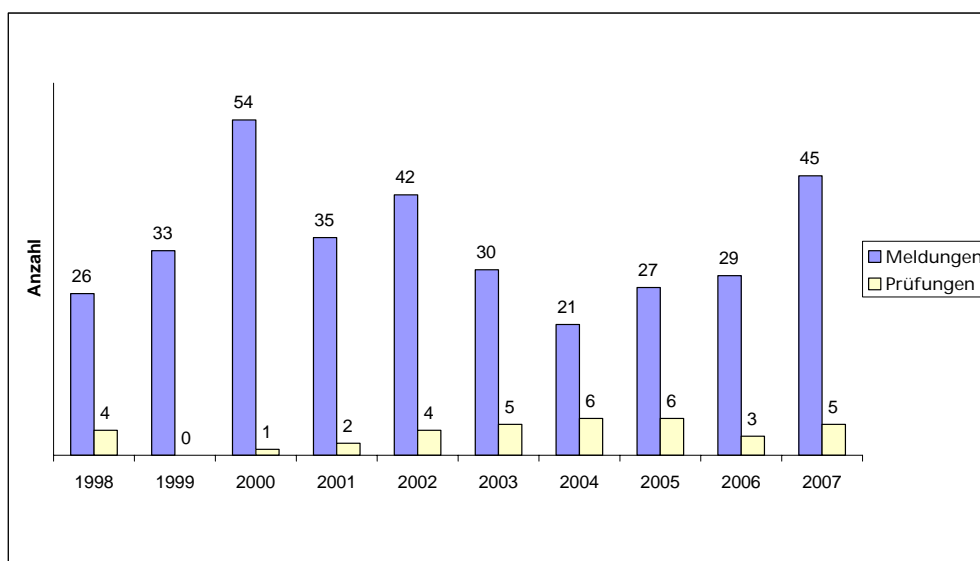
26. Wie Abbildung 1 illustriert, ist die meldepflichtige Fusionsaktivität in der Schweiz in den letzten zehn Jahren relativ grossen Schwankungen unterlegen. Im Gegensatz zur Entwicklung in der EU lässt sich jedoch kein Trend zu einer systematisch höheren Anzahl Fusionen feststellen. Ebenso gibt es zwischen der Anzahl Meldungen und der Anzahl vertiefter Prüfungen keinen systematischen Zusammenhang.

³⁹ Eine vertiefte Diskussion betreffend die Entwicklungen in der EU findet sich in Schwalbe und Zimmer (2006, 206 ff.).

⁴⁰ Siehe Fn. 18 und 19.

⁴¹ Ausführungen zum Marktbeherrschungsbegriff bzw. zur Abgrenzung von Art. 2, Art. 4 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 7 KG und Art. 10 KG finden sich im Anhang (vgl. S. 45 ff.).

Abbildung 1: Entwicklung der Fusionsaktivität in der Schweiz



Quelle: Jahresberichte der WEKO

27. Dennoch zeichnen sich Parallelen zwischen der Entwicklung in der EU und der Schweiz ab. In verschiedenen Industrien führten sequentielle Fusionen zu einer starken Erhöhung der Konzentration (bspw. im Finanzdienstleistungssektor, im Medienbereich, in der Baubranche, in der Pharmaindustrie oder auch im Detailhandel). Diese Konzentrationstendenz wird nachfolgend stellvertretend für den Detailhandelsmarkt grafisch illustriert.

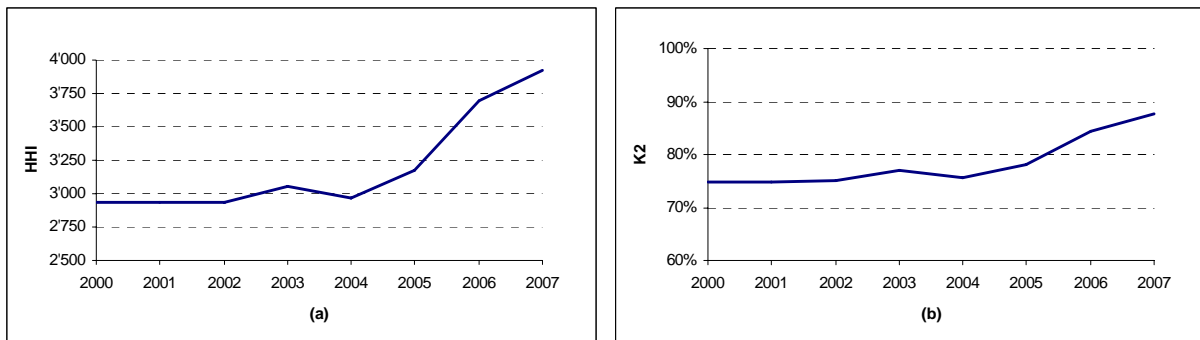
28. Zunächst veranschaulicht Abbildung 2 (linker Teil) die massive Zunahme der Konzentration: Der Herfindahl-Hirschman-Index⁴² (*HHI*) ist in den letzten sieben Jahren von 2'930 (2000) auf rund 3'920 (2007) angestiegen. Obwohl es aktuell zehn unabhängige Marktteilnehmer gibt, erreicht die Konzentration ein höheres Niveau als in einer Industrie, in der lediglich drei gleichgrosse Firmen aktiv sind (in diesem Fall beträgt der *HHI* rund 3'330).

29. Diese starke Industriekonzentration lässt sich auch anhand Abbildung 2 (rechter Teil) veranschaulichen: Im Jahre 2007 beträgt der gemeinsame Marktanteil der beiden grössten Anbieter Migros und Coop rund 88%. Bereits vor der Genehmigung der Zusammenschlussvorhaben *Migros/Denner* und *Coop/Carrefour*⁴³ im Jahre 2007 bzw. anfangs 2008 durch die WEKO nahm der *HHI* den hohen Wert von rund 3'170 an (der entsprechende Wert des Zwei-Firmen-Konzentrationsindex *K2* betrug rund 78%). Abbildung 2 (rechter Teil) verdeutlicht ebenfalls, dass die aktuell acht (kleinen) Restwettbewerber über einen gemeinsamen Marktanteil von lediglich rund 12% verfügen.

⁴² Der Herfindahl-Hirschmann-Index (*HHI*) ist die am häufigsten verwendete Kennzahl zur Konzentrationsmessung. Der *HHI* berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile der Unternehmen im relevanten Markt.

⁴³ Der Entscheid der WEKO vom 17. März 2008 ist noch nicht veröffentlicht.

Abbildung 2: Entwicklung der Konzentration im schweizerischen Detailhandel



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der ausgewiesenen Marktanteile im Fall Migros/Denner

30. Aufgrund solcher beobachtbarer Konzentrationsprozesse, sei dies im Detailhandel oder in anderen Industrien, sind auch in der Schweiz vermehrt anti-kompetitive Effekte – ober- und unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle – von Fusionen zu erwarten. Die Verhinderung von Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, wie dies mit dem SLC- bzw. SIEC-Test möglich ist, scheint jedoch unter der heutigen Gesetzgebung ausgeschlossen. Gemäss der Rechtsprechung des BGer kann zurzeit nicht einmal die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichen, um eine Fusion zu untersagen – Letztere müsste auch geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.4 Zwischenfazit

31. In den meisten westlichen Ländern, insbesondere in der EU sowie auch in den USA, wird in der Zusammenschlusskontrolle ein SIEC- bzw. SLC-Test angewendet. In der Schweiz hingegen kommt ein äusserst permissiver CSDP-Test zur Anwendung, weshalb heute im internationalen Vergleich eine beträchtliche Diskrepanz zwischen den Eingreifkriterien festgestellt werden kann.

32. In der Schweiz ist bis heute kein Zusammenschlussvorhaben untersagt worden, sei dies aufgrund unilateraler Effekte unter- oder oberhalb der Marktbeherrschungsschwelle oder aufgrund einer kollektiven Marktbeherrschung. Dementsprechend gibt es auch keine Rechtsprechung einer höheren Instanz, welche die Frage abschliessend klärt, ob in der Schweiz mit dem CSDP-Test tatsächlich eine Gesetzeslücke vorliegt.⁴⁴ Gemäss der Rechtsprechung des BGer in Sachen *Swissgrid* und *BZ/20Minuten* reicht zurzeit nicht einmal die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aus, um eine Fusion zu untersagen. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich auch geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Es ist folglich sehr unwahrscheinlich, dass die Untersagung eines Zusammenschlusses aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle durch die Wettbewerbsbehörden von einer höheren Instanz gestützt würde.

⁴⁴ Im Zusammenhang mit der Frage, ob mit einem CSDP-Test unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden können oder nicht, wurde in der EU-Debatte vom Bestehen einer möglichen „Gesetzeslücke“ gesprochen. Der Einfachheit halber wird dieser Begriff im Folgenden auch auf die Schweiz bezogen verwendet, obwohl unklar ist, ob in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle eine Gesetzeslücke im juristischen Sinn besteht.

C Klärung des Revisionsbedarfs

33. Aufgrund des internationalen Vergleichs der Zusammenschlusskontrollen stellt sich die Frage, ob das bestehende Instrumentarium des Kartellgesetzes genügt, um anti-kompetitive Fusionen zu verhindern, oder ob die Schweiz, dem internationalen Trend folgend, einen Systemwechsel in der Zusammenschlusskontrolle vollziehen sollte. Eine allfällige Revision der Zusammenschlusskontrolle kann dabei grundsätzlich auf zwei Ebenen ansetzen:⁴⁵

- (i) Auf der Ebene der *Aufgreifkriterien*. Dabei geht es um die Frage, welche Zusammenschlüsse den Wettbewerbsbehörden gemeldet bzw. aufgegriffen werden müssen.
- (ii) Auf der Ebene der *Eingreifkriterien*. Hierbei wird die Frage ins Zentrum gerückt, nach welchen Kriterien eine gemeldete Fusion – allenfalls unter Auflagen oder Bedingungen – zu genehmigen oder zu untersagen ist.

34. Bildlich gesprochen legen die Aufgreifkriterien die Menge der Fusionen fest, welche von den Wettbewerbsbehörden einer (Vor-)Prüfung unterzogen werden, währenddem die Eingreifkriterien die Teilmenge der als potenziell anti-kompetitiv eingeschätzten Fusionen bestimmen.

C.1 Eingreifkriterien

35. Im Bereich der Eingreifkriterien geht es primär um die Frage, ob es für die Schweiz aus einer ökonomischen Perspektive sinnvoll wäre, einen Regimewechsel vom CSDP-Test zum SLC- bzw. SIEC-Test anzustreben.⁴⁶ Um diese Frage zu klären, soll zunächst die Modifikation des im Kartellgesetz verankerten CSDP-Tests und danach die konkrete Ausgestaltung eines allfälligen SLC- bzw. SIEC-Tests diskutiert werden. Damit verbunden sind die Fragen nach der Berücksichtigung von Effizienzen und die Wahl des Wohlfahrtsmasses für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer Fusion.

