

Einführung des SIEC-Tests
Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle

Dr. Christian Jaag

Dr. Samuel Rutz

Noëmi Jacober

27. Oktober 2017

Zusammenfassung

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle: Sie soll präventiv wirken und zukünftige Wettbewerbsbeschränkungen verhindern. Die heutige schweizerische Fusionskontrolle ist jedoch nur bedingt geeignet dieses Ziel zu erreichen, da sie es nicht erlaubt, schädlichen Auswirkungen von Fusionen, wie Preiserhöhungen, Qualitätssenkungen oder der Verdrängung von Wettbewerbern Rechnung zu tragen. Potenzial für solche Auswirkungen besteht dabei vor allem in konzentrierten, oligopolistischen Industrien. Gleichzeitig bindet die Fusionskontrolle bei den Wettbewerbsbehörden substantielle zeitliche und personelle Ressourcen und verursacht bei den betroffenen Unternehmen erheblichen Aufwand.

Als Reaktion auf diese unbefriedigende Situation will der Bundesrat eine Vernehmlassungsvorlage zur Modernisierung der Fusionskontrolle erarbeiten. Konkret soll der heute in der Schweiz angewandte Marktbeherrschungstest durch den in der EU vorherrschenden SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») abgelöst werden. Der grundsätzliche Unterschied zwischen diesen beiden Prüfstandards liegt in der Höhe der Eingriffshürde. Während unter dem schweizerischen Marktbeherrschungstest eine Fusion nur untersagt werden kann, wenn eine «qualifizierte» Marktbeherrschung vorliegt, reicht beim europäischen SIEC-Test bereits die tiefere Schwelle der «einfachen» Marktbeherrschung.

Unter dem SIEC-Test können überdies auch unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden. Unilaterale Effekte beschreiben dabei Veränderungen von Marktparametern (etwa Preise oder Mengen), die durch individuell rationale Reaktionen der Marktteilnehmer auf eine Fusion ausgelöst werden. Ein typisches Beispiel für solche Effekte stellen Preiserhöhungen im Nachgang zu einer Fusion dar. Schliesslich erlaubt der SIEC-Test – im Gegensatz zum schweizerischen Marktbeherrschungstest – die Berücksichtigung von fusionsbedingten Effizienzen. Mit der Einführung des SIEC-Tests könnten folglich in der Schweiz gleich mehrere «Lücken» in der Fusionskontrolle geschlossen werden.

Im Hinblick auf die Vorbereitung der Vernehmlassungsvorlage wurde Swiss Economics vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) beauftragt, eine Analyse der ökonomischen Auswirkungen eines Wechsels vom heutigen Marktbeherrschungstest auf den SIEC-Test durchzuführen. Zudem ist abzuklären, ob eine allfällige Einführung des SIEC-Tests von weiteren Anpassungen – etwa im Bereich der Aufgreifkriterien oder Prüffristen – begleitet werden soll. In methodischer Hinsicht wurde zur Beantwortung dieser Fragen unter anderem auch mit Experten gesprochen. Es wurden Interviews mit 14 in- und ausländischen Kartellrechtsspezialisten geführt.

Die vorliegende Studie ergibt, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Einführung des SIEC-Tests nach europäischem Vorbild aus mehreren Gründen zu begrüssen ist. Erstens kann aufgrund der tieferen Interventionsschwellen des SIEC-Tests fusionsbedingten Konzentrationstendenzen, wie sie in der Vergangenheit insbesondere im Lebensmittel-Detailhandel zu beobachten waren, besser entgegengetreten werden. Gerade die Möglichkeit der Verhinderung von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle könnte in diesem Zusammenhang einen Beitrag zum Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz leisten. Zweitens kann unter einem SIEC-Standard vor allem auch eine sachgerechtere Prüfung von Fusionen stattfinden, was zu ökonomisch konsistenteren und besser nachvollziehbaren Entscheiden führt. Drittens käme es durch den Wechsel zum SIEC-Test zu einer Harmonisierung mit dem Fusionskontroll-

recht der EU und ihrer Mitgliedstaaten, was die Prüfung grenzüberschreitender Fusionen vereinfachen würde. Um diesen Vorteil nicht zu gefährden, ist bei der Umsetzung des SIEC-Tests insbesondere von einem «Swiss Finish» abzusehen.

Die Einführung des SIEC-Tests hätte nach Einschätzung der Experten voraussichtlich eine leichte Erhöhung der Interventionsrate in der Fusionskontrolle zur Folge. Konkret wäre mit etwas mehr Untersagungen von Fusionen sowie mit etwas mehr Zulassungen mit Auflagen und Bedingungen zu rechnen. Gegeben die beschränkte Wirkung der heutigen Fusionskontrolle, wäre dies aber durchaus im Sinn einer präventiv wirkenden Strukturkontrolle. Eine weitere zu erwartende Auswirkung eines Wechsels zum SIEC-Test ist, dass Wettbewerbsbehörde und Unternehmen – vor allem in einer Übergangsphase – mit einem gewissen Mehraufwand konfrontiert wären. Mit einer eigentlichen «Kostenlawine» ist jedoch nicht zu rechnen. Auch für die KMU sind keine negativen Auswirkungen einer Modernisierung der Fusionskontrolle auszumachen. Im Gegenteil, es dürften gerade die KMU sein, die vom SIEC-Test profitieren könnten, da sich schädliche Konzentrationstendenzen auf Zuliefer- und Absatzmärkten von KMU mit diesem Prüfstandard besser bekämpfen lassen.

Unter einem SIEC-Test würde die Fusionskontrolle gemäss den Experten zudem ökonomischer, da die zu erwartenden Marktwirkungen abzuschätzen sind. Die Folge hiervon wäre voraussichtlich ein vermehrter Einsatz von ökonomischen und empirischen Instrumenten in der Fusionskontrolle, was die Komplexität des Prüfverfahrens in Einzelfällen erhöhen würde. Von einer Anwendung solcher Instrumente in der Breite ist jedoch nicht auszugehen. Das Sekretariat der WEKO dürfte durchaus in der Lage sein, Fusionen nach dem SIEC-Standard zu beurteilen. Nicht ausgeschlossen werden kann jedoch, dass innerhalb der Wettbewerbsbehörde kleinere organisatorische und personelle Anpassungen vorgenommen werden müssten.

Eine mögliche Revision der Aufgreifkriterien – also jener Kriterien, welche die Bedingungen festlegen, unter denen eine Fusion der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden muss – im Sinn einer Ausweitung der Meldepflicht, ist nur in Betracht zu ziehen, wenn der SIEC-Test eingeführt wird. Ansonsten würde sich lediglich die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und somit der Aufwand erhöhen, ohne dass den volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Fusionen besser Rechnung getragen werden könnte.

In der Schweiz besteht grundsätzlich nur dann eine Meldepflicht, wenn die beteiligten Unternehmen die im Kartellgesetz festgelegten Umsatzschwellen überschreiten. Die Schweizer Umsatzschwellen sind rund viermal höher als der europäische Durchschnitt. Empirische Evidenz, dass die hohen Umsatzschwellen in der Schweiz systematisch versagen, gibt es jedoch keine. Auf eine Absenkung der Grenzbeträge – so die Empfehlung der Experten – sollte deshalb verzichtet werden.

Gestrichen werden könnte hingegen die in Art. 9 Abs. 4 KG formulierte obligatorische Meldepflicht für marktbeherrschende Unternehmen. Es handelt sich um eine Regelung, deren Nutzen umstritten ist. Falls der Artikel nicht abgeschafft wird, sollte er zumindest um einen Grenzbetrag für das Zielunternehmen ergänzt werden. Zusätzlich ist die Streichung des Passus bezüglich der vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkte in Art. 9 Abs. 4 KG in Betracht zu ziehen. Zu begrüssen wäre hingegen eine erleichterte Meldepflicht für Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen. Als neue Regelung könnte vorgesehen werden, dass gleichzeitig mit der Notifikation in der EU der schweizerischen Wettbewerbsbehörde eine Kopie der EU-Meldung zur Kenntnisnahme zugestellt wird. Der Wettbewerbsbehörde stünde dann eine gewisse

Frist zur Verfügung um abzuklären, ob sie eine vorläufige Prüfung der Fusion einleiten will oder nicht.

Im Zusammenhang mit einer allfälligen Revision der Aufgreifkriterien stellt sich überdies die Frage nach der Notwendigkeit eines alternativen Aufgreifkriteriums (z.B. Transaktionswerte) für digitale Märkte. Dies, weil in der digitalen Ökonomie Umsätze oftmals nichts über die Marktstellung von Unternehmen aussagen. So war die Fusion *Facebook/WhatsApp* in den meisten Ländern nicht meldepflichtig, obwohl der Transaktionswert rund USD 20 Mrd. betrug. Schon für die EU ist es allerdings mehr als fraglich, ob in der Praxis effektiv eine «Kontrolllücke» besteht. Für eine kleine Volkswirtschaft wie die Schweiz ist gemäss den Experten auf jeden Fall kein dringlicher Handlungsbedarf erkennbar. Auf die Einführung von Transaktionswerten als Aufgreifkriterium sollte deshalb verzichtet werden; es würde sich um eine unnötige «Regulierung auf Vorrat» handeln.

Um die Verfahrenskoordination von in der EU und der Schweiz meldepflichtigen Fusionen zu vereinfachen, wurde verschiedentlich vorgeschlagen, die Fristenregelung der EU zu übernehmen: Es sollen in der Schweiz dieselben Fristen für die Beurteilung von Fusionen wie in der EU gelten. In diesem Bereich besteht nach Ansicht der Experten zwar kein zwingender Handlungsbedarf, Nachteile aus einer Harmonisierung der Prüf Fristen mit der EU sind jedoch auch keine ersichtlich. Klar zu begrüssen wäre hingegen eine zur EU-Fusionskontrolle analoge Regelung betreffend Fristverlängerungen. Gerade bei problematischen Fusionen kann eine Fristverlängerung im Sinn der betroffenen Unternehmen sein, um eine Untersagung abzuwenden. Die zusätzliche Zeit kann dazu genutzt werden, um über Auflagen zu verhandeln, deren Eignung als Abhilfemassnahmen zu prüfen und bei Bedarf einen Markttest durchzuführen.

Inhalt

Zusammenfassung.....	1
Inhalt.....	4
Abbildungen	5
Tabellen.....	5
Abkürzungen.....	6
1 Einleitung.....	7
2 Die Fusionskontrolle: Ein Pfeiler des Wettbewerbsrechts.....	9
2.1 Weshalb es eine Fusionskontrolle braucht	9
2.2 Mögliche ökonomische Wirkungen von Fusionen	9
2.3 Unilaterale Effekte – nicht nur eine theoretische Befürchtung.....	12
2.4 Die schweizerische Fusionslandschaft.....	14
3 Die Schweizer Fusionskontrolle.....	17
3.1 Aufgreif- und Eingreifkriterien	17
3.2 Anzahl geprüfte Fusionen und Interventionsraten	19
3.3 Permissiver Schweizer Marktbeherrschungstest.....	21
3.4 Realwirtschaftliche Konsequenzen der heutigen Fusionskontrolle.....	24
4 Die Fusionskontrolle in der EU	26
4.1 Internationale Prüfstandards in der Fusionskontrolle	26
4.2 Vom Dominanz- zum SIEC-Test: Der Regimewechsel in der EU.....	27
4.3 Die Fusionskontrollregime der einzelnen EU-Mitgliedstaaten.....	29
5 Erfahrungen mit dem SIEC-Test im Ausland	35
5.1 Auf dem Weg zu einem «Europäischen Raum der Fusionskontrolle»	35
5.2 Erfahrungen anderer OECD-Ländern	36
5.3 Länderstudien: Belgien, Schweden und Deutschland.....	37
6 Auswirkungen der Einführung eines SIEC-Tests in der Schweiz	43
6.1 Die Stärken und Schwächen der heutigen Fusionskontrolle	43
6.2 Übernahme des SIEC-Tests und allfälliger «Swiss Finish».....	44
6.3 Erwartete Auswirkungen eines Regimewechsels	46
7 Aufgreifkriterien und Meldepflicht	49
7.1 Die Ausgestaltung der Aufgreifkriterien in der EU.....	49
7.2 Beschränkter Reformbedarf der Aufgreifkriterien.....	52
7.3 Macht die Digitalisierung neue Aufgreifkriterien notwendig?.....	57
7.4 Weitere Revisionsanliegen	61
8 Schlussfolgerungen und Empfehlungen	63
9 Referenzen	67
I Anhang: Literaturquellen zu Tabelle 3.....	71
II Anhang: Schweizer Experten und Interviewleitfaden	72

III Anhang: Ausländische Experten und Interviewleitfaden 75

Abbildungen

Abbildung 1: Fusionstätigkeit nach Branchen (2001-2008) 15
 Abbildung 2: Fusionen und aggregierte Transaktionswerte (2010-2016) 16
 Abbildung 3: Die Fusionskontrolle in der Praxis (1998-2016) 19
 Abbildung 4: Meldepflicht für marktbeherrschende Unternehmen (2001-2016) 20
 Abbildung 5: Untersagte Fusionen in Deutschland (1995-2016) 21
 Abbildung 6: Weit verbreiteter SIEC-Test in Europa 33
 Abbildung 7: Funktionsweise von Plattformmärkten 58

Tabellen

Tabelle 1: Unilaterale Effekte in der Konsumgüterindustrie 12
 Tabelle 2: Fusionen unterteilt nach der Grösse der involvierten Unternehmen (2001-2008) 14
 Tabelle 3: Prüfstandards in den einzelnen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten 30
 Tabelle 4: Bevölkerung und BIP in Belgien, Schweden und der Schweiz (2015) 37
 Tabelle 5: Schwellenwerte in den EU- und EFTA-Mitgliedstaaten in Mio. EUR 50
 Tabelle 6: Regelung der Fristen in der EU und in der Schweiz 61

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BFS	Bundesamt für Statistik
BIP	Bruttoinlandprodukt
bzw.	beziehungsweise
ECN	European Competition Network
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FKVO	EG-Fusionskontrollverordnung
ICN	International Competition Network
KG	Kartellgesetz
lit.	litera
mind.	mindestens
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
SLC	Significant lessening of Competition
vgl.	vergleiche
WEKO	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel

1 Einleitung

Die heutige Fusionskontrolle in der Schweiz trägt den volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen wenig Rechnung. Der aktuell im Kartellgesetz (KG) verankerte und von der Wettbewerbskommission (WEKO) angewandte Marktbeherrschungstest, auch Dominanztest genannt, könnte deshalb durch einen sogenannten SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») abgelöst werden. Dieser könnte dazu beitragen, dass weniger marktmächtige Unternehmen entstehen, was sich mittel- bis langfristig positiv auf das Wettbewerbsumfeld in der Schweiz auswirken dürfte. Der Bundesrat hat daher am 22. Juni 2016 beschlossen, eine Vernehmlassungsvorlage zur Modernisierung der Fusionskontrolle im Kartellgesetz zu unterbreiten.