C.1.1 Modifikation des CSDP-Tests

36. Wie in Abschnitt B.3 dargelegt, lässt sich heute nicht mit abschliessender Sicherheit beurteilen, ob in der Schweiz mit dem CSDP-Test tatsächlich eine Gesetzeslücke zur Verhinderung von Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle besteht. Das Bestehen einer solchen Gesetzeslücke muss jedoch im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGer als sehr wahrscheinlich bezeichnet werden. Trotzdem muss aus dieser Einschätzung der Rechtslage nicht direkt folgen, dass der CSDP-Test zu Gunsten eines SLC- bzw. SIEC-Tests aufgegeben werden muss. Eine Anpassung von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG könnte genügen, um die allfällig bestehende Gesetzeslücke zu schliessen. Dazu müsste der Nebensatz „*durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann*“ gestrichen werden, um der Diskussion um dessen eigenständige Bedeutung ein Ende zu setzen. Denkbar wäre auch, den Nebensatz neu zu formulieren; etwa „*durch die wirksamer Wettbewerb beeinträchtigt werden kann*“ oder „*durch die wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werden kann*“.

37. Eine Revision basierend auf diesem Vorschlag (Streichung oder Neuformulierung des Nebensatzes) hätte zur Folge, dass ceteris paribus eine grössere Anzahl Fusionen als kar-

⁴⁵ Die Möglichkeit, die Zusammenschlusskontrolle weniger restriktiv auszugestalten oder gar abzuschaffen, wird nicht thematisiert. Dies aufgrund des breiten Konsenses (sowohl in der ökonomischen Literatur als auch in der wettbewerbspolitischen Praxis), dass vor allem horizontale Fusionen ein grosses Potenzial für anti-kompetitive Effekte aufweisen.

⁴⁶ Aus einer ökonomischen Perspektive spielt es keine Rolle, ob ein SLC- oder ein SIEC-Test eingeführt wird, da mit beiden Tests unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden können.

tellrechtlich problematisch eingestuft würden. Der nachfolgend diskutierte Übergang vom CSDP-Test zum SLC- bzw. SIEC-Test würde jedoch eine sachgerechtere Triage von kartellrechtlich problematisch eingestuften Fusionen erlauben, da bei der Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses auch nachgewiesene Effizienzvorteile berücksichtigt werden (vgl. Abschnitt C.1.3).

C.1.2 Einführung des SLC- bzw. SIEC-Tests

38. Mit der Umsetzung der Modifikation des CSDP-Tests wäre die schweizerische Zusammenschlusskontrolle auf einem vergleichbaren Stand mit Deutschland heute und der EU vor der Einführung des SIEC-Tests. In der Debatte um den Regimewechsel vom CSDP- zum SIEC-Test in der EU (vgl. Abschnitt B.2) vertrat namentlich Deutschland die Ansicht, dass der CSDP-Test flexibel gehandhabt werden könne, so dass auch bei dessen Beibehaltung keine Lücke in der wettbewerbsrechtlichen Praxis entstehe.⁴⁷ Andere EU-Mitgliedsländer stellten sich hingegen auf den Standpunkt, dass das Bestehen einer Gesetzeslücke unter dem alten CSDP-Test nicht mit Bestimmtheit ausgeschlossen werden könne, und befürworteten deshalb einen Wechsel zum SIEC-Test.

39. Zur Vermeidung dieser Diskussion in der Schweiz sollte deshalb alternativ zur Möglichkeit der Modifikation des CSDP-Tests die Einführung des SLC- bzw. SIEC-Tests geprüft werden. Ein solcher Regimewechsel hätte gleichzeitig den Vorteil, dass sich die schweizerische Zusammenschlusskontrolle dem Standard der EU annähern und somit eine gewisse Harmonisierung stattfinden würde.

C.1.3 Wohlfahrtsstandard und Effizienzeinrede

40. Unabhängig von der Wahl zwischen einer Modifikation des CSDP-Tests und der Einführung des SLC- bzw. SIEC-Tests stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen, welche durch einen Zusammenschluss entstehen können. Die Wahl des sogenannten Wohlfahrtsstandards setzt fest, welche Art von Effizienzgewinnen im Rahmen der Beurteilung der Fusion berücksichtigt werden können. Zusammen mit der konkreten Ausgestaltung der Effizienzeinrede legt der verwendete Wohlfahrtsstandard die Eingreifsschwelle in der Zusammenschlusskontrolle fest.

a. Wohlfahrtsstandard

41. Die (soziale) Wohlfahrt wird als Mass für die Effizienz des Marktergebnisses verwendet und ergibt sich aus der Summe von Produzenten- und Konsumentenrente. Die Berücksichtigung der Wohlfahrt im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist deshalb wichtig, weil eine Fusion die soziale Wohlfahrt positiv oder negativ beeinflussen kann (Effizienzstandard). Die Unterscheidung zwischen Produzenten- und Konsumentenrente ist von grosser Bedeutung, da sich eine Fusion unterschiedlich auf die individuelle Wohlfahrt dieser Akteure auswirken kann (Verteilungsstandard). So wirkt sich beispielsweise eine Fusion, welche in erster Linie die Marktmacht der Fusionsparteien erhöht, in der Regel positiv auf die Produzentenrente aus, da nach der Fusion höhere Preise auf dem Markt durchgesetzt werden können. Für die Konsumenten/innen hingegen führen die gestiegenen Preise zu einem Rückgang der Konsumentenrente, weshalb sie durch den Zusammenschluss schlechter gestellt werden.

42. Die Frage nach dem zu verwendenden Wohlfahrtsstandard in der Zusammenschlusskontrolle beinhaltet folglich eine Abwägung zwischen den Auswirkungen einer Fusion auf die Rente der Produzenten wie auch diejenige der Konsumenten/innen. In der einschlägigen Literatur sind zwei Standards akzeptiert:

- (i) *Konsumentenwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard werden die erwarteten Preisänderungen der Anbieter im relevanten Markt als Beurteilungskriterium herange-

⁴⁷ Vgl. Bundeskartellamt (2001) für eine ausführliche Diskussion.

zogen. Eine Fusion ist zu erlauben, sofern die positiven Effekte auf die Konsumentenrente insgesamt den negativen Effekt aufgrund der höheren Preise überwiegen.

- (ii) *Gesamtwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard wird eine Fusion immer dann genehmigt, wenn die Wohlfahrt insgesamt steigt. Dabei ist es unerheblich, ob die Effizienzgewinne bei den Konsumenten/innen oder bei den Firmen im Markt anfallen. Ein allfälliger Wohlfahrtstransfer von den Konsumenten/innen hin zu den Produzenten wird folglich hingenommen, falls die Fusion insgesamt zu einer Wohlfahrtssteigerung führt.

43. Es ist offensichtlich, dass die Verwendung eines Konsumentenwohlfahrts-Standards die Interessen der Konsumenten/innen in Bezug auf das Preisniveau im relevanten Markt ins Zentrum der Analyse rückt. Deshalb genügen moderate Preiserhöhungen infolge unilateraler Effekte (unter Berücksichtigung allfälliger Effizienzen), um eine Fusion zu untersagen. Im Gegensatz dazu trägt der Gesamtwohlfahrts-Standard den Fusionseffekten vollumfänglich Rechnung, unabhängig davon, bei welchen Akteuren im Markt diese anfallen.⁴⁸

44. An welchem Wohlfahrtsstandard sich die Behörden in den einzelnen Ländern orientieren, ist oftmals nicht offensichtlich. So hält beispielsweise die EG-Fusionskontrollverordnung in Art. 2 Abs. 1 fest, dass grundsätzlich eine Effizienzrede akzeptiert wird, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass diese Effizienzgewinne bei den Konsumenten/innen anfallen. Dies deutet darauf hin, dass in der EU ein Konsumentenwohlfahrts-Standard zur Anwendung kommt.⁴⁹ Auch in den USA orientieren sich die Behörden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle an einem Konsumentenwohlfahrts-Standard. In verschiedenen anderen Ländern wiederum, so beispielsweise in Kanada, Australien und Neuseeland, orientieren sich die Behörden an einem Gesamtwohlfahrts-Standard.

45. Aus ökonomischer Sicht gibt es verschiedene Argumente, welche für bzw. gegen den einen oder den anderen Wohlfahrtsstandard sprechen.⁵⁰ Für den Konsumentenwohlfahrts-Standard sprechen verschiedene polit-ökonomische Argumente, welche primär auf der asymmetrischen Macht- bzw. Interessensverteilung zwischen Konsumenten/innen und Produzenten beruhen. So wird beispielweise argumentiert, dass sich die Konsumenten/innen typischerweise nur ungenügend organisieren können, um die Marktmacht der Firmen zu beschränken (fehlende oder geringe Marktmacht der Marktgegenseite). Um dieses Problem zu lösen, können die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle diese Rolle für die Konsumenten/innen übernehmen.⁵¹ Zudem ist es wahrscheinlich, dass fusionierende Unternehmen gegenüber den Wettbewerbsbehörden über einen Informationsvorsprung verfügen, welcher durch die Wahl des Konsumentenwohlfahrts-Standards bis zu einem gewissen Grad neutralisiert werden kann. Die Befürworter des Konsumentenwohlfahrts-Standards stellen folglich die Existenz von Markt- und Regulierungs-Unvollkommenheiten in den Vordergrund, welche dazu führen können, dass ein Konsumentenwohlfahrts-Standard gesamtwirtschaftlich besser abschneidet als ein Gesamtwohlfahrts-Standard.⁵²

46. Für die Wahl eines Gesamtwohlfahrts-Standards spricht hingegen in erster Linie, dass den gesamtwirtschaftlichen Effekten einer Fusion Rechnung getragen wird. Zudem spricht für die Wahl dieses Standards gemäss Motta (2004) auch das Argument, dass eine strikte Trennung der Renten nach Produzenten und Konsumenten/innen nicht so leicht möglich ist,

⁴⁸ In der Literatur werden auch Mischformen dieser Wohlfahrtsstandards diskutiert (vgl. Renckens 2007 und die dort angegebene Literatur).

⁴⁹ In der Rechtsprechung der EU-Behörden ist die Frage nach dem relevanten Wohlfahrtsstandard bis heute nicht geklärt worden (vgl. Motta 2004, 17 ff.).

⁵⁰ Vgl. Motta (2004, 20 ff.) für eine ausführliche Diskussion.

⁵¹ Neven und Röller (2000) sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass die Wettbewerbsbehörden ein Gegengewicht zu den Interessen der Fusionsparteien bilden sollen.