Einen ähnlichen Vorschlag betreffend eine Revision der Fusionskontrolle lancierte der Bundesrat – basierend auf dem Evaluationsbericht «Zusammenschlusskontrolle; Projektbericht P17» (Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 2008) – bereits 2012 im Rahmen seiner Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes. Diese scheiterte jedoch letztlich im Herbst 2014 im Parlament. Die vorgeschlagene Revision der Fusionskontrolle war damals weitgehend unumstritten; das zweite Nichteintreten auf die Vorlage durch den Nationalrat am 17. September 2014 war eher anderen Revisionsvorschlägen, etwa der Neuorganisation der Wettbewerbsbehörde oder dem geplanten Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit, geschuldet.

Fragestellung

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat Swiss Economics für die Vorbereitung der Vernehmlassungsvorlage damit beauftragt, eine Analyse der ökonomischen Auswirkungen eines Wechsels vom heutigen in der Schweiz angewandten Marktbeherrschungstest auf den von der Europäischen Kommission verwendeten SIEC-Test zu erstellen. Die Studie soll zudem als Basis für die Verfassung der Botschaft des Bundesrats dienen und namentlich die folgenden Fragen beantworten:

- Wo liegen die Schwächen des heutigen Marktbeherrschungstests und weshalb braucht die Schweiz eine Modernisierung der Fusionskontrolle?
- Welche konkreten ökonomischen Auswirkungen hätte die Einführung eines SIEC-Tests zur Folge?
- Gibt es Alternativen zum SIEC-Test?
- Sollte die Einführung des neuen Tests von weiteren Anpassungen begleitet werden (z.B. betreffend der Beurteilungsfristen oder der Meldepflicht)?
- Wäre ein alternatives Aufgreifkriterium für digitale Märkte notwendig (z.B. Transaktionswerte)?
- Welche Erfahrungen wurden im Ausland mit dem SIEC-Test gemacht und wie haben sich die Interventionsraten entwickelt?
- Mit welchem Aufwand für die Unternehmen und die Behörden wäre der Wechsel zu einem SIEC-Test verbunden?
- Inwiefern würde die Prüfung von Zusammenschlussmeldungen komplexer werden?

Gliederung der Studie

Kapitel 2 legt in Kürze dar, weshalb es in einer modernen Volkswirtschaft einer Fusionskontrolle bedarf und wie sich diese in die Systematik des gesamten Wettbewerbsrechts einordnet. Zudem wird auf die unterschiedlichen Arten von Fusionen eingegangen und es werden deren spezifischen pro- und antikompetitiven Wirkungen diskutiert. Schliesslich wird das Ausmass der Fusionstätigkeit in der Schweiz aufgrund der vorhandenen empirischen Grundlagen aufgezeigt.

Kapitel 3 legt den Fokus auf die Schweizer Fusionskontrolle. Es wird der heute geltende Marktbeherrschungstest erläutert – insbesondere hinsichtlich der Eingreif- sowie auch der Aufgreifkriterien. Die Problematik der Schweizer Fusionskontrolle wird überdies anhand konkreter Beispiele illustriert. Die Bedeutung der Fusionskontrolle in der Schweiz wird anhand beschreibender Statistiken illustriert.

In Kapitel 4 wird der europäische SIEC-Test erläutert. Namentlich werden die Unterschiede zur Schweizer Fusionskontrolle aufgezeigt, die primär die Eingriffshürden und die Möglichkeit einer Effizienzverteidigung betreffen. Zudem wird der Frage nachgegangen, wie die Fusionskontrolle in einzelnen europäischen Ländern heute konkret ausgestattet ist.

Kapitel 5 bespricht die Erfahrungen der EU und einzelner EU-Mitgliedstaaten mit dem Regimewechsel von einem Dominanz- zu einem SIEC-Test. Basierend auf Gesprächen mit ausländischen Experten wird sodann vertieft auf die Erfahrungen in Belgien, Deutschland und Schweden eingegangen.

Kapitel 6 beschäftigt sich – basierend auf Interviews mit Schweizer Kartellrechtsexperten – mit der Frage, was es für die Schweiz bedeutete, wenn der heutige Marktbeherrschungstest durch den europäischen SIEC-Test ersetzt würde. In diesem Zusammenhang werden die generellen Vor- und Nachteile eines allfälligen Regimewechsels beleuchtet. Es wird zudem abgeklärt, ob die Schweizer Fusionskontrolle durch die Einführung eines SIEC-Tests strenger würde und ob mehr bzw. andere Fusionen einer vertieften Prüfung unterzogen würden. Nicht zuletzt wird auch die Frage der Auswirkungen eines allfälligen Regimewechsels auf die Schweizer KMU thematisiert.

In Kapitel 7 wird der Frage nachgegangen, ob neben den Eingreif- auch die Aufgreifkriterien der Schweizer Zusammenschlusskontrolle reformbedürftig sind. Dies besonders auch im Licht der fortschreitenden Digitalisierung, die dazu führt, dass sich die Bedeutung eines Unternehmens in einem spezifischen Markt nicht mehr zwingend in dessen Umsätzen abbildet.

Kapitel 8 enthält schliesslich Schlussfolgerungen und fasst die aus der vorliegenden Studie fließenden Empfehlungen zusammen.

2 Die Fusionskontrolle: Ein Pfeiler des Wettbewerbsrechts

2.1 Weshalb es eine Fusionskontrolle braucht

Das Wettbewerbsrecht soll einen wirksamen, funktionsfähigen Wettbewerb sicherstellen: Es soll verhindern, dass private Marktteilnehmer die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen. Voraussetzung dafür, dass ein privater Akteur den Wettbewerb auf volkswirtschaftlich schädliche Art und Weise beeinträchtigen kann, ist Marktmacht. Diese besteht immer dann, wenn sich Unternehmen aufgrund ihrer Marktstellung oder aufgrund von Wettbewerbsabreden den disziplinierenden Kräften des Wettbewerbs entziehen können. Aus dieser Logik ergibt sich der Fokus des Wettbewerbsrechts auf die Bekämpfung von Kartellen, die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und die Durchführung der Fusionskontrolle.¹ Die Bekämpfung von Kartellen sowie die Fusionskontrolle dienen hierbei in erster Linie dazu, wettbewerbliche Marktstrukturen zu garantieren und der Entstehung von Marktmacht vorzubeugen. Die Missbrauchsaufsicht soll hingegen sicherstellen, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern «fair» verhält.

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle: Indem sie die Möglichkeit der Entstehung von Marktmacht durch fusionsbedingtes Wachstum begrenzt, wirkt sie präventiv. Sie zielt auf die Vermeidung zukünftiger Wettbewerbsbeschränkungen ab. Zwar besteht mit der Missbrauchskontrolle ein Instrument, das unter gewissen Bedingungen erlaubt, schädliche Auswirkungen von Fusionen im Nachhinein zu korrigieren oder abzumildern. Es herrscht heute aber ein internationaler Konsens, dass die Missbrauchskontrolle die Fusionskontrolle nicht zu ersetzen vermag (vgl. ICN, 2002): Einerseits eliminieren Zusammenschlüsse jeglichen Wettbewerb zwischen den fusionierenden Unternehmen und reduzieren die Anzahl der Marktteilnehmer. Dadurch kann der Wettbewerb in einem Markt Schaden nehmen, ohne dass ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht im engeren Sinn vorliegt. Andererseits können sich die Aufdeckung und der Nachweis von missbräuchlichem Verhalten äusserst schwierig und aufwändig gestalten. Eine konsequente Strukturkontrolle führt folglich auch zu einer Entlastung der Missbrauchskontrolle.

2.2 Mögliche ökonomische Wirkungen von Fusionen

Fusionen sind aus wettbewerblicher Sicht nicht per se als problematisch einzustufen: Der grösste Teil aller Fusionen führt nicht zu einer Situation, in der das neu entstehende Unternehmen besorgniserregende Marktmacht erlangt. Fusionen können den Wettbewerb zudem auch beleben, Effizienzen generieren und andere wohlfahrtssteigernde Wirkungen zeitigen.² Potenzial für wohlfahrtsmindernde Fusionen besteht vor allem in stark konzentrierten, oligopolistischen Industrien, wobei sich die unerwünschten Wirkungen auf verschiedene Weisen manifestieren können: Neben Preiserhöhungen und Qualitätssenkungen für die Nachfrager, sind verringerte Anreize für Innovationen und Investitionen, die Verdrängung von Wettbewerbern oder Marktabschottungsstrategien möglich.

¹ Oftmals werden Fusionen in der Fachliteratur unter den Begriff der Unternehmenszusammenschlüsse subsumiert. In dieser Studie werden die beiden Begriffe der Einfachheit halber synonym verwendet.

² Zu den ökonomischen Wirkungen von Fusionen vgl. z.B. Motta (2004) oder Whinston (2006).

Welche konkreten wettbewerblichen Auswirkungen von einer Fusion zu erwarten sind, hängt in erster Linie davon ab, ob diese von horizontaler, vertikaler oder konglomerater Natur ist. Dabei handelt es sich um eine horizontale Fusion, wenn sich im selben Markt tätige Unternehmen (also direkte Konkurrenten) zusammenschliessen. Im Fall einer vertikalen Fusion betrifft der Zusammenschluss Unternehmen, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind. So wäre etwa der Zusammenschluss zwischen einem Hersteller und dem Vertreiber eines bestimmten Produktes als vertikal einzustufen. Konglomerate Fusionen bezeichnen schliesslich branchenübergreifende Zusammenschlüsse, bei denen die Unternehmen weder in einer horizontalen noch in einer vertikalen Beziehung zueinander stehen. Eine derartige Fusion liegt etwa vor, wenn ein IT-Unternehmen eine Bäckerei übernimmt. Es entsteht ein sogenannter Mischkonzern.

Horizontale Fusionen: Unilaterale und koordinierte Effekte

Zur Beurteilung von horizontalen Fusionen haben viele Wettbewerbsbehörden Regelwerke erlassen. In den USA legen etwa die letztmals 2010 revidierten «Horizontal Merger Guidelines»³ fest, wie eine horizontale Fusion geprüft werden soll. In der EU existieren zu diesem Zweck seit 2004 die «Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse»⁴. Dabei geht es aus ökonomischer Sicht immer um die Beurteilung des folgenden Zielkonfliktes: Horizontale Fusionen können einerseits zu Effizienzgewinnen führen (z.B. aufgrund von Grössen- oder Verbundvorteilen), die sich in der Regel preissenkend auswirken. Andererseits führt der fusionsbedingte Wegfall eines Konkurrenten zu einer Marktkonzentration, die speziell in oligopolistischen Märkten mit einer Zunahme der Marktmacht einzelner Akteure einhergeht.⁵ Vor allem wenn die Produkte der an einer Fusion beteiligten Unternehmen nahe Substitute sind, können sogenannte unilaterale Effekte⁶ resultieren. Damit sind Veränderungen von Marktparametern (etwa Preis, Absatz oder Kapazität) gemeint, die durch individuell rationale Reaktionen der Marktteilnehmer auf eine Fusion ausgelöst werden. Ein typisches Beispiel für einen unilateralen Effekt stellen einseitige Preiserhöhungen von Fusionsparteien dar, die in der Folge auch bei den übrigen Marktteilnehmern Preisanpassungen auslösen und letztlich in einem allgemein höheren Preisniveau resultieren.

Neben den unilateralen Effekten können horizontale Fusionen auch koordinierte Effekte bewirken. Damit ist gemeint, dass durch eine Fusion die Marktstruktur in einer Weise verändert wird, die kollusives Verhalten begünstigt: Anstelle des wettbewerblichen Verhaltens kommt es zu stillschweigender oder expliziter Koordination der Marktteilnehmer. Neben Marktkonzentration können weitere Faktoren, wie die Anzahl und Symmetrie der im Markt verbleibenden Unternehmen, die Nachfrageeigenschaften oder auch die zunehmende Markttransparenz, koordinierte Effekte hervorrufen.

³ <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:DE:PDF>.

⁵ In der Literatur ist dieser Trade-Off gemeinhin als «Williamson Trade-Off» bekannt (vgl. Williamson, 1968).

⁶ Unilaterale Effekte werden auch als nicht-koordinierte Effekte bezeichnet.

Nicht-horizontale Fusionen: Marktabschottung

Auch für vertikale und konglomerate Fusionen gibt es spezifische Regelwerke. Analog zu den «Horizontal Merger Guidelines» besteht in den USA mit den 1997 letztmals revidierten «Non-Horizontal Merger Guidelines»⁷ ein Leitfaden, der das Prüfverfahren von vertikalen und konglomeraten Fusionen regelt. Die entsprechenden «Leitlinien für die Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse»⁸ der EU stammen aus dem Jahr 2008. Sie halten explizit fest, dass nicht-horizontale Fusionen in der Regel zu weniger Wettbewerbsbedenken Anlass geben als horizontale.