⁵² Vgl. auch Friederiszick et al. (2008) für eine ausführliche Diskussion.

da viele Konsumenten/innen über direkte oder indirekte Kapitalbeteiligungen (Aktien, Obligationen, Pensionskassenfonds etc.) an den Gewinnen der Unternehmen beteiligt sind. Auch führt der Konsumentenwohlfahrts-Standard tendenziell zu tieferen Preisen und Gewinnen der Unternehmen, was wichtige Anreize für Innovationen, Investitionen und die Einführung neuer Produkte vernichtet und in einer dynamischen Sicht die Wohlfahrt der Konsumenten/innen langfristig negativ beeinflussen kann. Speziell für kleine Volkswirtschaften argumentiert Gal (2003) schliesslich, dass die Verwendung eines Gesamtwohlfahrts-Standards in der Zusammenschlusskontrolle ein Instrument sein kann, um eine möglichst effiziente Produktion zu fördern, womit die Wettbewerbsfähigkeit der Volkswirtschaft gesteigert werden kann.⁵³

47. Trotz dieser Vorteile des Gesamtwohlfahrts-Standards bleibt dessen praktische Umsetzung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle schwierig, da nicht nur die Effekte auf die Konsumentenrente, sondern auch diejenigen auf die Produzentenrente abzuschätzen sind. Die Quantifizierung letzterer Effekte ist deshalb anspruchsvoll, weil bei einem Zusammenschlussvorhaben die erwartete Veränderung der Renten der Fusionsparteien einerseits und die der (aktuellen und potenziellen) Konkurrenten andererseits ermittelt werden muss. Gerade deswegen ist die Verwendung eines Gesamtwohlfahrts-Standards unter den engen terminlichen Vorgaben der Zusammenschlusskontrolle kaum möglich. Motta (2004, S. 21) schlägt aufgrund dieser praktischen Umsetzungsprobleme des Gesamtwohlfahrts-Standards vor, zumindest einen *dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standard* anzuwenden, d. h. eine Maximierung der Konsumentenrente über die Zeit anzustreben. Dies würde jedoch die strikte Unterscheidung zwischen den Auswirkungen einer Fusion auf die (statische) Konsumenten- und Produzentenrente bis zu einem gewissen Grad aufheben, was die Debatte um den adäquaten Wohlfahrtsstandard entschärft. Mit anderen Worten, dürfte bei einer dynamischen Betrachtung der Konsumentenrente die konkrete Wahl des Wohlfahrtsstandards eine untergeordnete Rolle spielen, da in der Praxis kaum mit unterschiedlichen Entscheidungen zu rechnen ist.

48. Nebst den praktischen Problemen mit der Umsetzung eines Gesamtwohlfahrts-Standards, erscheint eine Orientierung am in der EU verwendeten Konsumentenwohlfahrts-Standard auch aus Gründen der Harmonisierung sinnvoll. Um den ökonomischen Vorteilen des Gesamtwohlfahrts-Standards gegenüber einem Konsumentenwohlfahrts-Standard wie er in der EU zur Anwendung kommt Rechnung zu tragen, kann die Wahl eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards jedoch als vertretbar bezeichnet werden.

b. Effizienzeinrede

49. Für die nachfolgende Diskussion werden zwei Arten potenzieller Effizienzverbesserungen unterschieden: Einerseits können Zusammenschlüsse die Grenzkosten (d. h. die Prozesskosten) der fusionierten Firmen senken. Solche Effekt auf die Grenzkosten können unmittelbar nach einer Fusion eintreten und haben somit tendenziell einen kurzfristigen Charakter. Andererseits können Fusionen zu einer Senkung der Fixkosten führen; ein Effekt, welcher in der Regel mittel- bis langfristig eintreten kann. Entscheidend ist, dass lediglich die Änderung der Grenzkosten einen Effekt auf das statische Preissetzungsverhalten hat.

50. Die meisten Länder, welche einen SLC-Test anwenden (u. a. die USA, England, Kanada und Australien) kennen eine Effizienzeinrede. Dies gilt auch für die EU unter dem SIEC-Test, wobei eine Effizienzeinrede auch bereits vor Umstellung der EG-Fusionskontrollverordnung, also noch unter dem alten CSDP-Test, bestand.⁵⁴ Die schweize-

⁵³ Aus dieser Perspektive sind Fusionen ein Instrument, damit die Firmen im internationalen Vergleich eine optimale(re) Betriebsgrösse erreichen können.

⁵⁴ Gemäss Renckens (2007) wurde bis anhin in der EU noch nie eine Fusion nur aufgrund von Effizienzgründen zugelassen, was jedoch nicht bedeutet, dass diese im Einzelfall nicht geprüft wurden.

rische Zusammenschlusskontrolle kennt zurzeit hingegen keine Effizienzeinrede im oben beschriebenen Sinn. Art. 10 Abs. 2 lit. b KG sieht zwar vor, dass eine Fusion zugelassen werden kann, wenn sie zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem *anderen* Markt führt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.⁵⁵ Wohlfahrtssteigerungen aufgrund von Effizienzverbesserungen auf den *betreffenen* Märkten sind jedoch in der Schweiz typischerweise nicht anrechenbar.⁵⁶

51. Wie bereits erwähnt, steht die Anrechnung von Effizienzen als Bestandteil der wettbewerbsrechtlichen Prüfung einer Fusion in engem Zusammenhang mit der Wahl des Wohlfahrtsstandards. Unter einem Konsumentenwohlfahrts-Standard können typischerweise nur Effizienzen angerechnet werden, welche die Grenzkosten tangieren. Wendet man hingegen einen Gesamtwohlfahrts-Standard an, ist es unerheblich, ob die Effizienzgewinne bei den Konsumenten/innen und/oder bei den Firmen anfallen.

52. Damit Effizienzgewinne bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden können, müssen sie, je nach länderspezifischem Regelwerk, einer oder mehreren der folgenden Eigenschaften genügen:

- Die Effizienzen müssen durch die Fusionsparteien rechtsgenügend bewiesen werden und durch die Wettbewerbsbehörden *überprüfbar* sein.
- Die Effizienzen müssen *fusionsspezifisch* sein und dürfen sich nicht durch weniger weitgehende Massnahmen als eine Fusion (bspw. Lizenzvereinbarungen oder Joint Ventures) erzielen lassen.
- Die Effizienzen müssen *zeitnah* bei den Konsumenten/innen anfallen (z. B. in Form tieferer Preise).
- Die Effizienzen dürfen *nicht das Resultat von anti-kompetitivem Verhalten* sein, wie beispielsweise Kosteneinsparungen aufgrund von Mengenreduktionen.
- Die Effizienzen müssen umso grösser sein, je stärker die erwarteten anti-kompetitiven Effekte einer Fusion sind (so genannter *Sliding Scale-Ansatz*).

53. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die Voraussetzungen zur Anrechenbarkeit von Effizienzen in verschiedenen Ländern. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich, erfordern die Regelwerke aller aufgeführten Länder, dass Effizienzen überprüfbar und fusionsspezifisch sein müssen, damit sie im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Prüfung einer Fusion berücksichtigt werden können. Diese beiden Kriterien können als Minimalanforderungen bezeichnet werden, welche auch im Falle der Einführung einer Effizienzeinrede in der Schweiz in der Zusammenschlusskontrolle verankert werden müssten.

⁵⁵ Art. 10 Abs. 2 lit. b KG wird in der Praxis kaum angewendet. Einzig im Fall *Swissgrid* wurde geprüft, ob die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Stromversorgung die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung auf Märkten für Stromübertragung überwiegt (RPW 2005/2, Rn. 83 ff.).

⁵⁶ Bei der Vorprüfung des Zusammenschlussvorhabens *Valora/Melisa* wurden Effizienzverbesserungen in den betroffenen Märkten berücksichtigt, da es sich bei der Belieferung der Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen um ein natürliches Monopol handelt (RPW 1993/3, Rz. 31).

Tabelle 2: Erfordernisse für Effizienzanzrechnung

Anforderung	EU	USA	Kanada	Australien	UK
Überprüfbar	ja	ja	ja	ja	ja
Fusionsspezifisch	ja	ja	ja	ja	ja
Weitergabe an Konsumenten/innen	ja	nein	nein	nein	ja
Keine anti-kompetitive Wirkung	nein	ja	ja	nein	nein
“Sliding Scale”	nein	ja	nein	nein	nein

Quelle: Renckens (2007)

54. Abschliessend soll noch auf einen Punkt von praktischer Bedeutung in Zusammenhang mit der Effizienzeinrede hingewiesen werden: Bei der Beurteilung von Fusionen handelt es sich immer um eine vorausschauende Analyse.⁵⁷ Der rechtsgenügende Beweis, dass eine Fusion zu Effizienzvorteilen führen wird, ist deshalb im Einzelfall nicht einfach zu erbringen. Des Weiteren ist zu beachten, dass Fusionsverfahren in einem relativ kurzen Zeitraum abgewickelt werden müssen, wobei die Beweislast gemäss der heutigen Gesetzgebung bei den Behörden liegt. Diese verfügen typischerweise über weniger Informationen und Marktkenntnisse als die involvierten Unternehmen. Auch wenn in der Regel davon ausgegangen werden kann, dass es im Eigeninteresse der Unternehmen liegt, sich in Fusionsverfahren kooperativ zu verhalten, wäre im Rahmen der Effizienzeinrede eine Umkehr bzw. Verschiebung der Beweislast zu begrüssen, wie diese in verschiedenen westlichen Länder bereits heute praktiziert wird.

C.1.4 Zwischenfazit

55. Um die im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGer mit grosser Wahrscheinlichkeit bestehende Gesetzeslücke in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle zu schliessen, wäre eine Revision der Eingreifkriterien sinnvoll. Dabei bestehen die Alternativen, den heutigen CSDP-Test zu modifizieren oder einen Regimewechsel vom CSDP-Test zum SLC- bzw. SIEC-Test zu vollziehen. Zur Vermeidung der in der EU geführten Diskussion, ob mit einem CSDP-Test unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden können oder nicht, ist der Übergang zu einem SLC- bzw. SIEC-Test der Modifikation des heutigen CSDP-Tests vorzuziehen. Dies hätte gleichzeitig den wünschenswerten Effekt einer Harmonisierung der schweizerischen und europäischen Zusammenschlusskontrolle.

56. Des Weiteren wurde die Einführung einer Effizienzeinrede und damit verbunden die Frage des adäquaten Wohlfahrtsstandards diskutiert. Insbesondere wurden die Vor- und Nachteile des Konsumentenwohlfahrts- und des Gesamtwohlfahrts-Standards besprochen. Aus theoretischer Sicht gibt es verschiedene Argumente, die für den einen oder den anderen Wohlfahrtsstandard sprechen. Aus praktischer Sicht ist man sich in der einschlägigen Literatur jedoch weitgehend einig, dass die Umsetzung des Gesamtwohlfahrts-Standards mit

⁵⁷ In diesem Zusammenhang stellt sich auch das Problem des „ex post Monitorings“, d. h. die Überwachung der Weitergabe behaupteter Effizienzgewinne an Konsumenten/innen einschliesslich möglicher Konsequenzen, falls sich Effizienzgewinne nicht einstellen oder nicht wie versprochen an Konsumenten/innen weitergegeben werden. So wird teilweise die Meinung vertreten, dass das Instrument der Effizienzeinrede konsequenterweise mit der Möglichkeit der Entflechtung einhergehen sollte, falls die behaupteten Effizienzgewinne einer Fusion nicht eintreten.

grossen Problemen verbunden ist. Deshalb wird vorgeschlagen, der Zusammenschlusskontrolle einen dynamischen Konsumentenwohlstands-Standard zu Grunde zu legen.

C.2 Aufgreifkriterien

57. Die Aufgreifkriterien in Art. 9 KG legen fest, unter welchen Voraussetzungen Zusammenschlüsse den Wettbewerbsbehörden gemeldet bzw. aufgegriffen werden müssen. Gleichzeitig legt die Wahl der Aufgreifkriterien aber auch fest, bei welchen Fusionen keine anti-kompetitiven Effekte erwartet bzw. fingiert werden. Somit besteht das Risiko, dass durch die Unternehmen – bei gegebenen Aufgreifkriterien – anti-kompetitive Fusionen vollzogen werden. Dieses Risiko lässt sich mit weniger toleranten Aufgreifkriterien verringern; damit ist aber sowohl für die Wettbewerbsbehörden als für die meldenden Unternehmen ein höherer Aufwand verbunden. In der Praxis ist bei der Festlegung der Aufgreifkriterien diesem Trade-off Rechnung zu tragen.⁵⁸

58. Im Folgenden werden zunächst die heute gültigen Aufgreifkriterien skizziert.⁵⁹ Danach wird überprüft, ob bei diesen aus ökonomischer Sicht Revisionsbedarf besteht, wobei insbesondere auf die Grenzbeträge, die Problematik internationaler Fusionen sowie den Umgang mit nicht meldepflichtigen Fusionen eingegangen wird.

C.2.1 Gesetzliche Grundlagen

59. Meldepflichtig sind nach Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG Vorhaben über Zusammenschlüsse, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:⁶⁰

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

60. Gemäss der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 sollen „von der Genehmigungspflicht nur zusammenschlusswillige Unternehmen betroffen sein, die von ihrem Umsatz her in der Lage sind, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen“.⁶¹ Diese Unternehmen werden unter Art. 9 Abs. 1 lit. a KG genannt: Einerseits besteht die Meldepflicht, falls die Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von weltweit CHF 2 Mrd. erzielen. Andererseits wird für die Meldepflicht auch ein spezifisch schweizerisches Kriterium formuliert: Angesichts der grösstenteils offenen schweizerischen Volkswirtschaft soll bei der Zusammenschlusskontrolle das Augenmerk weniger auf international wirksame als vielmehr auf Fusionsvorhaben mit überwiegenden Auswirkungen auf den inländischen Markt gelegt werden. Mit dem alternativen Grenzbetrag von CHF 500 Mio. Umsatz im Inland sollen Fusionsvorhaben erfasst werden, bei welchen anzunehmen ist, dass sie für die inländische Marktsituation tatsächlich von Bedeutung sind.

⁵⁸ Eine ausführlichere Darstellung dieses Trade-offs sowie Empfehlungen und Erfahrungen betreffend die praktische Umsetzung von Revisionen der Aufgreifkriterien findet sich in „Setting Notification Thresholds for Merger Review“ (ICN, 2008).

⁵⁹ Eine ausführliche Darstellung findet sich in Zäch (2005, Rn. 979 ff.).

⁶⁰ Auf die speziellen Bestimmungen zur Meldepflicht in Art. 9 Abs. 4 KG (betreffend als marktbeherrschend festgestellte Unternehmen) wird im Rahmen dieses Berichts nicht näher eingegangen, da sich hier aus einer ökonomischen Perspektive kein Revisionsbedarf aufdrängt. Revisionsvorschlag 5 gilt jedoch analog für die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 3 KG für Banken und Unternehmen aus der Versicherungswirtschaft.

⁶¹ Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 111.

61. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b KG besteht die Meldepflicht nur dann, wenn mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von je CHF 100 Mio. in der Schweiz erzielen. Dieses Zusatzkriterium soll insbesondere Zusammenschlussvorhaben von der Meldepflicht befreien, bei denen ein schweizerisches (multinationales) Unternehmen ein ausländisches kauft, welches aufgrund seiner beschränkten Geschäftstätigkeit in der Schweiz (weniger als CHF 100 Mio. Umsatzanteil in der Schweiz) keine spürbaren Auswirkungen auf die heimischen Marktverhältnisse erwarten lässt.

C.2.2 Anpassung der Grenzbeträge

62. Wie Tabelle 3 entnommen werden kann, sind die Grenzbeträge, welche die meldepflichtigen Zusammenschlüsse in der Schweiz festsetzen, im europäischen Vergleich ausgesprochen hoch. Tabelle 3 illustriert zudem, dass die Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes bezüglich ihres Aufbaus jenen der genannten Regelwerke ähnlich sind. Es fällt jedoch auf, dass die Grenzbeträge im Vergleich zu Zusammenschlusskontrollen anderer, mit der Schweiz vergleichbarer Länder grosszügig festgesetzt wurden. Die wenig restriktiven Grenzbeträge im Kartellgesetz reflektieren den in der Botschaft festgehaltenen Willen des Gesetzgebers einer aus Sicht der Unternehmen toleranten Zusammenschlusskontrolle. Dadurch begrenzt sich die Zahl der meldepflichtigen Fusionen stark (unter anderem auch, damit der administrative Aufwand der Unternehmen wie auch der Wettbewerbsbehörden in Grenzen gehalten werden kann).

Tabelle 3: Grenzbeträge im europäischen Vergleich

Land	Grenzbeträge
Deutschland	Weltweit kumulierter Umsatz im letzten Geschäftsjahr von mind. EUR 500 Mio. und kumulierter Umsatz von mind. EUR 25 Mio. in Deutschland, ausser eine der folgenden Bedingungen ist erfüllt: Eine Partei erzielt einen weltweiten Umsatz von weniger EUR 10 Mio. oder der Umsatz im relevanten Markt betrug weniger als EUR 15 Mio. im Vorjahr.
Frankreich	Weltweit kumulierter Umsatz im letzten Geschäftsjahr von mind. EUR 150 Mio. und kumulierter Umsatz von mind. EUR 50 Mio. in Frankreich.
UK	„Share of Supply“-Test: Meldepflicht, wenn ein Unternehmen oder die fusionierenden Unternehmen 25% oder mehr der Lieferungen in einem Markt kontrollieren. Meldepflicht, wenn das übernommene Unternehmen einen Umsatz von mind. £ 70 Mio. in Grossbritannien erzielt.
Niederlande	Weltweit kumulierter Umsatz im letzten Geschäftsjahr von mind. EUR 113.5 Mio. und zwei der beteiligten Unternehmen erzielen mind. einen Umsatz von EUR 30 Mio. in den Niederlanden.

Quelle: Eigene Nachforschungen

63. Problematisch an den hohen Grenzbeträgen ist jedoch, dass es aus einer ökonomischen Perspektive keinen offensichtlichen Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens (gemessen am Umsatz) und der Marktmacht gibt, die es ausüben kann. So ist es durchaus möglich, dass Fusionen zwischen kleineren Unternehmen im Binnenmarkt anti-kompetitive Auswirkungen zeitigen, da die regionalen Märkte oftmals durch konzentrierte, oligopolistische Strukturen geprägt sind. Aufgrund der hohen Grenzbeträge müssen solche Fusionen jedoch den Wettbewerbsbehörden nicht gemeldet werden. Umgekehrt sind fusionswillige Unternehmen, welche die Umsatzschwellen der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle überschreiten, oftmals auf internationalen Märkten tätig und verfügen trotz ihrer Grösse in den relevanten Märkten über keine signifikante Marktmacht.

64. Ein besseres Kriterium zur Bestimmung der Meldepflichtpflicht wäre folglich die Festsetzung von Marktanteilsschwellen auf den relevanten Märkten. Dies würde jedoch bedingen, dass fusionswillige Unternehmen eigenständig eine Marktabgrenzung vornehmen, um sich Klarheit über die Meldepflicht einer Fusion zu verschaffen. Marktabgrenzungen sind aber in der Praxis keine exakte Wissenschaft und enthalten oftmals einen gewissen Ermessensspielraum. Zudem erfordert die Durchführung einer Marktabgrenzung im wettbewerbsrechtlichen Sinne ein gewisses Know-how, welches insbesondere bei kleineren Unternehmen nicht vorhanden sein dürfte. Marktanteilsschwellen als Aufgreifkriterium für die wettbewerbsrechtliche Prüfung einer Fusion fehlt es folglich einerseits an der Objektivität und andererseits an der Einfachheit der heute international verwendeten Umsatzschwellen.⁶²

65. Als pragmatische Lösung würde sich deshalb eine Reduktion der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern anbieten. Mit dieser Massnahme alleine könnten zwar nicht alle potenziell anti-kompetitiven Fusionen von den Wettbewerbsbehörden erfasst werden, aber immerhin eine grössere Anzahl als zum heutigen Zeitpunkt. Gemäss Art. 9 Abs. 5 lit. a KG kann eine Anpassung der Grenzbeträge durch die Bundesversammlung mit einem allgemeinverbindlichen, nicht referendumspflichtigen Bundesbeschluss vorgenommen werden.

C.2.3 Umgang mit internationalen Fusionen

66. Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung weist heute ein Grossteil der gemeldeten Zusammenschlussvorhaben eine internationale Dimension auf. Dies hat zu einer gewissen Kritik am bestehenden System geführt, da internationale Fusionen oftmals von mehreren Wettbewerbsbehörden gleichzeitig aufgegriffen werden. Dadurch entstehen insbesondere mit den europäischen Wettbewerbsbehörden Doppelspurigkeiten, da viele Fusionen mit primär europaweiten Auswirkungen auch in der Schweiz meldepflichtig sind.

67. Inwiefern dieser Sachverhalt von praktischer Relevanz ist, muss als fraglich bezeichnet werden. In der Regel verhalten sich fusionswillige Unternehmen im Falle der Meldepflicht in verschiedenen Ländern kooperativ und stellen den schweizerischen Wettbewerbsbehörden einen so genannten „Waiver“ aus. Ein Waiver entbindet die nationalen Wettbewerbsbehörden vom gegenseitigen Amtsgeheimnis, erlaubt es ihnen Informationen auszutauschen und somit ein Fusionsverfahren zu koordinieren.⁶³ Insbesondere mit den Wettbewerbsbehörden der EU hat sich die Praxis des Waivers etabliert, was zu einer Reduktion des Aufwandes für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden führt.

68. Zudem kann, sofern von einer internationalen Fusion primär keine nationalen Auswirkungen erwartet werden, problemlos auf den Entscheid der EU Wettbewerbsbehörden abgestellt werden. Damit kann der Aufwand der schweizerischen Wettbewerbsbehörden weiter reduziert werden. In jedem Fall beschäftigen sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden nur mit den nationalen Auswirkungen von Fusionen, womit inhaltliche Überschneidungen der Wettbewerbsanalysen mit anderen Wettbewerbsbehörden normalerweise minimal ausfallen dürften. Dass dieses System durchaus sinnvoll sein kann, zeigt z. B. der Fall *Pfizer/Pharmacia*⁶⁴, welcher in den einzelnen EU Staaten sowie auch in der Schweiz mit teilweise unterschiedlichen, den nationalen Marktverhältnissen angepassten Auflagen zugelassen wurde.

⁶² Zu diesem Schluss kommt auch die ICN Merger Working Group in „Setting Notification Thresholds for Merger Review“ (ICN, 2008).

⁶³ Für eine ausführlichere Beschreibung der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden gestützt auf einen Waiver vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Analyse zur tatsächlichen und wünschbaren Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, Projektbericht P8 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008 (Anhang des Syntheseberichts).

⁶⁴ RPW 2003/1, S. 314-367.