Dies wird damit begründet, dass erstens nicht-horizontale Fusionen zu keiner direkten Aufhebung des Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Unternehmen führen. Im Gegensatz zu einer horizontalen Fusion entfällt bei nicht-horizontalen Fusionen typischerweise kein direkter Wettbewerber und es kommt somit zu keiner Addition von Marktanteilen. Zweitens bieten nicht-horizontale Fusionen einen erheblichen Spielraum für Effizienzgewinne, etwa durch die Integration komplementärer Tätigkeiten und Produkte. Ein konkretes Beispiel für Effizienzgewinne von vertikalen Fusionen, das auch in den EU-Leitlinien erwähnt wird, ist die Vermeidung der «doppelten Marginalisierung». Demnach führt eine Verringerung der Margen – also eine Preissenkung – auf dem nachgelagerten Markt (z.B. Handel) zu einer Erhöhung der Nachfrage auf dem vorgelagerten Markt (z.B. Produktion). Die Gewinne auf der vorgelagerten Ebene werden dadurch gesteigert – ein Effekt, der ein integriertes Unternehmen in seiner Preissetzungspolitik berücksichtigen wird. Da sich durch die Vermeidung der doppelten Marge die Gewinne des integrierten Unternehmens erhöhen lassen, können vertikale Fusionen Preissenkungen und Produktionssteigerungen bewirken.

Trotzdem können auch nicht-horizontale Fusionen anti-kompetitive Wirkungen zeitigen, wobei wiederum zwischen koordinierten und unilateralen Effekten zu unterscheiden ist. Im Fall der unilateralen Effekte stehen Abschottungseffekte im Vordergrund. So kann durch eine nicht-horizontale Fusion der Zugang tatsächlicher oder potenzieller Konkurrenten zu Produktionsmitteln oder Märkten behindert oder gar verunmöglicht werden. Ein solcher Effekt ergibt sich etwa, wenn ein integriertes Unternehmen versucht seinen Gewinn zu steigern, indem es den Zwischenhandelspreis für nicht-integrierte Unternehmen strategisch erhöht, um diese weniger wettbewerbsfähig zu machen («Raising Rivals' Cost»). Eine solche Strategie setzt aber immer voraus, dass das integrierte Unternehmen auf dem Vorleistungsmarkt über Marktmacht verfügt, also keinem oder nur ungenügendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Es gilt deshalb die Faustregel, dass nicht-horizontale Fusionen unbedenklich sind, wenn kein marktmächtiges Unternehmen daran beteiligt ist.

Nicht-horizontale Fusionen können – analog zu horizontalen Fusionen – auch koordinierte Effekte hervorrufen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der bestehende Wettbewerb so verändert wird, dass ein zwischen den Unternehmen abgestimmtes Verhalten einfacher, stabiler und wirksamer wird.

⁷ <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/05/18/2614.pdf>.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:de:PDF>.

2.3 Unilaterale Effekte – nicht nur eine theoretische Befürchtung

Dass horizontale Fusionen in oligopolistischen Märkten zu unilateralen Effekten führen können, zeigen zahlreiche empirische Studien. Die ersten Studien, die Preiseffekte von Fusionen abschätzen, stammen aus den frühen 1990er-Jahren und betreffen vorwiegend Fusionen von Fluggesellschaften.⁹ Im Lauf der Zeit wurden die Auswirkungen von Fusionen auf die Preise in verschiedenen anderen Sektoren – insbesondere im Bankensektor, im Spitalwesen und in der Mineralölindustrie – genauer untersucht. Ashenfelter et al. (2014) zählen in den letzten rund 30 Jahren 49 Studien, die Preiseffekte von horizontalen Fusionen untersuchen. Bei den meisten dieser Studien handelt es sich um Fallstudien, die eine einzelne Fusion betrachten oder mehrere Fusionen in einer spezifischen Industrie und in einem gewissen Zeitraum analysieren. Gemein ist all diesen Fusionen, dass sie von den Wettbewerbsbehörden als eher kritisch eingeschätzt, jedoch letztlich – mit oder ohne Auflagen – zugelassen wurden

Preiserhöhungen im Nachgang zu Fusionen sind keine Seltenheit

Gemäss Ashenfelter et al. (2014) variieren die geschätzten Preiseffekte von Fusionen nicht nur zwischen einzelnen Industrien, sondern auch zwischen einzelnen Fusionen. Für die Fusion zwischen den amerikanischen Fluggesellschaften *Northwest* und *Republic* im Jahr 1986, die in vier Studien untersucht wurde, resultierten beispielweise Schätzungen des Preiseffekts von -1.8% bis +9.5%.¹⁰ Dessen ungeachtet ist die empirische Evidenz, dass Fusionen in oligopolistischen Märkten unilaterale Effekte bewirken können, eindeutig: 36 der 49 Studien finden fusionsbedingte Preiserhöhungen. Dies bedeutet aber nicht, dass jede Fusion in einem oligopolistischen Markt «automatisch» mit unilateralen Effekten einhergeht. Ashenfelter und Hosken (2010) beispielsweise untersuchen in ihrer Studie fünf Fusionen in der Konsumgüterindustrie und schätzen die in Tabelle 1 ausgewiesenen Preiseffekte.

Tabelle 1: Unilaterale Effekte in der Konsumgüterindustrie

Industrie	Fusion	geschätzter Preiseffekt
Motorenöl	Pennzoil/Quaker State	5%
Frühstücksflocken	General Mills/Chex	3.2%
Hygieneprodukte für die Frau	P&G/Tambrands	7%
Pfannkuchen-Sirup	Aroura/P&G	0.4%
Spirituosen:	Guinness/Grand Metropolitan	
- Scotch		7.1%
- Gin		2.2%
- Vodka		1.1%

Quelle: Ashenfelter und Hosken (2010)

Es zeigt sich, dass von der Fusion zwischen *Aroura* und *P&G*, die im Markt für Pfannkuchen-Sirup zur grössten Konzentration aller betrachteten Zusammenschlüsse führte, kaum preisliche Auswirkungen ausgingen. Dies verdeutlicht, dass es von verschiedenen (institutionellen) Faktoren abhängt, ob eine Fusion in einem oligopolistischen Markt zu unilateralen Effekten führt

⁹ Vgl. etwa Borenstein (1990) oder Kim und Singal (1993).

¹⁰ Es handelt sich dabei um die folgenden Studien: Borenstein (1990), Werden et al. (1991), Morrison (1996) und Peters (2006). Die unterschiedlichen Resultate erklären sich unter anderem durch Unterschiede in der angewandten Methode, den verwendeten Daten und der betrachteten Zeitperiode.

oder nicht. Ob bei einer Fusion die Gefahr von unilateralen Effekten besteht, ist deshalb immer im Einzelfall abzuklären.

Eine weitere Metastudie zu unilateralen Effekten stammt von Kwoka (2013). Um fusionsbedingte Preiseffekte zu analysieren, untersucht der Autor 53 Fusionen – inklusive sieben Joint Ventures und Codesharing-Abkommen in der Luftfahrtindustrie – in 16 verschiedenen Branchen. Dabei bestehen gewisse Überlappungen mit den von Ashenfelter et al. (2014) analysierten Fusionen. Kwoka (2013) findet für die betrachteten Fusionen eine durchschnittliche Preiserhöhung von 6.04%. Dabei reichen die Preisveränderungen von einem Höchstwert von +28.4% bis zu Preissenkungen von 16.3%. Einen Preisrückgang wird für alle vier Codesharing-Abkommen und neun weitere Fälle festgesellt. Werden die Codesharing-Abkommen und Joint Ventures ignoriert und nur die «reinen» Fusionen betrachtet, verschärfen sich die unilateralen Effekte: Von den übrigbleibenden 46 Transaktionen ist in 38 Fällen (82.6%) eine Preiserhöhung festzustellen, was im Durchschnitt einem fusionsbedingten Preiseffekt von +7.29% entspricht.

Wie Ashenfelter et al. (2014) findet auch Kwoka (2013) unterschiedliche Resultate in und zwischen einzelnen Branchen. In der Luftfahrtindustrie beispielsweise haben alle untersuchten Fusionen (unter Ausschluss der Codesharing-Abkommen) zu Preiserhöhungen geführt. In der Mineralölindustrie sind die unilateralen Effekte hingegen weniger klar: Bei fünf der sieben betrachteten Fusionen kam es zu Preiserhöhungen, wobei diese mit durchschnittlich 1.39% relativ moderat ausfielen. Bedeutend höhere Preiseffekte werden für Fusionen zwischen Krankenhäusern festgestellt: Der Preis erhöhte sich im Durchschnitt um über 20%. Auch die Studie von Kwoka (2013) zeigt somit, dass das Auftreten und Ausmass von unilateralen Effekten immer von den konkreten Marktverhältnissen abhängt. Gleichzeitig bestätigt sich aber, dass Preiserhöhungen im Nachgang zu Fusionen möglich und keine Seltenheit sind.

Unilaterale Effekte sind auch in Europa ein Problem

Der Fokus der bis anhin besprochenen Studien liegt auf Fusionen in den USA. Einen Überblick über Preiseffekte von europäischen Fusionen findet sich in Ormosi et al. (2015). Betrachtet werden 27 Fusionen in 11 Branchen, die im Zeitraum zwischen 1995 und 2012 in Frankreich (2), Grossbritannien (6), den Niederlanden (6), Schweden (5), Spanien (1) und der EU (7) einer kartellrechtlichen Prüfung unterzogen wurden. Auch Ormosi et al. (2015) finden klare Hinweise für das Bestehen von unilateralen Effekten. In 16 der 27 betrachteten Fälle werden im Nachgang zu einer Fusion Preiserhöhungen festgestellt, wobei sich der durchschnittliche Effekt auf +3.74% belief. Werden die Fusionen danach aufgeteilt, ob sie mit oder ohne Auflagen zugelassen wurden, ergibt sich folgendes Bild: Der durchschnittliche Preisaufschlag bei Fusionen ohne Auflagen beläuft sich auf 5%. Für Fusionen mit Auflagen fallen die Preiserhöhungen mit durchschnittlich 1.64% hingegen deutlich moderater aus, was auf die Wirksamkeit der verhängten Auflagen hindeutet. Wiederum zeigt sich ferner, dass die Höhe der unilateralen Effekte je nach betrachteter Branche unterschiedlich ausfallen kann.

Ormosi et al. (2015) gehen in ihrer Studie noch einen Schritt weiter und analysieren neben den preislichen Effekten auch nicht-preisliche Auswirkungen von 50 Fusionen. Dabei stützen sie sich vorwiegend auf qualitative Studien von Wettbewerbsbehörden. Es zeigt sich, dass Fusionen in einer beachtlichen Anzahl von Fällen zu höherer Marktkonzentration, geringerer Wettbewerbsintensität und gesteigerter Marktmacht der Fusionsparteien geführt haben. Diese Effekte scheinen sich aber im Zeitverlauf abzuschwächen.

Alle Autoren betonen, dass die Auswahl der Fusionen, für die in der Vergangenheit Studien erstellt wurden, höchstwahrscheinlich einem gewissen Selektionsbias unterliegt. Dieser begründet sich einerseits durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Daten und andererseits durch den Fokus auf Fusionen, die als wettbewerbsrechtlich kritisch eingestuft, jedoch letztlich – mit oder ohne Auflagen – zugelassen wurden. Bei der Verallgemeinerung der Ergebnisse aus den besprochenen Studien ist deshalb Vorsicht geboten. Trotzdem kann festgehalten werden, dass unilaterale Effekte nicht einfach eine theoretische Befürchtung darstellen. Die empirische Evidenz zeigt, dass Fusionen in oligopolistischen Märkten immer wieder mit Preiserhöhungen einhergehen. Das konkrete Ausmass der Preiserhöhungen unterscheidet sich dabei von Fall zu Fall; je nach Studie wird der Preiseffekt auf durchschnittliche 5-7% geschätzt.

2.4 Die schweizerische Fusionslandschaft

Eine offizielle Fusionsstatistik wird in der Schweiz nicht geführt. Um sich ein Bild über das Ausmass der Fusionstätigkeit in der Schweiz zu verschaffen, muss deshalb auf einzelne Publikationen zu diesem Thema abgestellt werden. So findet sich etwa in Karagök und Rutz (2014) für die Jahre 2001 bis 2008 eine umfassende Analyse der Fusionstätigkeit in der Schweiz. Mit Hilfe der Betriebszählungsdaten des Bundesamtes für Statistik (BFS) ziehen die Autoren Rückschlüsse auf die Besitzverhältnisse einzelner Betriebe im Zeitablauf und somit auf getätigte Fusionen und Übernahmen. Die Auswertung der Daten für die Jahre 2001, 2005 und 2008 ergibt, dass in diesem Zeitraum 4540 Fusionen vollzogen wurden. Im Durchschnitt waren jährlich also rund 650 Fusionen zu beobachten.