69. Schliesslich muss auch auf das Instrument der erleichterten Meldung aufmerksam gemacht werden. So sieht Art. 12 VKU vor, dass die beteiligten Unternehmen und das Sekretariat die Einzelheiten des Inhalts von Meldungen einvernehmlich festlegen können. Das Sekretariat kann dabei die Unternehmen von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind. Somit steht den Wettbewerbsbehörden ein weiteres Instrument zur Verfügung, mit dem sie den Verfahrensaufwand von meldepflichtigen internationalen Fusionen, welche keine signifikanten nationalen Auswirkungen erwarten lassen, begrenzen kann.

70. Sollte in diesem Bereich trotzdem Handlungsbedarf gesehen werden, bieten sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten an:

- (i) Erstens könnten die Grenzbeträge in Art. 9 Abs. 1 lit. b KG erhöht werden. Dies würde die Meldepflicht für schweizerische, multinational tätige Unternehmen, welche ein ausländisches Unternehmen kaufen möchten, weiter lockern. Da diese Grenzbeträge jedoch, wie oben dargelegt, im europäischen Vergleich ausserordentlich hoch sind, kann diese Variante nicht als sinnvoll bezeichnet werden. Im Gegenteil, wie in Abschnitt C.2.2 erläutert, wäre eine Senkung dieser Grenzbeträge angezeigt.
- (ii) Zweitens könnte in der Schweiz die Möglichkeit eines bilateralen Abkommens mit der EU (und allenfalls anderen Ländern) geprüft werden, welches die Frage der Zuständigkeit bei Fusionen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen regelt.⁶⁵ Ein solches Abkommen könnte am „Referral“-Regime innerhalb des EEA (European Economic Area) anknüpfen, welches für die drei EFTA-Mitgliedsländer Norwegen, Island und Liechtenstein spezielle Regelungen vorsieht (vgl. Christensen et al., 2007). Unabhängig davon, ob ein solches internationales Abkommen absolut notwendig ist, wäre es sicherlich wünschenswert: Es würde zu einer Harmonisierung der Zusammenschlusskontrollen führen und damit die Rechtssicherheit in den Verfahren erhöhen. Als Folge davon würde auch der Verfahrensaufwand bei den betroffenen Unternehmen reduziert.

C.2.4 Beurteilung nicht meldepflichtiger Fusionen

71. Zurzeit können die Wettbewerbsbehörden nur Fusionen aufgreifen, welche unter die gesetzliche Meldepflicht fallen. Falls folglich eine Fusion anti-kompetitive Auswirkungen erwarten lässt, jedoch nicht unter die Meldepflicht gemäss Art. 9 KG fällt, ist ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ausgeschlossen. Wie erwähnt, besteht eine Möglichkeit dieses Problem zu entschärfen darin, die Grenzbeträge zu reduzieren. Solange die Grenzbeträge jedoch nicht auf Null gesenkt werden, bleibt das Risiko bestehen, dass sich ein gewisser Teil anti-kompetitiver Fusionen der Kontrolle der Wettbewerbsbehörden entzieht. Mit einer Flexibilisierung der Meldepflicht in dem Sinne, dass die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich jede Fusion, welche potenziell anti-kompetitive Effekte erwarten lässt, aufgreifen können, wäre diesem Problem zu begegnen. Dabei sind zwei Varianten denkbar:

- (i) Erstens könnten die Grenzbeträge an sich abgeschafft werden. An die Stelle des heutigen Systems müsste in diesem Falle eine Art generelle Meldepflicht für Fusionen treten, welche es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, sich einen Überblick über die Fusionstätigkeit mit Auswirkungen auf die schweizerische Volkswirtschaft zu verschaffen. Es läge dann im Ermessen der Wettbewerbsbehörden, diejenigen Fusionen aufzugreifen, welche anti-kompetitive Auswirkungen erwarten lassen. Ein solches Modell

⁶⁵ Zum Thema bilateraler Abkommen im Wettbewerbsbereich vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Analyse zur tatsächlichen und wünschbaren Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, Projektbericht P8 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008 (Anhang des Syntheseberichts).

wäre jedoch in der Praxis nur umsetzbar, falls zu jeder Fusion ein Mindestmass an Informationen (betroffene Märkte, Marktanteile, etc.) bereitgestellt würde, das den Wettbewerbsbehörden eine grobe Einschätzung der Auswirkungen einer Fusion erlaubt. Der Aufwand eines solchen Systems für Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden scheint prohibitiv zu sein.

- (ii) Zweitens könnte das heutige System mit Grenzbeträgen beibehalten und gleichzeitig die Möglichkeit für die Wettbewerbsbehörden geschaffen werden, nicht meldepflichtige Fusionen aufzugreifen. Ein System dieser Art existiert heute beispielsweise in den USA, wo Zusammenschlüsse gegebenenfalls auch unterhalb der Aufgreifkriterien durch die Wettbewerbsbehörden untersucht werden können. Auch in diesem Fall würde sich natürlich die Frage nach der Beschaffung von Informationen betreffend nicht meldepflichtiger Fusionen stellen. Als pragmatische Lösung könnte eine Art Vermutungstatbestand geschaffen werden. Es würde mit anderen Worten die Vermutung gelten, dass Fusionen, welche die Grenzbeträge nicht überschreiten, nicht anti-kompetitiv sind. Somit könnten die Wettbewerbsbehörden gezielt problematische erscheinende, nicht meldepflichtige Fusionen aufgreifen und die Vermutung gegebenenfalls widerlegen. Die Beschaffung von relevanten Informationen zur Beurteilung einer solchen Fusion würde im Rahmen eines formellen Verfahrens erfolgen.

72. Die zweite Variante könnte sogar so erweitert werden, dass eine nicht meldepflichtige Fusion auch nach deren Vollzug innerhalb eines gewissen Zeitraums von den Wettbewerbsbehörden aufgegriffen und begutachtet werden kann. Die Wettbewerbsbehörden könnten in diesem Fall folglich eine vollzogene Fusion nachträglich mit Auflagen und Bedingungen versehen oder – im Extremfall – untersagen. Eine nachträgliche Untersagung hätte konsequenterweise zur Folge, dass eine vollzogene Fusion rückgängig gemacht werden müsste. Unter dem Aspekt möglichst alle potenziell anti-kompetitiven Fusionen einer Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden zugänglich zu machen, wäre die Einführung einer solchen nachträglichen Zusammenschlusskontrolle sicherlich zu begrüssen. Auch das Umsetzen von nachträglich verfügbaren Auflagen und Bedingungen dürfte in vielen Fällen ohne grössere Probleme im Bereich des Möglichen liegen. Eine komplette nachträgliche Entflechtung von Unternehmen hingegen wäre in der Praxis kaum umsetzbar und würde nebst schwerwiegenden juristischen Problemen, welche ein solch massiver Eingriff in die Eigentumsrechte bedingte, das operative Überleben eines Unternehmens in den meisten Fällen in Frage stellen.

C.2.5 Zwischenfazit

73. Die Grenzbeträge in der Schweiz sind im europäischen Vergleich äusserst grosszügig festgelegt. Dies bewirkt, dass insbesondere Fusionen zwischen kleineren Unternehmen im Binnenmarkt, welcher oftmals durch konzentrierte, oligopolistische Strukturen charakterisiert ist, nicht meldepflichtig sind. Um mögliche anti-kompetitive Auswirkungen solcher Fusionen zu vermeiden, wird eine Reduktion der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern empfohlen.

74. Doppelspurigkeiten mit anderen Wettbewerbsbehörden im Rahmen von internationalen Fusionen stellen in der Schweiz unter der heute geltenden Zusammenschlusskontrolle kein vordringliches Problem dar. Dennoch kann ein bilaterales Abkommen mit der EU (und allenfalls anderen Ländern) betreffend grenzüberschreitende Fusionen als wünschenswert bezeichnet werden: Es würde zu einer Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle beitragen und damit die Rechtssicherheit in den Verfahren erhöhen.

75. Alternativ oder begleitend zu einer Senkung der Grenzbeträge könnte in der Schweiz des Weiteren ein Vermutungstatbestand für nicht meldepflichtige Fusionen eingeführt werden. Damit hätten die Wettbewerbsbehörden ein Instrument zur Verfügung, mit welchem sie jede Fusion, die anti-kompetitive Effekte vermuten lässt, aufgreifen könnten.

D Zusammenfassung

76. Das Ziel dieses Berichts bestand darin, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob ein allfälliger Revisionsbedarf betreffend die Voraussetzungen zur Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen im schweizerischen Kartellrecht besteht. Im Folgenden werden die Ergebnisse des Berichtes in knapper Form dargestellt.

77. In Abschnitt B wurde aufgezeigt, dass in der Schweiz ein im europäischen Vergleich äusserst permissiver CSDP-Test in der Zusammenschlusskontrolle zur Anwendung kommt. Gemäss der Rechtsprechung des BGer in den Fällen *Swissgrid* und *BZ/20 Minuten* reicht zurzeit die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus, um eine Fusion zu verhindern. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Verhinderung von Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle scheint im Lichte dieser Rechtsprechung faktisch ausgeschlossen.

78. Eine solch permissive Zusammenschlusskontrolle muss – vor allem aufgrund des heutigen wirtschaftlichen Umfelds, welches durch stark zunehmende Konzentrationstendenzen in verschiedenen Industrien geprägt ist – als nicht mehr zeitgemäss bezeichnet werden. So herrscht in der einschlägigen Literatur weitgehend Einigkeit, dass Fusionen in konzentrierten, oligopolistischen Märkten – infolge unilateraler und/oder koordinierter Effekte – wohlfahrtsmindernde Auswirkungen zeitigen können und die Wettbewerbsbehörden über ein angemessenes Instrumentarium verfügen sollten, um solche anti-kompetitiven Fusionen zu verhindern.

79. Ein weiterer Grund, welcher für eine Revision der Zusammenschlusskontrolle spricht, ist der Harmonisierungsgedanke. So würde insbesondere die Angleichung der schweizerischen an die europäische Zusammenschlusskontrolle für in westlichen Industrieländern tätige Unternehmen mit Fusionsabsichten eine Erleichterung darstellen. Auch für die Wettbewerbsbehörden hätte eine Harmonisierung Vorteile, da auf eine bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden könnte.

80. Betreffend die Eingreifkriterien wurden in Abschnitt C in einem ersten Schritt zwei Revisionsvorschläge diskutiert, welche alternative Tests zur Feststellung einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs betreffen:

- (1) Modifikation des heutigen CSDP-Tests;
- (2) Einführung des SLC- bzw. SIEC-Tests.

81. Grundsätzlich kann mit beiden Revisionsvorschlägen das Ziel erreicht werden, Fusionen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle aufgrund unilateraler Effekte zu verhindern. Um jedoch eine allfällige Debatte über eine Lücke im Gesetz betreffend die Erfassung unilateraler Effekte, wie sie in der EU unter dem alten CSDP-Tests geführt wurde, zu vermeiden, wird der Revisionsvorschlag (2) bevorzugt. Ein solcher Regimewechsel hätte gleichzeitig den Vorteil, dass die schweizerische Zusammenschlusskontrolle auf das Niveau des in der EU etablierten Standards gebracht wird und auf eine bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.