Tabelle 2: Fusionen unterteilt nach der Grösse der involvierten Unternehmen (2001-2008)

		Zielunternehmen				Total
		Mikro	Klein	Mittel	Gross	
Käufer	Mikro	1031	827	401	292	2551
	Klein	58	391	445	299	1193
	Mittel	13	31	183	284	511
	Gross	11	26	39	209	285
	Total	1113	1275	1275	1275	4540

Mikrounternehmen = 1-9 Beschäftigte, kleine Unternehmen = 10-49 Beschäftigte, mittlere Unternehmen = 50-249 Beschäftigte, grosse Unternehmen = mehr als 250 Beschäftigte

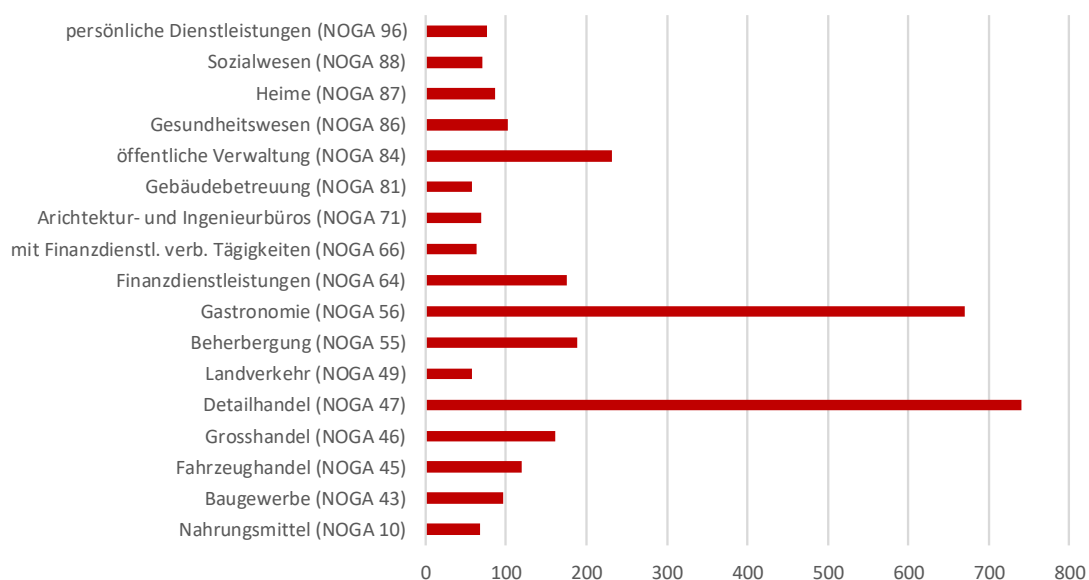
Quelle: Karagök und Rutz (2014)

Tabelle 2 unterteilt diese Fusionen nach der Grösse der involvierten Unternehmen, wobei sich zeigt, dass an ca. 60% der identifizierten Transaktionen Mikrounternehmen mit weniger als 10 Beschäftigten beteiligt waren. Aus wettbewerblicher Sicht dürften solche Kleinsttransaktionen in der Regel unproblematisch sein, da sie typischerweise nicht zu einer Veränderung der Marktstruktur führen.

Detailhandel und Gastronomie als fusionsintensivste Branchen

Da in den Betriebszählungen die Branchenzugehörigkeit jedes Unternehmens bzw. Betriebs ausgewiesen wird, lassen sich zudem Aussagen darüber machen, in welchen Branchen besonders häufig fusioniert wird. Abbildung 1 zeigt diejenigen Branchen (auf NOGA-2-Stufe¹¹), in denen im untersuchten Zeitraum mehr als 50 Fusionen beobachtet wurden. Besonders auffällig sind der Detailhandel und die Gastronomie, die im betrachteten Zeitraum mit 961 bzw. 750 identifizierten Transaktionen hervorstechen und gemeinsam für rund 40% der beobachteten Fusionen verantwortlich sind. Aufgrund der Branchenzugehörigkeit der Betriebe lässt sich des Weiteren bestimmen, ob eine Fusion horizontaler oder nicht-horizontaler Natur ist: Beinahe die Hälfte der 4540 identifizierten Fusionen (48%) sind vertikal oder konglomerat.

Abbildung 1: Fusionstätigkeit nach Branchen (2001-2008)



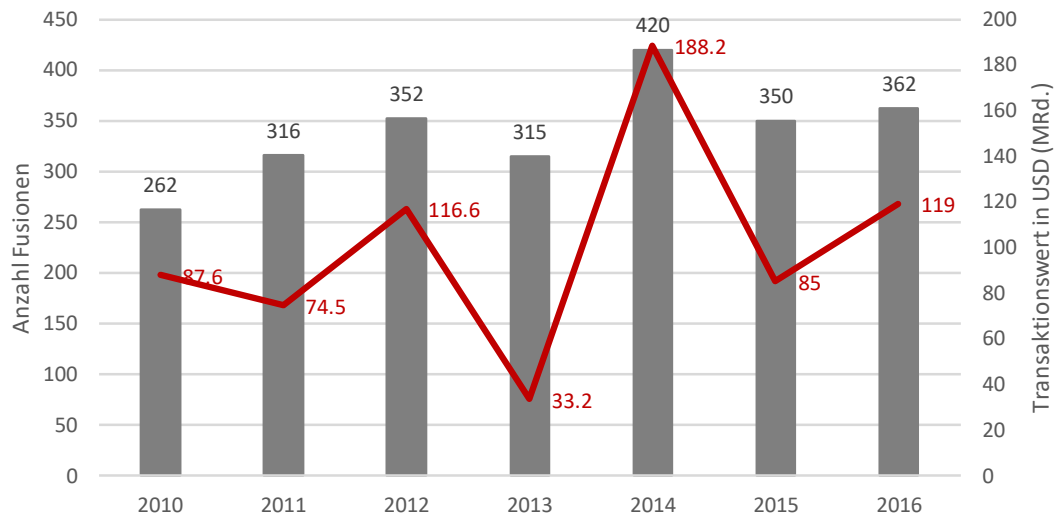
Quelle: Karagök und Rutz (2014)

Zur zeitlichen Ergänzung dieser Zahlen kann die Publikation «Clarity on Mergers and Acquisitions» herangezogen werden (KPMG, 2017), in der Zahlen für die Fusionstätigkeit in der Schweiz im Zeitraum zwischen 2010 und 2016 ausgewiesen werden.¹² Wie Abbildung 2 entnommen werden kann, fluktuiert die Anzahl der Fusionen in der betrachteten Periode erheblich. So zählte KPMG 2010 rund 260 Fusionen, während der entsprechende Wert 2014 bei über 400 lag. Im Durchschnitt ergeben sich 340 Fusionen pro Jahr. Dass dieser Durchschnittswert tiefer ausfällt als die von Karagök und Rutz (2014) geschätzten 650 Fusionen pro Jahr, liegt daran, dass die KPMG-Studie nur Fusionen ab einem Transaktionswert von USD 7 Mio. erfasst.

¹¹ Die NOGA-Systematik (Nomenclature générale des activités économiques) ermöglicht es, die statistischen Einheiten «Unternehmen» und «Arbeitsstätten» anhand ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu klassieren und konsistent zu gruppieren.

¹² Eine ähnliche Studie wird auch vom Beratungsunternehmen Deloitte veröffentlicht, wobei der Fokus dieser Erhebung auf den Schweizer KMU liegt (vgl. Deloitte, 2016).

Abbildung 2: Fusionen und aggregierte Transaktionswerte (2010-2016)



Quelle: KPMG (2017)

Die KPMG-Studie liefert zudem Angaben zum Wert der erfassten Transaktionen, wobei dieser lediglich in etwa 50% der Fälle – also für ca. 1200 Transaktionen – bekannt ist. In rund zwei Drittel der Transaktionen betrug der Kaufpreis weniger als USD 250 Mio. und nur ca. 10% aller Fusionen stellen «Megadeals» dar, weisen also einen Transaktionswert auf, der die Milliardenmarke übersteigt. Die wichtigsten Käufer von Schweizer Unternehmen im Jahr 2016 stammen im aus Westeuropa (53%), gefolgt von den USA und Kanada (21%) sowie dem asiatischen Raum (22%). Schweizer Unternehmen kaufen hingegen vorwiegend in der Schweiz (34%) selbst und in westeuropäischen Ländern (39%) ein.

3 Die Schweizer Fusionskontrolle

3.1 Aufgreif- und Eingreifkriterien

Die Fusionskontrolle besteht typischerweise aus zwei Elementen: den Aufgreif- und den Eingreifkriterien. Die Aufgreifkriterien legen fest, welche Fusionsvorhaben den Wettbewerbsbehörden gemeldet werden müssen. Es handelt sich in den meisten Fällen – so auch in der Schweiz – um Umsatzschwellen. Nur wenn die Umsätze der beteiligten Unternehmen gewisse Schwellenwerte überschreiten, muss eine geplante Fusion gemeldet werden. Die Eingreifkriterien hingegen legen die Regeln fest, nach denen eine gemeldete Fusion beurteilt wird. In der Schweiz wird aktuell ein Marktbeherrschungstest durchgeführt. Das Resultat einer solchen Beurteilung kann die Zulassung (allenfalls unter Auflagen und Bedingungen) oder das Verbot einer Fusion sein. Konkret sind die Aufgreif- und Eingreifkriterien sowie das Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden in der schweizerischen Fusionskontrolle wie nachfolgend dargelegt ausgestaltet.

Meldepflichtige Fusionen

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

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

Die Logik hinter diesen Umsatzschwellen ist, dass von der Fusionskontrolle nur zusammenschlusswillige Unternehmen betroffen sein sollen, die von ihrer Grösse her (weltweiter Umsatz von mindestens CHF 2 Mrd.) in der Lage sind, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen.¹³ Mit dem alternativen Grenzbetrag von CHF 500 Mio. Umsatz in der Schweiz soll zudem sichergestellt werden, dass alle relevanten Fusionen im Binnenmarkt von der Fusionskontrolle erfasst werden. Spürbare Auswirkungen auf die heimischen Marktverhältnisse kann eine Fusion jedoch nur dann haben, wenn die beteiligten Unternehmen eine relevante Geschäftstätigkeit in der Schweiz ausüben. Deshalb legt Art. 9 Abs. 1 lit. b KG ergänzend fest, dass mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von CHF 100 Mio. in der Schweiz erzielen müssen, damit die Meldepflicht ausgelöst wird. In Art. 9 KG werden zudem einerseits spezielle Aufgreifkriterien für Banken und Versicherungen festgelegt. Andererseits wird eine generelle Meldepflicht für Unternehmen, bei denen in einem kartellrechtlichen Verfahren eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, formuliert.¹⁴

Der schweizerische Marktbeherrschungstest

Der schweizerischen Fusionskontrolle liegt gemäss der Botschaft (1994) die Absicht zugrunde, Fusionen nur dann nicht zu genehmigen, wenn sie zu einer sehr hohen Konzentration auf den betroffenen Märkten führen. Art. 10 Abs. 2 KG nennt die Voraussetzungen, unter denen ein

¹³ Vgl. hierzu Botschaft (1994).

¹⁴ Eine ausführliche Darstellung der Aufgreifkriterien in der Schweizer Fusionskontrolle findet sich in Zäch (2005).

Zusammenschluss zu untersagen oder – allenfalls mit Bedingungen und Auflagen versehen – zuzulassen ist. Dies ist der Fall wenn die Prüfung zeigt, dass der Zusammenschluss:

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

Damit in der Schweiz eine Fusion untersagt werden kann, muss also eine Marktbeherrschung vorliegen, die überdies geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Es wird vorausgesetzt, dass die beteiligten Unternehmen entweder zum dominanten Marktführer aufsteigen oder eine schon bestehende marktbeherrschende Stellung weiter verstärken (Einzelmarktbeherrschung). Eine marktbeherrschende Stellung kann aber auch dann resultieren, wenn die Unternehmen nach einer Fusion den Markt gemeinsam mit anderen Unternehmen beherrschen (kollektive Marktbeherrschung). Zusätzlich hat der Gesetzgeber eine sogenannte «Abwägungsklausel» formuliert, der die Idee zugrunde liegt, dass eine Fusion unterschiedliche Auswirkungen auf einzelne Märkte haben kann. Diese sollen gegeneinander abgewogen werden. Art.10 KG enthält zudem spezielle Bestimmungen für Bankfusionen und hält fest, dass die WEKO bei der Beurteilung einer Fusion auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigen soll. Art. 11 KG besagt schliesslich, dass eine unzulässige Fusion vom Bundesrat ausnahmsweise zugelassen werden kann, um überwiegende öffentliche Interessen zu verfolgen.¹⁵

Verfahren und Fristen

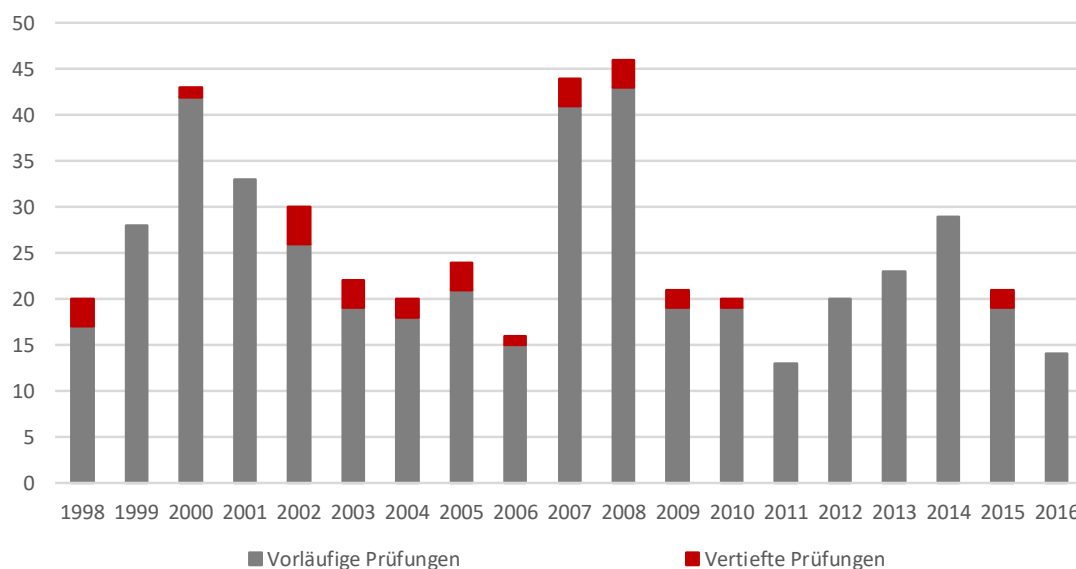
Wird dem Sekretariat der WEKO eine Fusion gemeldet, so leitet dieses eine vorläufige Prüfung ein. Dabei wird abgeklärt, ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Ist dies nicht der Fall, wird die Fusion für unbedenklich erklärt und das Verfahren eingestellt, andernfalls leitet das Sekretariat der WEKO eine vertiefte Prüfung ein. Der Entscheid eine vertiefte Prüfung durchzuführen, muss den Parteien innerhalb eines Monats mitgeteilt werden. Im Rahmen des Prüfungsverfahrens ist abzuklären, ob die gemeldete Fusion nach den Beurteilungskriterien des Kartellgesetzes (Art. 10 Abs. 1 KG) unzulässig ist. Trifft dies zu, ist die Fusion entweder zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zu versehen. Können die in der Vorprüfung gefundenen Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die den wirksamen Wettbewerb beseitigt, jedoch nicht erhärtet werden, ist die Fusion bedingungslos zuzulassen. Für die Durchführung der vertieften Prüfung stehen dem Sekretariat der WEKO vier Monate zur Verfügung. Vom Zeitpunkt der vollständigen Meldung einer Fusion bis zum Abschluss des Prüfverfahrens durch die WEKO können somit nicht mehr als fünf Monate verstreichen.