82. In einem zweiten Schritt wurde die Einführung einer Effizienzeinrede in der Zusammenschlusskontrolle besprochen; eine Frage, welche in einem engen Zusammenhang mit der Wahl des Wohlfahrtsstandards steht. Daraus haben sich folgende Revisionsvorschläge ergeben:

- (3) Einführung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards;
- (4) Einführung einer Effizienzeinrede.

Nebst den Vorschlägen zur Anpassung der Eingreifkriterien wurden auch verschiedene Revisionsvorschläge betreffend die Aufgreifkriterien formuliert:

- (5) Senkung der Grenzbeträge;
- (6) internationale Abkommen für grenzüberschreitende Fusionen;
- (7) Einführung eines Vermutungstatbestandes.

83. Aus ökonomischer Perspektive ist eine Reduktion der Grenzbeträge auf ein vergleichbares Niveau wie in anderen europäischen Ländern angezeigt: Damit könnte eine grössere Anzahl Fusionen aufgegriffen werden, deren anti-kompetitive Auswirkungen hauptsächlich den Binnenmarkt betreffen. Hingegen ist der Abschluss bilateraler Abkommen für internationale Fusionen nicht zwingend, da sich die Verwendung eines Waivers in der Praxis, insbesondere mit den EU-Wettbewerbsbehörden, gut zu bewähren scheint. Im Gegensatz dazu wäre die Einführung eines Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen zu begrüssen, um gezielt potenziell problematisch eingestufte Fusionen aufzugreifen. Diese Problematik könnte jedoch durch eine adäquate Senkung der Grenzbeträge teilweise entschärft werden.

84. Grundsätzlich liessen sich alle Revisionsvorschläge als Einzelmassnahmen umsetzen. Sinnvoll wären solche Einzelmassnahmen jedoch insbesondere dann nicht, wenn nur die Aufgreifkriterien revidiert würden. Dadurch würde sich in erster Linie nur die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und somit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden erhöhen, ohne dass den potenziell anti-kompetitiven Effekten von Fusionen besser Rechnung getragen werden könnte. Um die Voraussetzungen zur Untersagung von Fusionen auf einen international etablierten Standard zu bringen, drängt sich deshalb aus einer ökonomischen Perspektive primär eine Revision der Eingreifkriterien und sekundär eine Revision der Aufgreifkriterien in den Vordergrund.

Literatur

- Bühler, Stefan und Daniel Halbheer (in Druck) "Ökonomische Grundlagen und Grundbegriffe." In: M. Amstutz und M. Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz* (Basel: Helbing und Lichtenhahn).
- Bundeskartellamt (2001) "Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?" Abrufbar unter URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/01_Proftag.pdf [19/06/08].
- Christensen Peder, Kyriakos Fountoukakos und Dan Sjöblom (2007) "Mergers." In: J. Faull und A. Nikpay (Hrsg.), *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press), 2. Aufl., 421-592.
- Europäische Kommission (2004) "Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse." Abrufbar unter URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.html [30/04/08].
- Europäische Kommission (2007) "Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse." Abrufbar unter URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/megers/legislation/notices_on_substance.html [30/04/08].
- Fountoukakos, Kyriakos und Stephen Ryan (2005) "A New Substantive Test for EU Merger Control." *European Competition Review* 26(5), 277-296.
- Friederiszick Hans W., Lars-Hendrik Röller und Vincent Verouden (2008) "European State Aid Control: An Economic Framework." In: P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge, Massachusetts), 642-643.
- Gal, Michal (2003) *Competition Policy for Small Market Economies* (Cambridge MA: Harvard University Press).
- International Competition Network, Merger Working Group, Notification & Procedures Subgroup (2008) "Setting Notification Thresholds for Merger Review." *Report to the ICN Annual Conference*, Kyoto, Japan.
- Motta, Massimo (2004) *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge UK: Cambridge University Press).
- Neven, Damien J. und Lars-Hendrik Röller (2005) "Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control." *International Journal of Industrial Organization* 23, 829-848.
- Renckens, An (2007) "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense." *Journal of Competition Law and Economics* 3(2), 149-179.
- Rey, Patrick und Jean Tirole (2007) "A Primer on Foreclosure.", In M. Armstrong und R. H. Porter (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3 (Amsterdam: Elsevier), 2145-2220.
- Röller, Lars-Hendrik und Andreas Strohm (2007) "Ökonomische Analyse des Begriffs Significant Impediment to Effective Competition." In G. Hirsch, F. Montag und F. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Bd. 1 (München: Verlag C. Beck).
- Schwalbe, Ulrich und Daniel Zimmer (2006) *Kartellrecht und Ökonomie*, 206 ff. (Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main).

US Department of Justice and Federal Trade Commission (1992, revised 1997) "Horizontal Merger Guidelines." Abrufbar unter URL: www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf [30/04/08].

US Department of Justice and Federal Trade Commission (1997) "Non-Horizontal Merger Guidelines." Abrufbar unter URL: www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.pdf [30/04/08].

Whinston, Michael D. (2007) "Antitrust Policy Toward Horizontal Mergers." In M. Armstrong und R. H. Porter (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3 (Amsterdam: Elsevier), 2369-2440.

Williamson, Oliver E. (1968) "Economies as an Anti-Trust Defence: The Welfare Trade-Offs." *American Economic Review* 58(1), 18-36.

Zäch, Roger (2005) *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. (Bern: Stämpfli Verlag AG).

Anhang 1: Juristische Revisionsanliegen

Im Rahmen der Evaluation äusserten die Anwälte/innen diverse Anliegen, die aus Ressourcen Gründen nicht oder nur am Rande im Rahmen des vorliegenden Projektes abgehandelt wurden. Zudem haben sich auch im Laufe der Erarbeitung des Forschungsberichtes weitere juristische Fragen im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle ergeben. Sollte der Bundesrat eine Revision der Zusammenschlusskontrolle beschliessen, sind die folgenden Fragen zu prüfen und soweit notwendig zu klären:

- a. **Umsatz in der Schweiz als Aufgreifkriterium:** Was wird unter Umsatz in der Schweiz gemäss Art. 9 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 4 f. VKU verstanden? Beispiel: Werden Umsätze von Unternehmungen, deren Wertschöpfung im Ausland generiert wird, **deren** Leistungen aber über eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz fakturiert werden, von der Schweizer Zusammenschlusskontrolle erfasst oder nicht?
- b. **Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG:** Wird veränderten Verhältnissen auf einem Markt bei Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG genügend Rechnung getragen? Beispiel: Gegenüber einem Unternehmen wird in einem Verfahren nach Art. 7 KG eine marktbeherrschende Stellung festgestellt, was die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 für zukünftige Zusammenschlüsse auslöst. Wie kann im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise veränderten Umständen Rechnung getragen werden?
- c. **Erleichterte Meldung:** Wie wird eine solche Meldung definiert? Sollten klarere Regeln darüber bestehen, unter welchen Voraussetzungen eine solche erleichterte Meldung vorliegen kann?
- d. **Zulassung unter Auflagen und Bedingungen:** Sollte für die Parteien auf Gesuch hin die Möglichkeit einer Verlängerung der 1- bzw. 4-Monatsfrist zur Beurteilung eines Zusammenschlusses geschaffen werden, z. B. wenn eine Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen zur Diskussion steht?
- e. **Definition Kontrollerwerb:** Ist die Definition in Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i. V. m. Art. 1 VKU klar?
- f. **Meldung von Zusammenschlüssen mit räumlich relevanter Märkte von internationaler Dimension:** Soll und kann in diesen Fällen auf eine Meldung und/oder deren Beurteilung ganz verzichtet werden bzw. wie kann das Verfahren vereinfacht werden? Als Beispiel mag eine internationale Fusion dienen, die in der EU und in der Schweiz gemeldet wird, wobei der räumlich relevante Markt mindestens europaweit zu definieren ist.
- g. **Parteirechte bei kollektiver Marktbeherrschung:** Wird im Rahmen eines Fusionsentscheids eine kollektive Marktbeherrschung festgestellt, ist in der Regel nur das fusionierende Unternehmen Verfahrenspartei. Hat die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung auch Wirkungen für Dritt-Unternehmen, welche nicht an der Fusion beteiligt sind, aber an der kollektiven Marktbeherrschung? Wie sollen deren Verfahrensrechte gewährleistet werden?

Anhang 2: Begriff der Marktbeherrschung

A.1 Einleitung

85. Die Botschaft zum KG 1995, verschiedene Lehrmeinungen und neue Erwägungen des Bundesgerichts deuten darauf hin, dass dem Nebensatz „*durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann*“ in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG eine eigenständige Bedeutung zuzumessen ist¹. Im Folgenden sollen deshalb auf Wunsch des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) und in Ergänzung des Forschungsberichtes die Bedeutung und Tragweite des Begriffs „Marktbeherrschung“ (und als dessen Vorstufe des Begriffs „Marktmacht“) im Kontext der unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG und der Zusammenschlusskontrolle nach Art. 10 KG aus juristischer Sicht kurz aufgezeigt und auf die Probleme bei der Auslegung und Anwendung dieses Begriffs hingewiesen werden².

86. Gemäss *juristischer Lehre* können im Kartellrecht verschiedene Intensitätsstufen des Markteinflusses unterschieden werden³:

- a. *Gewöhnlicher Markteinfluss*: Dieser Markteinfluss, über den jedes Unternehmen verfügt, das sich wirtschaftlich betätigt, ist kartellrechtlich nicht von Belang.
- b. *Qualifizierter Markteinfluss in der Form von Marktmacht* (i. S. v. Art. 2 Abs. 1 KG): Diese Form des Markteinflusses ist Voraussetzung für die Geltung des Kartellgesetzes auf Missbrauchsfälle von Art. 7 KG.
- c. *Marktbeherrschung* (i. S. v. Art. 4 Abs. 2): Diese Form des Markteinflusses kann als qualifizierte Form der Marktmacht i. S. v. Art. 2 KG angesehen werden. Marktbeherrschung i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG ist Tatbestandsvoraussetzung für Missbrauchsfälle nach Art. 7 KG (Interventionsschwelle).
- d. *„Qualifizierte Marktbeherrschung“*: Ein besonders intensiver Grad der Marktbeherrschung wird – zumindest von einem Teil der Judikatur und der Lehre – in der Zusammenschlusskontrolle im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG verlangt⁴.

87. Die verschiedenen Stufen des Markteinflusses sind insofern als fließend anzusehen, als es sich beim Markteinfluss um ein eigentliches Kontinuum handelt⁵. Die Grenzen zwischen den verschiedenen Stufen sind nach dem Verständnis des Kartellgesetzes nicht klar und abstrakt vorgegeben, sie müssen vielmehr von den rechtsanwendenden Behörden in jedem Einzelfall konkret gezogen werden.

A.2 Marktmacht nach Art. 2 Abs. 1 KG

88. Für die Unterstellung eines Sachverhalts unter das Kartellgesetz ist gemäss Art. 2 Abs. 1 KG erforderlich, dass die beteiligten Unternehmen Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, „*Marktmacht*“ ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen

¹ Vgl. oben Abschnitt B.3.1.

² Den Anhang 2 verfassten Christoph Tagmann und Beat Zirlick (Mitarbeiter des Sekretariat der Wettbewerbskommission). Im Anhang 2 wird eine juristische Zitierweise angewandt.

³ Vgl. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4 N 26 ff., insb. N 33; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 573. Die Terminologie ist nicht einheitlich; insb. gibt es zwischen der juristischen und der ökonomischen Terminologie teilweise Abweichungen (vgl. für die ökonomische Abgrenzung der Begriffe statt vieler MASSIMO MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge 2004, 115 ff.).

⁴ Vgl. dazu ZÄCH (Fn. 3), Rn. 783 ff., 792 ff.

⁵ ZÄCH (Fn. 3), Rn. 792 ff.

beteiligen (sachlicher Geltungsbereich des Gesetzes). Der Begriff der Marktmacht wird im Gesetz indessen nicht weiter definiert, auch nicht bei den Begriffsbeschreibungen in Art. 4 KG. Diese Bestimmung enthält nämlich nicht eine Definition des marktmächtigen, sondern des marktbeherrschenden Unternehmens⁶. Weshalb der Geltungsbereich die Ausübung von Marktmacht erfasst, im Übrigen jedoch der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens für die Anknüpfung von Rechtsfolgen massgebend ist – Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 lit. a KG knüpfen an die Begriffsbestimmung in Art. 4 Abs. 2 KG an⁷ –, wird in den Materialien nicht näher erläutert. Es findet sich lediglich der Hinweis, dass Marktbeherrschung eine qualifizierte Form der Marktmacht darstellt⁸. Der Botschaft 2002 zum revidierten Kartellgesetz sind keine weiteren Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 1 KG zu entnehmen, was nicht weiter erstaunt, zumal dieser Absatz von der Revision 2003 nicht betroffen war. Dagegen wird in der Botschaft 2002 auf die Konkretisierung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 4 Abs. 2 KG ausführlich eingegangen⁹.

89. *Art. 7 KG*: Der Sinn der Verwendung des Begriffs „Marktmacht“ im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des Gesetzes besteht darin, die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes bereits dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn ein Unternehmen „bloss“ über Marktmacht verfügt, nicht aber über Marktbeherrschung. Dies ist namentlich bei der Beurteilung *missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* nach Art. 4 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 7 KG relevant. Bei der Unterstellung unter den Geltungsbereich eines Unternehmens ist damit nicht erforderlich, dass eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens nachgewiesen ist. M.a.W. kann ein Sachverhalt unter Art. 7 KG auch dann beurteilt werden, wenn (noch) nicht feststeht, ob das Unternehmen tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung einnimmt¹⁰.

90. *Art. 5 KG*: Der Begriff der Marktmacht spielt nach juristischem Verständnis nur bei Fällen von Art. 7 KG, nicht aber bei Fällen von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG eine Rolle¹¹. Dieses Ergebnis stimmt mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 KG überein, der drei Kriterien alternativ aufzählt, wobei sich das Tatbestandsmerkmal Treffen von Kartell- und andere Wettbewerbsabreden auf Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG bezieht, dasjenige der Ausübung von Marktmacht auf Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 und die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen auf Art. 4 Abs. 3 i. V. m. Art. 9 ff. KG. Daraus folgt, dass Marktmacht (formell) keine Voraussetzung für die Geltung des Kartellgesetzes für *Wettbewerbsabreden* nach Art. 5 KG darstellt. Da „Marktmacht“ weder für horizontale noch für vertikale Wettbewerbsabreden Eintretensvoraussetzung ist, ist das Kartellgesetz damit auf alle Wettbewerbsabreden anwendbar, und zwar unabhängig von der Marktstellung der beteiligten Unternehmen¹². In der überwiegend ökonomischen Literatur wird allerdings auch die Ansicht vertreten, die Tatbestände von Art. 5 Abs. 4 KG setzten (zumindest faktisch) Marktmacht voraus¹³; wie hoch dieser Markt-

⁶ JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

⁷ PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 10 N 8.

⁸ Botschaft 1994, 547 f.

⁹ D. h. den neu eingeführten Klammerzusatz „Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern“; vgl. Botschaft 2002, 2033, 2045.

¹⁰ BORER (Fn. 6), Art. 2 N 14.

¹¹ Vgl. ZÄCH (Fn. 3), Rn. 249.

¹² In der (juristischen) Literatur wird denn auch das Kriterium der Marktmacht lediglich im Zusammenhang mit den Fällen von Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 und Art. 10 Abs. 1 lit. a KG erwähnt und behandelt. Vgl. z. B. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 2 N 21 ff., insb. N 27; BORER (Fn. 6), Art. 2 N 13 f.; ZÄCH (Fn. 3), Rn. 249 ff., 573; KÖCHLI/REICH (Fn. 3), Art. 4 N 26, 28.

¹³ Vgl. insb. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, in: sic! 12/2004, 911 ff. Zwar geht RAASS davon aus, dass die Begründung oder Verstärkung von *Marktmacht* eine hinreichende wie auch notwendige Voraussetzung für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i. S. v. Art. 5 Abs. 4 KG darstelle, doch wird weder quantifiziert noch qualifiziert, unter welchen Voraussetzungen

einfluss indessen sein müsste, bleibt offen. Auf die Frage nach der Marktmacht als Voraussetzung für Art. 5 KG wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

91. *Art. 10 KG*: Im Zusammenhang mit dem Marktbeherrschungsbegriff der *Zusammenschlusskontrolle* (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) ist „Marktmacht“ formell ebenfalls nicht eine Geltungsvoraussetzung, denn die Zusammenschlusskontrolle knüpft an die Beteiligung an einem Unternehmenszusammenschluss (Art. 2 Abs. 1 KG) sowie die Aufgreifkriterien (Schwellenwerte) in Art. 9 KG an. Dagegen spielen die Begriffe der Marktmacht und der Marktbeherrschung bei der materiellen Beurteilung von Zusammenschlüssen eine Rolle¹⁴.

A.3 Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG

92. „*Marktbeherrschung*“ (i. S. v. Art. 4 KG) stellt eine qualifizierte Form bzw. einen höheren Grad von Marktmacht (i. S. v. Art. 2 KG) dar. Wie einleitend bereits erwähnt, sind die Grenzen zwischen den verschiedenen Stufen des Markteinflusses nicht klar vorgegeben, sondern sie müssen von den rechtsanwendenden Behörden in jedem Einzelfall festgelegt werden. Immerhin besagt die gesetzliche Definition in Art. 4 Abs. 2 KG, dass Marktbeherrschung dann vorliegt, wenn ein oder mehrere Unternehmen in der Lage sind, sich auf einem bestimmten Markt „von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten“¹⁵.

93. Im Zusammenhang mit der Ergänzung von Art. 4 Abs. 2 KG anlässlich der KG-Revision 2003 ist umstritten, ob der Begriff der Marktbeherrschung eine Relativierung bzw. Erweiterung erfahren hat oder nicht. Nach der einen Ansicht ist dies der Fall, womit strukturelle (Einzel-)Abhängigkeiten erfasst werden sollen („relative“ Marktmacht). Die Marktanteilschwelle sei damit im vertikalen Verhältnis tiefer angesetzt worden¹⁶. Auf der anderen Seite wird nach einem überwiegend ökonomischen Verständnis die Ansicht vertreten, dass der Marktbeherrschungsbegriff durch die Revision von Art. 4 Abs. 2 KG nicht verändert worden sei. Dies wird insbesondere damit begründet, dass durch den (revidierten) Marktbeherrschungsbegriff nicht Strukturschutz von nicht überlebensfähigen Unternehmen betrieben werden dürfe¹⁷. Wird der erste Standpunkt vertreten, werden die Anforderungen an die Marktbeherrschung tendenziell herabgesetzt. Der Begriff der Marktbeherrschung rückt damit dem Begriff der blossen Marktmacht näher (um wie viel, ist indessen nicht geklärt).

94. Der Blick auf die bisherige Praxis zum revidierten Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. dazu insbesondere den Fall CoopForte¹⁸) zeigt, dass die WEKO zweistufig vorgeht: Zunächst prüfte sie, ob sich Coop nach herkömmlichem Verständnis i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten konnte, was sie verneinte. In einem zweiten Schritt wurden dann mögliche individuelle Abhängigkeiten von Lieferanten gegenüber Coop geprüft. Ausschlaggebende Kriterien waren dabei u. a. das Fehlen vergleichbarer Abnehmer bzw. das Unvermögen des Lieferanten, seine Fixkosten zu decken, getätigte Investitionen in pro-

dies der Fall ist, also Marktmacht effektiv vorliegt. Vgl. dazu auch MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Jusletter vom 27.9.2004, Rn. 82 ff., insb. 91 m.w.Nw.

¹⁴ Vgl. KÖCHLI/REICH (Fn. 3), Art. 4 N 26 ff.

¹⁵ Auch diese Legaldefinition bedarf der Auslegung; vgl. dazu statt aller KÖCHLI/REICH (Fn. 3), Art. 4 N 36 ff., und BORER (Fn. 6), Art. 4 N 16 ff.

¹⁶ Dazu insb. ZÄCH (Fn. 3), Rn. 576; ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, S. 29–62, Rn. 2.28 ff.; vgl. auch Botschaft 2002, 2033.

¹⁷ Vgl. dazu insb. MARC AMSTUTZ /MANI REINERT, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, in: sic! 7/8/2005, 537–551 sowie sic! 9/2005, 631–640, insb. 548 ff.; vgl. dazu auch Botschaft 2002, 2045.

¹⁸ Vgl. RPW 2005/1, 155 ff., Rn. 62 ff.

duktspezifische Vermögenswerte (Gebäude, Einrichtungen, Forschung und Entwicklung etc.) sowie fehlendes Selbstverschulden¹⁹. Die Antwort auf die Frage von möglichen individuellen Abhängigkeiten konnte jedoch im Ergebnis offen bleiben, da eine einvernehmliche Regelung zustande kam²⁰.

95. Die Bedeutung der revidierten Bestimmung in Art. 4 Abs. 2 ist damit nach wie vor nicht abschliessend geklärt.

A.4 Marktbeherrschung nach Art. 7 Abs. 1 KG

96. Im Kontext von Art. 7 Abs. 1 KG ist Prüfungsgegenstand das Marktverhalten eines Unternehmens, das bereits über eine marktmarktbeherrschende Stellung verfügt („vergangenheitsbezogene Diagnose“)²¹. Zumindest in der Theorie kann dabei schon ein „tiefer“ Marktbeherrschungsgrad, mithin auch „relative“ Marktmacht genügen, d. h., wenn konkrete (strukturelle) Abhängigkeitsverhältnisse vorliegen (vgl. dazu A.3).

A.5 Marktbeherrschung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a KG

97. Gemäss Art 10 Abs. 2 lit. a und b KG kann die WEKO einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und er keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt²².

98. Es stellt sich die Frage, wie diese Bestimmung auszulegen ist²³. Zur Diskussion steht insbesondere, ob und – wenn ja – welche Bedeutung der Wendung „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ zukommt. Grundsätzlich stehen zwei Auslegungsvarianten zur Diskussion, die in der Literatur und der Judikatur unterschiedlich beurteilt werden.