¹⁵ Auch zu den Eingreifkriterien finden sich in Zäch (2005) umfassende Ausführungen.

3.2 Anzahl geprüfte Fusionen und Interventionsraten

Wie viele Fusionen werden nun aber in der Praxis effektiv vom beschriebenen Fusionskontrollregime erfasst und wie fällt die Interventionsrate der Wettbewerbsbehörde aus? Die Auswertung der im Publikationsorgan der WEKO («Recht und Politik des Wettbewerbs», RPW) publizierten Schlussberichte zu Fusionsverfahren von 1998 bis 2016 ergibt folgendes Bild (vgl. Abbildung 3): In den betrachteten 19 Jahren prüfte die WEKO insgesamt 487 Fusionen. Dies entspricht einem Durchschnitt von 26 Fusionen pro Jahr. Die Anzahl geprüfter Fusionen schwankt jedoch erheblich zwischen den Jahren. So waren 2008 46 Fusionen meldepflichtig, während im Krisenjahr 2011 gerade einmal 13 Zusammenschlüsse gemeldet wurden. Bei 6% aller Fusionsvorhaben bestanden Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a KG begründet oder verstärkt wurde. Der grösste Teil der gemeldeten Fusionen (94%) wurde aber nach einer vorläufigen Prüfung freigegeben. Zwischen 1998 und 2016 prüfte die WEKO 28 Fusionen vertieft, also rund 1.5 Zusammenschlüsse pro Jahr.

Abbildung 3: Die Fusionskontrolle in der Praxis (1998-2016)



Quelle: RPW 1998-2016

Eine rechtskräftige Untersagung in 19 Jahren

Nur in drei Fällen gelangte die WEKO zum Schluss, dass eine Fusion zu untersagen sei. Dabei handelt es sich erstens um den Entscheid *BZ/20Minuten*¹⁶ aus dem Jahr 2004, der jedoch von den höheren Instanzen (Rekurskommission und Bundesgericht) aufgehoben wurde. Zweitens wurde 2010 die Fusion *Sunrise/Orange*¹⁷ untersagt, ein Entscheid, der von den Parteien nicht angefochten wurde. Schliesslich untersagte die WEKO im Mai 2017 erneut eine Fusion. Es handelt sich um den Fall *Ticketcorner/Starticket*. Die schriftliche Begründung des Entscheids ist zur-

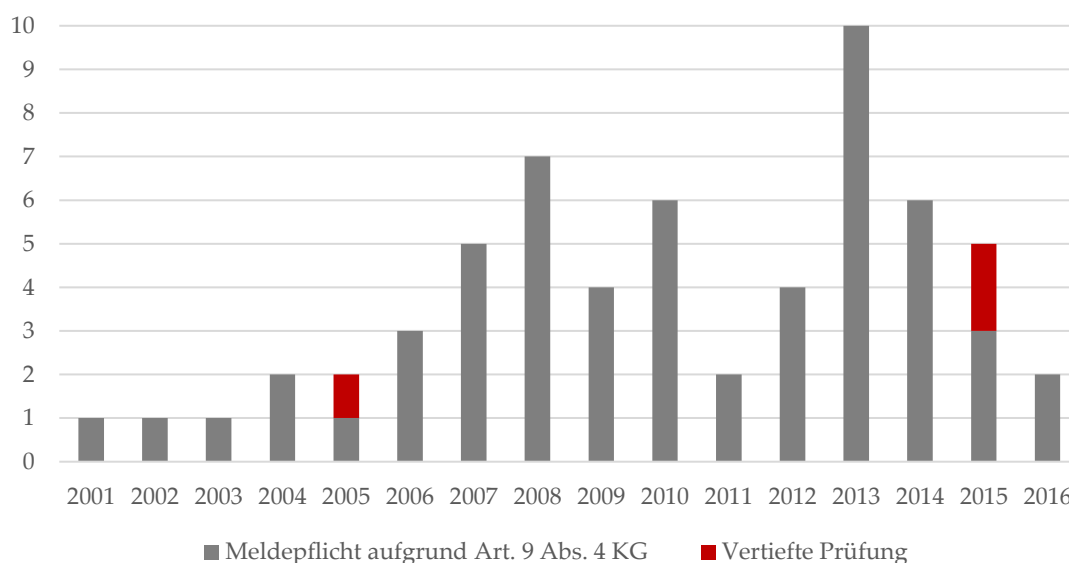
¹⁶ *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG* (RPW 2004/2).

¹⁷ *France Télécom SA/Sunrise Communications AG* (RPW 2010/3).

zeit noch ausstehend. Gemäss der NZZ am Sonntag wird das Verdikt der WEKO von den Parteien jedoch nicht akzeptiert und an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen (NZZ am Sonntag, 2017). Somit wurde in der Geschichte der Schweizer Fusionskontrolle bis heute nur eine einzige Fusion rechtskräftig untersagt. Etwas öfter wurden Fusionen hingegen mit Auflagen und Bedingungen zugelassen: Immerhin 12 Prüfverfahren – also beinahe jede zweite vertieft geprüfte Fusion – endeten mit einer Zulassung unter Auflagen. Zur Beschleunigung der Fusionsverfahren kam es zudem immer wieder vor, dass die Unternehmen bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung Auflagen vorschlugen bzw. akzeptierten oder sich verpflichteten, allfällige Auflagen von anderen Wettbewerbsbehörden (z.B. der EU-Kommission) auch in der Schweiz umzusetzen. Dies war in 12 Vorprüfungen der Fall.

Die Abwägungsklausel in Art. 10 Abs. 2 lit. b KG spielte im Rahmen der Entscheidungen der WEKO bis heute de facto noch nie eine entscheidende Rolle und wurde auch von den Fusionsparteien kaum jemals angerufen. Auch Art. 10 Abs. 4 KG kommt in der Praxis keine eigenständige Bedeutung zu: Die Beurteilung der Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb sind fester Bestandteil des normalen Prüfverfahrens nach Art. 10 Abs. 1 lit. a KG. Gegeben, dass in der Schweiz bis heute erst eine Fusion rechtskräftig untersagt wurde, hatte der Bundesrat noch nie über die ausnahmsweise Zulassung einer untersagten Fusion zu entscheiden (Art. 11 KG).

Abbildung 4: Meldepflicht für marktbeherrschende Unternehmen (2001-2016)



Quelle: RPW 2001-2016

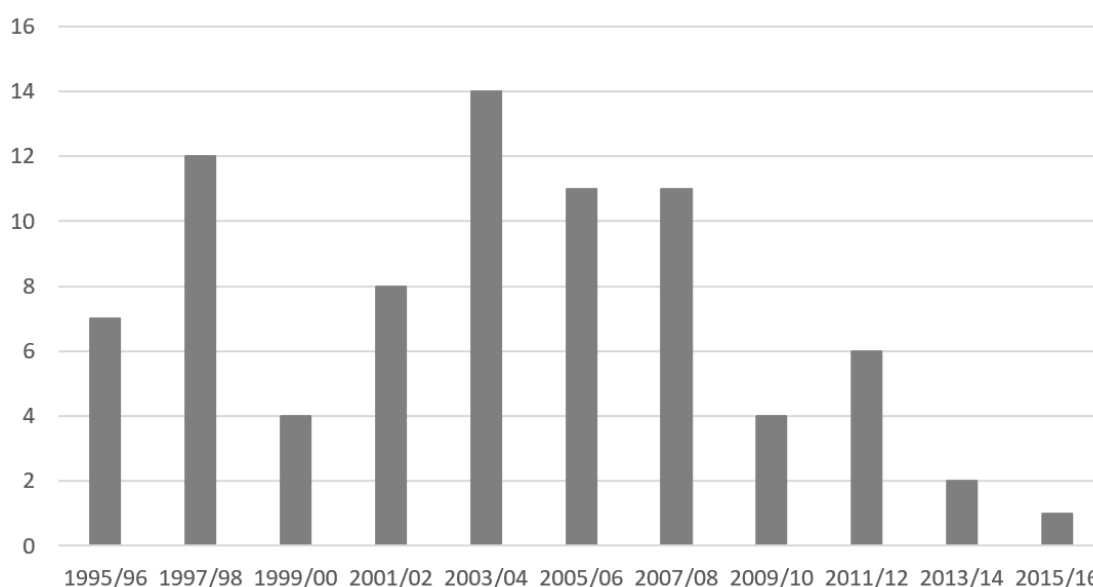
Schliesslich kann der Abbildung 4 entnommen werden, wie sich die Zahl der Verfahren aufgrund der generellen Meldepflicht für Unternehmen, bei denen in einem kartellrechtlichen Verfahren eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, entwickelt hat (Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG). Naturgemäss hat diese im Zeitablauf zugenommen, trat doch das heute geltende Kartellgesetz erst 1996 in Kraft. Somit gab es Ende der 1990er-Jahre noch kaum Unternehmen, für die rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden war. Dies änderte sich jedoch im Lauf der Zeit: Wie aus der Abbildung 4 ersichtlich, musste 2001 die erste Fusion aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden. Bis heute dürfte schätzungsweise für 15 Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt

worden sein. Darunter befinden sich Unternehmen wie *Tamedia*, *Swisscom*, die *Schweizerische Depeschagentur (sda)* oder *Emmi*, aber auch in der Öffentlichkeit weniger bekannte Unternehmen, wie die *Swissgenetics*, die mit Stiersamen handelt. Zwischen 2010 und 2016 war die Vorschrift in Art. 9 Abs. 4 KG für 35 Fusionsmeldungen – also rund einen Viertel aller Fusionsverfahren – verantwortlich. Über die gesamte Zeitperiode betrachtet, führte die Meldepflicht nur in 3 Fällen zur Einleitung einer vertieften Prüfung.

3.3 Permissiver Schweizer Marktbeherrschungstest

Auch wenn Wirkung und Zielerreichung der Fusionskontrolle nicht an der Höhe der Untersagungsrate gemessen werden können, ist die Untersagung einer einzigen Fusion im europäischen Umfeld dennoch auffallend. In Deutschland etwa wurden gemäss dem Bundeskartellamt (2017) im Zeitraum von 1995 bis 2016 80 Fusionen untersagt (vgl. Abbildung 5). Aufgrund der unterschiedlichen Grösse der deutschen und der schweizerischen Volkswirtschaft ist ein absoluter Vergleich der Anzahl untersagter Fusionen offensichtlich nicht zielführend. Interessant ist der Vergleich jedoch insofern, als dass in Deutschland bis 2013 auch ein Marktbeherrschungstest zur Anwendung kam und – im Gegensatz zur Schweiz – regelmässig Fusionen untersagt wurden.

Abbildung 5: Untersagte Fusionen in Deutschland (1995-2016)



Quelle: Bundeskartellamt (2017)

Die Unterschiede in den Untersagungsraten – im Vergleich zu Deutschland, aber auch zu anderen europäischen Ländern – erklären sich primär durch die äusserst restriktive Regelung des Marktbeherrschungstests in der Schweizer Fusionskontrolle: Im Jahr 2005 entschied die WEKO, die Gründung der Elektrizitätsnetzgesellschaft *Swissgrid* nur mit Auflagen zuzulassen.¹⁸ Als Begründung dafür wurde angeführt, dass durch die Fusion in verschiedenen Schweizer Regionen eine marktbeherrschende Stellung bei der Stromübertragung entstehen würde. Der Fall ging in

¹⁸ *Swissgrid* (RPW 2005/2).

der Folge bis vor Bundesgericht, das 2007 in einem kontrovers diskutierten Urteil klarstellte, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreiche, um eine Fusion zu untersagen bzw. mit Auflagen zu versehen.¹⁹ Vielmehr verlange das schweizerische Kartellgesetz, dass eine marktbeherrschende Stellung zusätzlich geeignet sein müsse, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen – also nicht nur erheblich zu beeinträchtigen.

Im gleichen Jahr bestätigte das Bundesgericht im Fall *BZ/20 Minuten*²⁰ diese Auslegung. In diesem Fall kam die WEKO zum Schluss, dass nach einem Zusammenschluss zwischen der *Berner Zeitung* und *Tamedia AG/20 Minuten* auf dem Markt für Pendlerzeitungen kein aktueller und nur sehr schwacher potenzieller Wettbewerb bestehen würde. Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil erneut fest, dass diese Feststellung für eine Untersagung nicht genüge, da es an der Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als Folge der Transaktion fehle.