99. *Variante 1: „Einstufige“ Prüfung (nur marktbeherrschende Stellung):* Im Rahmen dieser Variante kommt dem Terminus „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ keine eigenständige Bedeutung zu. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird nicht als separates, zusätzliches Tatbestandsmerkmal geprüft, sondern der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung quasi als systemimmanent betrachtet²⁴. Wenn somit durch

¹⁹ Vgl. RPW 2005/1, 161 ff., Rn. 98 ff.; zur Kritik und zur „Untauglichkeit“ dieser Kriterien im Einzelnen AMSTUTZ/REINERT (Fn. 18), 637 ff.

²⁰ RPW 2005/1, 168, Rn. 163; vgl. auch RPW 2005/4, 610; RPW 2006/1, 131 ff.

²¹ Vgl. dazu REICH (Fn. 7), Art. 10 N 8.

²² An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das Tatbestandsmerkmal in Art. 10 Abs. 2 lit. b KG (d. h. die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt) infolge Fehlens eines Untersagungsentscheides bisher nicht weiter konkretisiert werden konnte (vgl. dazu RPW 2004/2, 529 ff., insb. 579 ff., Rn. 180 ff.: In diesem Entscheid untersagte die WEKO den Zusammenschluss i. S. BZ/20 Minuten, nachdem sie auch das Tatbestandsmerkmal gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b KG geprüft und verneint hatte. Der Entscheid wurde indessen durch die REKO/WEF aufgehoben [RPW 2006/2, 347 ff., bestätigt durch das BGer, RPW 2007/2, 331 ff.]).

²³ Vgl. dazu B.3.1.

²⁴ Zu dieser Auslegungsvariante etwa ZÄCH (Fn. 3), Rn. 602 ff.; PATRIK DUCREY, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, in: von Büren/David (Hrsg.), Basel 2000, 292 f.; THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe, in: AJP 1999, 295 ff.; STEFAN KELLER, Zum Reko-Entscheid „Berner Zeitung AG, Tamedia AG, Wettbewerbskommission“, in: sic! 1/2007, S. 56 ff.; differenzierend und mit Hinweis auf die Praxis der WEKO (die der einstufigen Prüfung folgt) FRANZ HOFFET, Unternehmenskonzentration, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Handbücher für die

den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet (oder verstärkt) wird (sich das Unternehmen also unabhängig verhalten kann), folgt daraus ohne weiteres, dass es dadurch auch den wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Geprüft wird daher „nur“, ob eine („einfache“) marktbeherrschende Stellung, welche mit Art. 7 KG übereinstimmt, begründet oder verstärkt wird. Im Ergebnis impliziert die festgestellte Marktbeherrschung für den Wettbewerb generell eine zumindest potenzielle und abstrakte Gefahr und eröffnet stets die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Die umstrittene Wendung im Kartellgesetz stellt nach dieser Auffassung letztlich nur einen „beschreibende[n] Zusatz ohne eigenständige analytische Bedeutung“ dar²⁵.

100. Variante 2: „Zweistufige“ Prüfung (marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs): Neben der Prüfung der Begründung (oder Verstärkung) einer marktbeherrschenden Stellung wird im Rahmen dieser Variante 2 zusätzlich geprüft, ob durch den Zusammenschluss „wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“. Die Wendung „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ stellt daher ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal dar, das separat geprüft wird²⁶. Die Bejahung der Marktbeherrschung reicht m. a. W. nicht, es muss zudem nachgewiesen werden, dass diese Marktbeherrschung im Einzelfall die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung eröffnet, mithin konkret gefährlich für den Wettbewerb ist. Voraussetzung für eine Intervention der Wettbewerbsbehörden ist somit bei Art. 10 KG im Gegensatz zu Art. 7 KG eine *qualifizierte Marktbeherrschung*.

101. Die Botschaft 1994 führt in diesem Sinne explizit aus, dass der Begriff der marktbeherrschenden Stellung in Art. 10 KG – im Gegensatz zu Art. 7 KG – qualifiziert zu verstehen sei. Die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung genüge nicht für die Genehmigungsverweigerung, „sie muss überdies die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. [...] Das für die schweizerische Zusammenschlusskontrolle vorgeschlagene Kriterium entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer *extrem hohen Konzentration* auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein“²⁷.

102. Die Praxis der Wettbewerbskommission tendiert(e) eher zur einstufigen Prüfung nach Variante 1²⁸. Das Bundesgericht und die ehemalige REKO/WEF hingegen gehen unter Hin-

Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rn. 10.40 f. Vgl. zum Ganzen auch schon FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Zusammenschlusskontrollverfahren, Diss. Zürich 1996, 207.

²⁵ So VON BALLMOOS (Fn. 24), 279; vgl. zum Ganzen auch KELLER (Fn. 24), 58.

²⁶ Vgl. zu dieser Auslegungsvariante etwa KÖCHLI/REICH (Fn. 3), Art. 4 N 27 ff., 33, 34, 37; REICH (Fn. 7), Art. 10 N 8; PATRIK DUCREY/JENS DROLSHAMMER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 10 N 10, 26 ff.; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Genève 2002, Art. 10 N 17; BORER (Fn. 6), Art. 10 N 17 ff.; PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Art. 10 N 3. Begründet wird diese Haltung damit, dass im Rahmen von Art. 10 KG eine durch den Zusammenschluss potenziell bewirkte (in die Zukunft gerichtete) strukturelle Veränderung zu prüfen sei (Prognose).

²⁷ Botschaft 1994, 583 f. (Hervorhebung im Original). Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus Sicht der fusionierenden Unternehmen ein vergleichsweise tolerantes Eingreifkriterium darstellt, genüge doch etwa nach dem Recht der Europäischen Union und nach zahlreichen nationalen Regelungen schon eine „erhebliche Behinderung“ wirksamen Wettbewerbs für die Untersagung eines Zusammenschlusses.

²⁸ HOFFET (Fn. 24), Rn. 10.41. Vgl. z. B. noch den neueren Entscheid der WEKO vom 3.9.2007 i. S. Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 129 ff.), in welchem das Element der Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs nicht separat geprüft wird (Rn. 470 ff.), obwohl dies von den Parteien gefordert wird (Rn. 99 f.). In den beiden neusten Entscheiden vom 10.3.2008 i. S. Fenaco/Steffen-Ris Holding AG (Rn. 88 ff., 163 ff.) und vom 17.3.2008 i. S. Coop/Carrefour (Rn. 132 ff., 374 ff.) hingegen hat die WEKO – „um den Anforderungen des Bundesgerichts gerecht zu werden“ – eine zweistufige Prüfung vorgenommen (noch nicht publiziert).

weis auf den Willen des Gesetzgebers²⁹ davon aus, dass die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung zwingend die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen müsse und ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraussetze (Variante 2). Art. 10 Abs. 2 lit. a KG verende bei der Zusammenschlusskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stelle³⁰. Was jedoch in der konkreten Rechtsanwendung Kriterien bzw. Instrumente sind, um diese Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen und zu bejahen oder verneinen, bleibt offen.

103. Im Gegensatz zur umstrittenen Bedeutung des Nebensatzes dürfte hingegen völlig unbestritten sein, dass – wie der Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. a KG bereits andeutet – lediglich die *Möglichkeit* der Beseitigung des Wettbewerbs genügt und der Wettbewerb nicht tatsächlich beseitigt sein müsste³¹. Zu präzisieren ist, dass für die Möglichkeit der Beseitigung *wirksamen* Wettbewerbs der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden können muss, sondern auch ein gewisser Restwettbewerb vorliegen kann³². Sollte es sich somit beim umstrittenen Nebensatz im Sinne der Variante 2 um ein eigenständiges Tatbestandselement handeln, so dürfte es de facto – da es sich nur um eine tiefe Hürde handelt – in den meisten Anwendungsfällen bei Vorliegen einer Marktbeherrschung ohne weiteres zu bejahen sein.

A.6 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

104. Die Begriffe Marktmacht und Marktbeherrschung spielen eine Rolle bei der Beurteilung von Fällen nach Art. 7 KG (missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) und Art. 10 KG (Zusammenschlusskontrolle). Im Zusammenhang mit Fällen nach Art. 5 KG (Wettbewerbsabreden), insbesondere von vertikalen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, ist nicht geklärt, ob Marktmacht ebenfalls von Bedeutung sein soll.

105. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a KG ist in der Praxis nach wie vor umstritten, ob ein qualifizierter Marktbeherrschungsbegriff zur Anwendung gelangen soll, der über die Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG hinausgeht. Dies hängt insbesondere davon ab, ob dem Terminus „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigten werden kann“ eine eigenständige Bedeutung zukommt oder nicht. Während die Praxis der WEKO bislang eher von einem „gewöhnlichen“ Marktbeherrschungsbegriff (ohne eigenständige Bedeutung des genannten Terminus) ausging, tendieren zahlreiche Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einem qualifizierten Marktbeherrschungsbegriff mit eigenständiger Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigten werden kann“.

106. In der Praxis sind indessen kaum Fälle vorstellbar, in welchen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ohne dass zugleich auch die blossen *Möglichkeit* der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bejaht werden könnte – mehr verlangt Art. 10 Abs. 2 lit. a KG nicht. Da die Voraussetzungen für dieses (umstrittene) zusätzliche Tatbe-

²⁹ Vgl. Botschaft 1994, 583 f.

³⁰ Vgl. BGE vom 13.2.2007 i. S. Swissgrid (BGE 2A.325/2006), E. 6.3 = BGE 133 II 104 ff., 108 E. 6.3 = RPW 2007/2, S. 327 f. E. 6.3; dazu auch REKO/WEF i. S. Swissgrid, RPW 2006/2, 366 E. 6.3.6. Vgl. auch BGE 2A.327/2006 vom 22.2.2007 i. S. BZ/20 Minuten = RPW 2007/2, 335 E. 6.2 f.

³¹ Vgl. dazu z. B. DUCREY/DROLSHAMMER (Fn. 26), Art. 10 N 26 ff.; HOFFET (Fn. 24), Rn. 10.40.

³² So die Verfügung der WEKO vom 10.3.2008 i. S. Fenaco/Steffen-Ris Holding AG, Rn. 167 (noch nicht publiziert).

standselement m. a. W. bei Vorliegen einer Marktbeherrschung praktisch immer erfüllt sein dürften, nähern sich die beiden Auslegungsvarianten einander im Ergebnis an³³.

107. Aufgrund der letztlich unklaren Formulierung in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG bleibt das Verhältnis der beiden Tatbestandsmerkmale „marktbeherrschende Stellung“ und „Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs“ bis heute nicht restlos geklärt. Ein Klärungsbedarf erscheint insbesondere deshalb angezeigt, weil je nach Auslegung die Anforderungen an ein Untersagen eines Zusammenschlusses höher oder tiefer ausfallen.

108. Sollten die im Forschungsbericht erarbeiteten Revisionsvorschläge 1 oder 2 umgesetzt werden (siehe Abschnitte C.1.1 und C.1.2), dürften die vorliegend aufgeworfenen Probleme gelöst werden.

³³ Vgl. auch KELLER (Fn. 24), 60.