Fehlende Eingriffsmöglichkeit im Fall von Einzelmarktbeherrschung

Mit diesen Klarstellungen bezüglich der Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG entzog das Bundesgericht der WEKO faktisch die Interventionsmöglichkeit in der Fusionskontrolle bei Einzelmarktbeherrschung. Schon kurz darauf war die WEKO jedoch mit verschiedenen Fusionen konfrontiert, die zu hohen Marktkonzentrationen führten und grosses Potenzial für unilaterale Effekte (vgl. Abschnitt 2.2) bargen.²¹ Die Reaktion der Wettbewerbsbehörden auf die vom Bundesgericht geschaffene Realität war die folgende: Zusätzlich zur Prüfung der Einzelmarktbeherrschung wurde der Fokus vermehrt auf die kollektive Marktbeherrschung gelegt, was eine nicht unproblematische Entwicklung darstellt. Ob nämlich als Folge einer Fusion Anreize für kollusives Verhalten entstehen, ist vom Zusammenwirken verschiedener Faktoren wie der Anzahl Unternehmen im Markt, der Marktanteile und -konzentration, Symmetrien (z.B. Kundenbindungsprogramme oder Absatzgebiete), Marktwachstum und -transparenz oder der Stellung der Marktgegenseite abhängig. Im Unterschied zur Einzelmarktbeherrschung, deren Beurteilung im Wesentlichen auf relativ einfach quantifizierbaren Kriterien wie den Marktanteilen beruht, bedingt die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung eine sorgfältige, qualitative Einzelfallanalyse der Wechselwirkungen von kollusionsfördernden und -hemmenden Faktoren.²² Eine kollektive Marktbeherrschung ist in diesem Sinn schwieriger nachzuweisen als eine Einzelmarktbeherrschung und geht mit einem höheren Risiko von Fehlentscheidungen einher.

Überdies begann die WEKO in dieser Phase zunehmend Auflagen und Bedingungen zu erlassen sowie Zusagen der Parteien zu akzeptieren. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Fusion zwischen *Migros* und *Denner* (RPW 2008/1). Die WEKO stellte damals eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen *Migros* und *Coop* im Lebensmittel-Detailhandelsmarkt fest und erlaubte die Übernahme von *Denner* nur unter Auflagen. Umstritten blieb gemäss Schellenberg Wittmer (2008) jedoch, ob – gegeben die strenge Rechtsprechung des

¹⁹ BGE 133 II 104.

²⁰ 2A.327/2006 Urteil vom 22. Februar 2007.

²¹ Es handelt sich um die Fälle *Migros/Denner* (RPW 2008/1), *Coop/Fust* (RPW 2008/3), *Coop/Carrefour* (RPW 2008/4) und *fenaco/Steffen-Ris* (RPW 2008/2).

²² Vgl. hierzu etwa Motta (2004).

Bundesgerichts – die materiellen Eingreifkriterien überhaupt erfüllt waren.²³ Unabhängig davon wurde in der Presse die Frage kontrovers diskutiert, ob die verfügbaren Auflagen und Bedingungen geeignet seien, die diagnostizierten Probleme zu beseitigen.²⁴

Auch die 2010 von der WEKO untersagte Fusion zwischen *Sunrise* und *Orange* (RPW 2010/3) ist im Licht der beschriebenen Entwicklungen zu sehen. Der WEKO blieb nur der «Umweg» über die kollektive Marktbeherrschung, um die Fusion – die unbestrittenermassen zu einer tiefgreifenden Veränderung der Marktstruktur geführt hätte – überhaupt einer vertieften Analyse zu unterziehen. Fraglich ist gemäss Meinhardt und Bischof (2011), ob die WEKO damals mit dem Untersagungsentscheid ihre Kompetenzen überschritt. So werfen die Autoren der WEKO einerseits vor, die Verpflichtung zur Verfügung geeigneter Auflagen missachtet zu haben. Andererseits wird kritisiert, dass bei der Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung wichtige Strukturmerkmale sowie das Verhalten der beteiligten Unternehmen in der Vergangenheit ungenügend berücksichtigt wurden. Inwiefern diese Vorwürfe gerechtfertigt sind, kann an dieser Stelle offenbleiben. Der Untersagungsentscheid scheint zumindest darauf hinzudeuten, dass die WEKO ihre Lehren aus den kontrovers diskutierten Auflagen im Fall *Migros/Denner* gezogen hatte.

Seit diesem Entscheid ist es um die Fusionskontrolle ruhig geworden. In den Jahren 2011 bis 2014 führte die WEKO keine vertieften Prüfungen durch (vgl. Abbildung 3) und die beiden 2015 im Medienbereich geprüften Fusionen – *Tamedia/ricardo.ch* (RPW 2015/3) und *JobCloud/JobScout24* (RPW 2015/3) – wurden ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen. Vor diesem Hintergrund überrascht der von der WEKO im Mai 2017 gefällte Untersagungsentscheid im Fall *Ticketcorner/Starticket*. Da die schriftliche Begründung des Entscheids noch aussteht und gemäss der NZZ am Sonntag (2017) gegen das Verdikt der WEKO das Rechtsmittel ergriffen worden ist, lässt sich die Bedeutung dieses Fusionsverbots zurzeit noch nicht abschätzen.

Schwache Wirkung der heutigen Fusionskontrolle

Die heutige Situation in der Schweiz im Bereich der Fusionskontrolle kann wie folgt zusammengefasst werden: Infolge des restriktiven Marktbeherrschungstests ist es heute kaum möglich eine Fusion auf Basis einer Einzelmarktbeherrschung zu untersagen. Eine Intervention der WEKO aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle – wie dies gegenwärtig in den meisten europäischen Ländern möglich ist – scheint sodann ausgeschlossen. Um Fusionen auf wettbewerbsschädigende Wirkungen zu untersuchen, wurde der Fokus deshalb zusehends auf die schwer nachzuweisende kollektive Marktbeherrschung verlegt. Ob die Untersagung oder Zulassung einer Fusion mit Auflagen und Bedingungen auf Basis einer kollektiven Marktbeherrschung vor den höheren Instanzen Bestand hätte, ist dabei fraglich. Gegeben den harten Ansatz des Bundesgerichts in der Vergangenheit, ist davon auszugehen, dass die Anforderungen an das Beweismass hoch angesetzt würden.

Die Fusionskontrolle in der Schweiz ist somit als permissiv zu bezeichnen: Sie erlaubt es nur beschränkt, den volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen Rechnung zu tragen bzw. künftige Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden. Gegeben, dass

²³ Da der Entscheid von den Fusionsparteien nicht angefochten wurde, blieb diese Frage letztlich unbeantwortet.

²⁴ Vgl. dazu etwa Weltwoche (2007), NZZ (2007) oder auch Blick (2007).

die Fusionskontrolle signifikante zeitliche und personelle Ressourcen bei den Wettbewerbsbehörden bindet und auch bei den Unternehmen erheblichen Aufwand verursacht, ist die aktuelle Situation unbefriedigend.

Im schweizerischen Kartellrecht gelten heute überdies für die verschiedenen kartellrechtlichen Tatbestände unterschiedliche Eingriffshürden. Diese Inkohärenz hat sich durch das im Juni 2017 veröffentlichte Urteil gegen die Elmex-Herstellerin Gaba, die 2004 von Colgate-Palmolive übernommen wurde, noch verschärft.²⁵ So hat das Bundesgericht in diesem Leitentscheid festgehalten, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen, bei denen die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ungeachtet ihrer tatsächlichen Auswirkungen grundsätzlich als «erheblich» gelten. Das kann als eigentlicher Paradigmenwechsel interpretiert werden: In Zukunft sind vorgenannte Abreden grundsätzlich unzulässig und direkt sanktionierbar, sofern nicht der Nachweis gelingt, dass das Verhalten effizient ist. Während die Fusionskontrolle in der Schweiz also permissiv ausgelegt wird, gelten im Bereich der harten Abreden heute strikte Regeln. Dieser künstlich geschaffene Widerspruch mindert die Kohärenz des Schweizer Kartellrechts und schafft ungewollte Anreize: So lässt sich etwa das Sanktionsrisiko von harten vertikalen Abreden ohne weiteres durch vertikale Integration umgehen. Auch horizontale Abreden lassen sich als Fusionen «tarnen», beispielsweise durch die Gründung eines Joint Ventures.

3.4 Realwirtschaftliche Konsequenzen der heutigen Fusionskontrolle

Horizontale Fusionen führen per Definition zu Marktanteilsadditionen und somit zu Marktkonzentration. Aus wettbewerblicher Sicht ist dies jedoch nur in bereits konzentrierten, oligopolistischen Märkten bedenklich. Die befürchteten Konsequenzen von Fusionen in solchen Märkten sind in erster Linie Preiserhöhungen für die Abnehmer. Wie in Abschnitt 2.3 ausführlich dargelegt, handelt es sich dabei nicht einfach um theoretische Befürchtungen: Internationale Studien zeigen, dass es im Nachgang zu Fusionen in oligopolistischen Märkten immer wieder zu Preiserhöhungen gekommen ist. Das konkrete Ausmass der Preiserhöhungen unterscheidet sich dabei von Fall zu Fall. Je nach Studie wird der Preiseffekt auf durchschnittlich 5-7% geschätzt.

In der Schweiz führten in den letzten rund 15 Jahren sequentielle Fusionen in verschiedenen Industrien zu einer starken Erhöhung der Konzentration. Laut Bericht zur Zusammenschlusskontrolle der Evaluationsgruppe (Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 2008) waren davon insbesondere der Finanzdienstleistungssektor, der Medienbereich, die Baubranche, die Pharmaindustrie und der Detailhandel betroffen.

Der Detailhandel – ein wettbewerbliches Sorgenkind?

Besonders im Detailhandel nahm die Konzentration aufgrund der anhaltenden Fusionswelle, die Ende der 2000er-Jahre mit der Übernahme von *Denner* durch *Migros* sowie der Übernahme von *Carrefour* durch *Coop* ihren Höhepunkt erreichte, stark zu. Für das Jahr 2007 betrug der im Bericht zur Zusammenschlusskontrolle der Evaluationsgruppe (Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 2008) ausgewiesene Marktanteil von *Migros* (inklusive *Denner*) und *Coop* beinahe 90%. Die

²⁵ BGer 2C_172/2014 vom 4. Juni 2017.

individuellen Marktanteile der rund zehn restlichen im Markt verbleibenden Konkurrenten von *Migros* und *Coop* waren somit beinahe vernachlässigbar.

Ob durch den Markteintritt von *Aldi* und *Lidl* tatsächlich eine neue «dritte» Kraft im Detailhandel entstanden ist, bleibt bis heute umstritten. Je nach Quelle hatten diese beiden Unternehmen bis 2014/2015 einen gemeinsamen Marktanteil von 3-9%.²⁶ Als Beispiel für die Ansicht, dass im Schweizer Detailhandel bis heute de facto ein Duopol bestehe und die konstant hohe Marktkonzentration – bzw. die damit einhergehende geringe Wettbewerbsintensität – ein Mitverursacher der Hochpreisinsel Schweiz sei, kann bspw. die NZZ (2015) genannt werden. Insbesondere wird von dieser Seite auch die Meinung vertreten, dass der erwartete Preiskampf im Detailhandel ausblieb und die neu in den Markt eingetretenen Discounter sich immer mehr dem gehobenen Schweizer Preisniveau angepasst hätten. Andere, wie etwa *economiesuisse* (2012), widersprechen diesem Befund und betonen, dass sich der Detailhandel in den letzten Jahren stark dynamisiert habe. Diese Entwicklung sei nicht nur auf den Markteintritt von *Aldi* und *Lidl* zurückzuführen, sondern auch auf den zunehmenden Online-Handel, die Etablierung neuer Verkaufskanäle wie Tankstellen- und Bahnhofshops oder den Einkaufstourismus.

Unilaterale Effekte im Medienbereich?

Auch im Medienbereich gibt es Anzeichen für unilaterale Effekte. So genehmigte die WEKO etwa 2015 die Fusion *JobCloud/JobScout24* (RPW 2015/3) nach vertiefter Prüfung, obwohl sie zum Schluss kam, dass *JobCloud* aufgrund der Übernahme ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der Stelleninserate weiter verstärke. Gleichzeitig hielt sie aber fest, dass die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht gegeben sei, weshalb sie die Fusion ohne Auflagen zuliess. Auffallend ist, dass die WEKO die Auffassung vertrat, dass *JobCloud* schon vor der Übernahme von *JobScout24* über eine marktbeherrschende Stellung verfügte. Dass dies effektiv der Fall gewesen sein könnte, zeigen die von der WEKO dokumentierten, zum Teil kräftigen Preiserhöhungen im Markt für Stelleninserate, die in den Jahren vor der Fusion erfolgten. Solche unilateralen Preiserhöhungen können als Hinweis gewertet werden, dass *JobCloud* schon früher keinem genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt war. Hierfür würde auch sprechen, dass *JobCloud* unter der gemeinsamen Kontrolle von *Ringier* und *Tamedia* stand und erstere gleichzeitig Eigentümerin der Konkurrentin *JobScout24* war. In diesem Sinn mag schon der vorgängige gemeinsame Kontrollerwerb von *Ringier* und *Tamedia* über *JobCloud* (*Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*, RPW 2013/1), der nicht vertieft geprüft worden war, Ursprung der beobachteten Preiserhöhungen sein.

²⁶ Die NZZ (2015) nennt für 2014 einen Marktanteil von 3%, während die Bilanz (2017) für 2015 von einem gemeinsamen Marktanteil von *Aldi* und *Lidl* von 9% ausgeht.

4 Die Fusionskontrolle in der EU

4.1 Internationale Prüfstandards in der Fusionskontrolle

Wie eingangs erwähnt, wird mit der Fusionskontrolle bezweckt, künftige Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Um abzuklären, ob eine Fusion dem Wettbewerb schadet, stützen sich heute die meisten Wettbewerbsbehörden auf einen der folgenden drei Tests (vgl. z.B. auch OECD, 2009).

Marktbeherrschungstest

Unter einem Marktbeherrschungstest kann eine Fusion untersagt werden, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die der Wettbewerb erheblich behindert wird. Der Begriff der Marktbeherrschung ist in den Wirtschaftswissenschaften nicht klar definiert. Grundsätzlich ist jedoch eine Situation gemeint, in der das fusionierte Unternehmen zum Marktführer aufsteigt und keinem genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt ist. Neben der Einzelmarktbeherrschung erfasst der Marktbeherrschungstest in der Regel auch die kollektive Marktbeherrschung. Eine Fusion kann also auch dann untersagt werden, wenn diese die Marktstruktur in einer Art und Weise verändert, dass die verbleibenden Marktteilnehmer ihr Verhalten stillschweigend aufeinander abstimmen und kein wesentlicher Wettbewerb mehr stattfindet. Der Marktbeherrschungstest ist zu einem guten Teil formbasiert, da er stark auf Strukturmerkmale wie Marktanteile etc. abstellt.

In der Schweiz gehen die Anforderungen zur Untersagung einer Fusion – wie in Abschnitt 3.1 aufgezeigt – über den Nachweis einer «einfachen» Marktbeherrschung hinaus. Es wird eine «qualifizierte» Marktbeherrschung gefordert, wobei es nicht ausreicht, dass durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Die Marktbeherrschung muss so stark ausgeprägt sein, dass sie geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

«Significant Lessening of Competition (SLC)»-Test

Der SLC-Test prüft, ob eine Fusion zu einer erheblichen Verminderung des Wettbewerbs führt. Im Gegensatz zum Marktbeherrschungstest fokussiert dieser Test primär auf die fusionsbedingten Marktveränderungen, insbesondere auf den Wettbewerbsverlust zwischen den Unternehmen. Der SLC-Test ist somit effektbasiert. Besondere Aufmerksamkeit kommt beim SLC-Test möglichen fusionsbedingten Preiserhöhungen zu. Konkret bedeutet dies, dass mit dem SLC-Test Fusionen auch aufgrund unilateraler Effekte untersagt werden können. Prominenteste Anwender des SLC-Tests sind Grossbritannien und die USA.

«Significant Impediment to Effective Competition (SIEC)»-Test

Beim SIEC-Test handelt es sich um einen «Hybridtest», der Elemente des Marktbeherrschungs- und des SLC-Tests vereint. Grundsätzlich können mit ihm Fusionen untersagt werden, die zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wird dabei als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs genannt. Eine solche Behinderung kann aber auch die Folge von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle sein.

4.2 Vom Dominanz- zum SIEC-Test: Der Regimewechsel in der EU

Zu Beginn der 2000er-Jahre kam in der EU eine Grundsatzdebatte über die Stärkung des ökonomischen Fundaments in der Anwendung des Wettbewerbsrechts in Gang, die den Begriff des «More Economic Approach» prägte. Darunter wird eine Wettbewerbspolitik verstanden, die unternehmerische Verhaltensweisen nicht nach «formalistischen» Regeln beurteilt, sondern aufgrund der Wirkungen im Einzelfall. Ausgelöst wurde diese Debatte gemäss Fountoukakos und Ryan (2005) vor allem durch die Untersagungsentscheide in den Fällen *Airtours*²⁷, *Schneider/Legrand*²⁸ und *Tetra Laval/Sidel*²⁹, die allesamt vom Gericht der Europäischen Union (EuG) 2002 aufgehoben worden waren. In allen drei Fällen wurde der Europäischen Kommission vorgeworfen, die ökonomischen Auswirkungen der entsprechenden Fusionsvorhaben nicht genügend abgeklärt zu haben.

Die Diskussion um den «More Economic Approach» in der Fusionskontrolle drehte sich vor allem um die Frage, ob mit dem bis dahin angewandten Marktbeherrschungstest den schädlichen Wirkungen von Fusionen noch genügend Rechnung getragen werden könne. Befeuert wurde die Diskussion zusätzlich durch die im gleichen Zeitraum von den US-Behörden aufgrund drohender unilateraler Effekte untersagten Fusion *Heinz/Beechnut*³⁰. Es wurde von einer möglichen «Gesetzeslücke» gesprochen, da unklar war, ob unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle vom herkömmlichen Marktbeherrschungstest erfasst werden können.

Röller und Strohm (2007) machen zudem auf einen weiteren Punkt aufmerksam, der die Reformdebatte anheizte: Im Fall *GE/Honeywell*³¹ untersagte die Kommission einen Zusammenschluss, obwohl dieser zuvor von den US-Behörden freigegeben worden war. Dieses störende Resultat – gerade auch im Licht der steigenden Zahl an internationalen Fusionen – liess zunehmend die Frage aufkommen, ob eine Vereinheitlichung des materiellen Prüfstandards nicht von Vorteil wäre. Besonders Grossbritannien und Irland gehörten zu den starken Befürwortern eines Regimewechsels zum amerikanischen SLC-Test. Deutschland und Italien hingegen konnten keinen Reformbedarf erkennen und setzten sich für den Erhalt des Status quo ein. Nachdem sich abzeichnete, dass ein Wechsel zum SLC-Test die nötige Mehrheit nicht finden würde, einigte man sich als Kompromisslösung auf die Einführung des SIEC-Tests, der – wie erwähnt – Elemente des Marktbeherrschungs- und des SLC-Test beinhaltet. Damit liess sich die wahrgenommene «Gesetzeslücke» schliessen und gleichzeitig die Kontinuität in der Rechtsprechung bewahren. Letztlich werden der SLC- und der SIEC-Test in der Praxis als weitgehend gleichwertig wahrgenommen.

²⁷ Fall T-342/99 *Airtours plc v The Commission*, 6. Juni 2002.

²⁸ Fall T-301/01 *Schneider Electric v The Commission*, 22. Oktober 2002.

²⁹ Fall T-5/02 *Tetra Laval v The Commission*, 25. Oktober 2002.

³⁰ *FTC v. H. J. Heinz Company and Milnot Holding Corp.* – Civil Action No. 00-1688 (JR) (District Court of the District of Columbia), 14. Juli 2000.

³¹ Kom., ABl. 2004 L 48/1 – *General Electric/Honeywell*.

Die revidierte EG-Fusionskontrollverordnung

Seit dem Inkrafttreten der revidierten EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)³² am 1. Mai 2004 werden Fusionen durch die EU-Kommission nun anhand des SIEC-Tests geprüft. Art. 2 Abs. 3 FKVO hält 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.»

Folglich ist eine Fusion mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wird. Die FKVO stellt im Erwägungsgrund 25 aber klar, dass auch Zusammenschlüsse, die zu unilateralen Effekten führen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind. Der Begriff «erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs» ist dahingehend auszulegen, als

«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.»

In der EU können heute somit Fusionen, die den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern, auch aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verboten werden.³³

Die Effizienzverteidigung

Effizienzkriterien spielten unter dem alten Marktbeherrschungstest in der EU in der Praxis praktisch keine Rolle. Gemäss Strohm (2007) war der Wechsel vom Dominanz- zum SIEC-Test aber grundsätzlich nicht dadurch motiviert, Effizienzüberlegungen mehr Raum in der Fusionskontrolle zu verschaffen. Vielmehr wurde das Kapitel zu den Effizienzen in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse im Zuge der Reformdebatte parallel beraten, also zu einem Zeitpunkt, als der Regimewechsel zum SIEC-Test noch keine beschlossene Sache war. In diesem Sinn geht Strohm (2007) davon aus, dass die Kommission die Auffassung vertrat, Effizienzkriterien hätten sich auch in den alten Marktbeherrschungstest integrieren lassen. Mit der Einführung des SIEC-Tests wurde aber in der FKVO (Erwägungsgrund 29) explizit die Möglichkeit erwähnt,

«dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde.»

In den Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse macht die Kommission überdies deutlich, dass sie es bei der Analyse der Auswirkungen von Fusionen für angemessen hält,

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

³³ Vgl. hierzu auch Christensen et al. (2007).

begründete und wesentliche Effizienzvorteile zu berücksichtigen. Damit wird auch klar, dass die Effizienzverteidigung – streng genommen – nicht ein eigenständiges Element des SIEC-Tests darstellt, sondern vielmehr als integraler Bestandteil der Fusionsprüfung betrachtet werden kann.

Effizienzvorteile müssen gemäss den Leitlinien überprüfbar und fusionsspezifisch sein sowie den Verbrauchern³⁴ zugutekommen. Besonders der letzte Punkt ist von Bedeutung, da er impliziert, dass Entscheidungen in der Fusionskontrolle nicht auf die volkswirtschaftliche Gesamtwohlfahrt, sondern primär auf das Konsumentenwohl auszurichten sind. Dies hat zur Folge, dass eine Fusion mit negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur dann genehmigt werden kann, wenn das Konsumentenwohl zunimmt. Der Konsumentenstandard verlangt also, dass ein Teil der durch eine Fusion realisierbaren Effizienzvorteile an die Abnehmer weitergegeben wird. In der Regel wird dieses Kriterium als erfüllt betrachtet, wenn die Effizienzvorteile zu Preissenkungen für die Abnehmer führen. Umgekehrt ist nach dem Konsumentenstandard eine Fusion zu untersagen, wenn sie zu Preissteigerungen führt und zwar unabhängig davon, ob sie insgesamt eine Erhöhung der Gesamtwohlfahrt bewirken würde.

Die Leitlinien setzen der Effizienzverteidigung aber auch gewisse Grenzen. So sei es

«höchst unwahrscheinlich, dass ein Zusammenschluss, der zu einer Marktstellung führt, die einem Monopol nahe kommt oder ein ähnliches Maß an Marktmacht erbringt, mit der Begründung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden könnte, dass Effizienzvorteile ausreichen würden, den möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen entgegenzuwirken».

Je gravierender also die zu erwartenden Folgen einer Fusion für den Wettbewerb sind, umso unwahrscheinlicher ist es, dass mit der Effizienzverteidigung ein Untersagungsentscheid abgewendet werden kann. Effizienzvorteile sind folglich eher bei Fällen von Bedeutung, in denen die wettbewerbsschädlichen Wirkungen wenig ausgeprägt sind.

4.3 Die Fusionskontrollregime der einzelnen EU-Mitgliedstaaten

Als die Grundsatzdebatte über die europäische Fusionskontrolle zu Beginn der 2000er-Jahre losbrach, wandten bereits mehrere EU-Mitgliedstaaten einen SLC-Test an.³⁵ Andere arbeiteten zu diesem Zeitpunkt noch mit einem Marktbeherrschungstest. Somit kamen innerhalb der EU unterschiedliche materielle Prüfstandards zur Anwendung. Der 2004 in der EU erfolgte Regimewechsel vom Dominanz- zum SIEC-Test setzte ein klares Signal, in welche Richtung die Harmonisierungsbestrebungen innerhalb der EU gehen sollen. Im Lauf der Zeit wurde der Wechsel zum SIEC-Test von immer mehr EU-Mitgliedstaaten nachvollzogen. Tabelle 3 schafft einen Überblick, welcher Prüfstandard in welchem EU-Mitgliedstaat heute zur Anwendung kommt. Der Vollständigkeit halber werden zudem auch die Fusionskontrollregimes der vier EFTA-Staaten – Island, Liechtenstein, Norwegen und Schweiz - aufgeführt.

³⁴ Gemäss den Leitlinien (Fussnote 105) umfasst der Begriff „Verbraucher“ Zwischen- und Endabnehmer, d.h. die Verbraucher der von dem Zusammenschluss erfassten Erzeugnisse. Hierzu zählen sowohl die gegenwärtigen als auch die potenziellen Kunden der Fusionsparteien.

³⁵ Wie bereits erwähnt, sind der SLC- und der SIEC-Test aus ökonomischer Sicht weitgehend deckungsgleich.

Tabelle 3: Prüfstandards in den einzelnen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten

Land	Prüfstandard	Wichtige Reformschritte/Bemerkungen
Belgien	SIEC	In Belgien wurde der Wechsel zum SIEC-Test 2006 vollzogen; zuvor kam der Marktbeherrschungstest zur Anwendung.
Bulgarien	SIEC	Bulgarien kennt seit 1991 eine Fusionskontrolle. Mit der Revision des bulgarischen «Competition Protection Act» im Jahr 2008 wurde der SIEC-Test eingeführt und der Prüfstandard an die EU angeglichen.
Dänemark	SIEC	In Dänemark wurde die Fusionskontrolle im Jahr 2000 revidiert und gleichzeitig ein Marktbeherrschungstest eingeführt. Der Wechsel zum SIEC-Test erfolgte fünf Jahre später, nämlich 2005.
Deutschland	SIEC	Die deutsche Fusionskontrolle wurde 1973 eingeführt, wobei als Prüfstandard ein Marktbeherrschungstest gewählt wurde. Deutschland gehörte zu jenen Ländern, die sich gegen die Einführung des SIEC-Tests in der EU aussprachen. Nichtsdestotrotz wurden 2005 gewisse Anpassungen in der Fusionskontrolle vorgenommen, um eine stärkere Harmonisierung mit dem EU-Recht herbeizuführen. Im Rahmen der 8. GWB Novelle wechselte auch Deutschland 2013 zum SIEC-Test.
Estland	SIEC	Estland kennt seit 2001 eine Fusionskontrolle. Das entsprechende Kapitel im estnischen Wettbewerbsrecht wurde 2006 revidiert. Seither kommt in Estland der SIEC-Test zur Anwendung.
Finnland	SIEC	Die erste Rechtsgrundlage zur Fusionskontrolle in Finnland stammt aus dem Jahr 1998. 2011 erfolgte der Wechsel vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test.
Frankreich	SLC/SIEC	Die französische Fusionskontrolle wurde Ende der 1970er-Jahre eingeführt und durchlief im Lauf der Zeit verschiedene Reformen. In seiner Essenz entsprach der französische Prüfstandard jedoch schon immer dem SLC-Test. Frankreich gehört also zu denjenigen Ländern, die keinen Regimewechsel vorzunehmen brauchten, um ihren Prüfstandard an denjenigen der EU anzugleichen.
Griechenland	SIEC	Das ursprüngliche griechische Wettbewerbsrecht enthielt keine eigentliche Fusionskontrolle. Die entsprechende Regelung fand erst 1991 Eingang in die Gesetzgebung. Mit der Revision des Wettbewerbsrechts im Jahr 2011 wurde die Fusionskontrolle weitgehend mit dem europäischen Recht harmonisiert.
Grossbritannien	SLC/SIEC	Grossbritannien verfolgt in der Fusionskontrolle den SLC-Ansatz und setzte sich auch für die Übernahme dieses Standards in der EU ein. Die heute geltenden Regeln sind im «Enterprise Act» aus dem Jahr 2002 festgeschrieben.
Irland	SLC/SIEC	In Irland kommt derselbe Test wie in Grossbritannien zur Anwendung: der SLC-Test. Der heute geltende Prüfstandard wurde 2002 eingeführt.
Island	SIEC	Die isländische Fusionskontrolle stützt sich auf das im Jahr 2005 eingeführte Wettbewerbsgesetz und wendet seitdem den SIEC-Test an.
Italien	Marktbeherrschung	Italien gehört mit Deutschland zu jenen Ländern, die sich gegen die Einführung des SIEC-Tests in der EU aussprachen. Im Gegensatz zu Deutschland wurde in Italien der Wechsel vom Marktbeherrschungs- auf den SIEC-Test bis heute offiziell nicht vollzogen. Die italienische Wettbewerbsbehörde ist jedoch bemüht, den Marktbeherrschungstest in einer Art und

		Weise auszulegen, die mit dem europäischen SIEC-Test so weit wie möglich konsistent ist.
Kroatien	SIEC	Die heutige kroatische Wettbewerbsgesetzgebung stammt aus dem Jahr 2003. So auch die Fusionskontrolle, die über die Zeit immer näher an die europäischen Regeln herangeführt wurde. Kroatien trat 2013 der EU bei und verfolgt heute in der Fusionskontrolle den SIEC-Ansatz.
Lettland	SIEC	Die rechtlichen Grundlagen der lettischen Fusionskontrolle traten Anfangs 2002 in Kraft. Mögliche Untersagungsgründe stellen neben der Marktbeherrschung auch das SLC-Kriterium dar. Dieser hybride Prüfstandard entspricht somit weitgehend dem SIEC-Test.
Liechtenstein	--	Liechtenstein kennt bis heute keine Fusionskontrolle.
Litauen	SIEC	Das litauische Wettbewerbsrecht stammt aus dem Jahr 1999. Im Zuge der EU-Beitrittsverhandlungen wurde es weitgehend an das europäische Recht angeglichen. Der heute in der Fusionskontrolle angewandte Prüfstandard entspricht dem SIEC-Test.
Luxemburg	--	Luxemburg ist das einzige EU-Land, das keine Fusionskontrolle kennt.
Malta	SLC/SIEC	Das Fusionskontrollregime in Malta stammt aus dem Jahr 2002. Der angewandte Prüfstandard entspricht dem SLC-Test.
Niederlande	SIEC	In den Niederlanden wurde 1998 der Marktbeherrschungstest in der Fusionskontrolle eingeführt. Parallel zur EU wurden jedoch 2004 die Eingreifkriterien angepasst. In den Niederlanden kommt somit seit über zehn Jahren der SIEC-Test zur Anwendung.
Norwegen	SIEC	Die norwegische Fusionskontrolle basierte bis 2016 auf einem zweifachen Test, der aus dem SLC- und einem Effizienzkriterium bestand. Heute kommt in Norwegen ein SIEC-Test zur Anwendung.
Österreich	Marktbeherrschung	Österreich ist neben Italien das einzige Land in der EU, das heute noch einen «klassischen» Marktbeherrschungstest anwendet. Ernsthafte Diskussionen bezüglich eines Regimewechsels scheint es in Österreich zurzeit nicht zu geben.
Polen	SIEC	Bereits 1990 wurden in Polen die ersten Rechtsgrundlagen der Fusionskontrolle geschaffen. Der damalige Prüfstandard entsprach dem Marktbeherrschungstest. Im Jahr 2000 erfolgte eine Anpassung der Eingreifkriterien. Ab diesem Zeitpunkt kam ein zweistufiger Marktbeherrschungstest mit erweiterter ökonomischer Analyse zur Anwendung. Spätestens seit dem EU-Beitritt von Polen (2004) entspricht der angewandte Test in der Fusionskontrolle inhaltlich dem europäischen SIEC-Test.
Portugal	SIEC	Das portugiesische Fusionskontrollregime wurde letztmals 2012 revidiert. Unter anderem wurde im Rahmen dieser Revision auch der Prüfstandard an diejenigen der EU angeglichen. Seit diesem Zeitpunkt kommt in Portugal also nicht mehr der Marktbeherrschungs- sondern der SIEC-Test zur Anwendung.
Rumänien	SIEC	In Rumänien wurden Mitte der 1990er-Jahre die rechtlichen Grundlagen der Fusionskontrolle geschaffen. Als Prüfstandard sah sie den Marktbeherrschungstest vor. Im Lauf der Annäherung an die EU – Rumänien trat der EU 2007 bei – wurde jedoch die Fusionskontrolle zunehmend an die europäische Gesetzgebung herangeführt. Spätestens seit 2010 kommt in Rumänien ein vollwertiger SIEC-Test zur Anwendung.

Schweden	SIEC	Schweden wendet heute den SIEC-Test an. Dieser wurde 2008 – also vor fast zehn Jahren – in der schwedischen Fusionskontrolle eingeführt. Zuvor prüfte die schwedische Wettbewerbsbehörde Fusionen nach dem Marktbeherrschungstest.
Schweiz	(qualifizierte) Marktbeherrschung	In der Schweiz kommt seit der Einführung der ersten Rechtsgrundlage zur Fusionskontrolle im Jahr 1996 der Marktbeherrschungstest zur Anwendung. 2012 wurde vom Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Kartellrechts unter anderem ein Wechsel vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test vorgeschlagen. Die Revisionsvorlage scheiterte jedoch im Herbst 2014 im Parlament, womit auch der an sich wenig umstrittene Vorschlag eines Regimewechsels in der Fusionskontrolle vom Tisch war.
Slowakei	SIEC	Das slowakische Fusionskontrollrecht wurde anfangs der 2010er-Jahre einer Revision unterzogen: Auf den 1. Januar 2012 wurde der Marktbeherrschungstest aufgegeben und durch den SIEC-Test ersetzt.
Slowenien	SIEC	2004 trat Slowenien der EU im Rahmen der ersten Osterweiterung bei. Mit der 2008 erfolgten Revision des Wettbewerbsrechts wurde auch die Fusionskontrolle modernisiert und der SIEC-Test eingeführt.
Spanien	SLC/SIEC	In Spanien kommt seit 1989 ein SLC-Test zur Anwendung. 2007 wurde die Fusionskontrolle revidiert, am Prüfstandard wurde jedoch nichts geändert.
Tschechien	SIEC	Die ersten Rechtsgrundlagen der Fusionskontrolle wurden in Tschechien Anfangs der 1990er-Jahre geschaffen. 2001 wurde der Marktbeherrschungstest als Prüfstandard festgelegt. Zeitgleich mit dem Beitritt zur EU im Jahr 2004 übernahm Tschechien den SIEC-Test.
Ungarn	SLC/SIEC	In Ungarn kam ab Mitte der 1990er-Jahre der Marktbeherrschungstest zur Anwendung. Im Rahmen der ersten Osterweiterungsrunde trat Ungarn 2004 der EU bei und begann in der Folge die Fusionskontrolle sukzessive den europäischen Regeln anzugleichen. 2009 wurde ein neuer Prüfstandard eingeführt, der gleichzeitig auf den SIEC- und den SLC-Test verweist.
Zypern	SIEC	Auch Zypern gehört zu jenen Ländern, die der EU im Rahmen der ersten Osterweiterungsrunde 2004 beitraten. Zu diesem Zeitpunkt kam in der zypriotischen Fusionskontrolle der 1999 eingeführte Marktbeherrschungstest zur Anwendung. Erst mit der 2014 erfolgten Revision der Fusionskontrolle wurde der SIEC-Standard eingeführt.

Quellen: Siehe Anhang I

Aus Tabelle 3 ist ersichtlich, dass heute mit der Ausnahme von Luxemburg alle 28 EU-Mitgliedstaaten eine Fusionskontrolle haben. Der mit Abstand am verbreitetsten Prüfstandard ist der SIEC-Test. Nur Italien und Österreich wenden aktuell noch einen Marktbeherrschungstest an, wobei in Italien auf eine Auslegung geachtet wird, die mit dem SIEC-Test so weit wie möglich übereinstimmt. Von den EU-15-Mitgliedstaaten, also diejenigen Länder, die schon vor der Osterweiterung 2004 Mitglied der EU waren, kannten bereits vier Nationen einen SLC/SIEC-Test bevor der Regimewechsel in der EU stattfand. Es handelt sich um Frankreich, Grossbritannien, Irland und Spanien. Relativ zeitnah zum Regimewechsel in der EU entschieden sich auch Belgien, die Niederlande, Dänemark und Schweden für eine Umstellung auf den SIEC-Test. In den übrigen EU-15-Mitgliedstaaten benötigte es etwas mehr Zeit, bis es schliesslich zum Wechsel des Prüfstandards kam: Griechenland und Finnland führten den SIEC-Test 2011 und Portugal

im Jahr 2012 ein. Der letzte EU-15-Mitgliedstaat, der den Prüfstandard auf den SIEC-Test umstellte, war Deutschland im Jahr 2013.

Von den 10 Ländern, die der EU im Rahmen der ersten Osterweiterung 2004 beitraten, übernahm die Hälfte praktisch unmittelbar den SIEC-Test (Lettland, Litauen, Polen, Tschechien und Malta). In den restlichen fünf Ländern dauerte es etwas länger, bis das Fusionskontrollregime mit dem der EU in Einklang gebracht wurden: Estland führte den SIEC-Test 2006, Slowenien 2008, Ungarn 2009, die Slowakei 2012 und Zypern schliesslich 2014 ein. Auch die im Rahmen der nachfolgenden Erweiterungsrounden zur EU gestossenen Länder – Bulgarien, Rumänien und Kroatien – wenden heute den SIEC-Test an.

Von den vier EFTA-Mitgliedstaaten wenden zudem auch Norwegen und Island den SIEC-Test an. Das Fürstentum Lichtenstein kennt hingegen bis heute – wie das Grossherzogtum Luxemburg – keine Fusionskontrolle. Abbildung 6 fasst nochmals übersichtsmässig zusammen, welcher Prüfstandard heute in welchem europäischen Land zur Anwendung kommt.

Abbildung 6: Weit verbreiteter SIEC-Test in Europa



Quelle: Eigene Darstellung

Abgesehen von Luxemburg und Lichtenstein, ist die Schweiz somit im europäischen Vergleich in zweifacher Hinsicht als Sonderfall zu bezeichnen: Erstens lassen sich im Gegensatz zur Schweiz in allen anderen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten – allenfalls mit der Ausnahme von

Italien und Österreich – Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle untersagen. Zweitens ist das hiesige Fusionskontrollregime sogar im Vergleich mit Italien und Österreich, die wie die Schweiz heute noch einen Marktbeherrschungstest anwenden, als permissiv zu bezeichnen. Während Italien bemüht ist, den Marktbeherrschungstest weit – also möglichst im Sinn des SIEC-Tests – auszulegen, genügt in Österreich der Nachweis einer einfachen Marktbeherrschung zur Untersagung einer Fusion. Der in der Schweiz geforderte Nachweis einer «qualifizierten» Marktbeherrschung ist im europäischen Kontext einzigartig und steht einer weiten Auslegung des Marktbeherrschungstests diametral entgegen.

5 Erfahrungen mit dem SIEC-Test im Ausland

5.1 Auf dem Weg zu einem «Europäischen Raum der Fusionskontrolle»

Die EU kann heute auf eine mehr als zehnjährige Erfahrung mit dem SIEC-Test zurückblicken. Bereits kurz nach der Einführung des neuen Prüfstandards wurden die ersten Evaluationen des neuen Fusionskontrollregimes vorgenommen. So hält etwa Christiansen (2005) fest, dass es in der EU ein Jahr nach dem Wechsel des Tests weder eine Untersagung nach dem neuen SIEC-Kriterium noch eine Freigabe aufgrund von Effizienzvorteilen gab. Trotz diesem Befund wird der Kommission attestiert, dass sie ab 2004 begann, verstärkt auf statistische und ökonomische Methoden zurückzugreifen und somit dem «More Economic Approach» des SIEC-Tests Rechnung zu tragen. Bemängelt wird von Christiansen (2005) hingegen eine Verringerung der Rechtssicherheit bei gleichzeitiger Zunahme des Verfahrensaufwands. Röller und de la Mano (2006) äussern sich zwar zu letzterem Punkt nicht, teilen jedoch die Einschätzung, dass es aufgrund der Einführung des SIEC-Tests in der EU nicht zu einer radikalen Praxisänderung gekommen ist. Auch sie betonen, dass die Fusionskontrolle durch den Regimewechsel vor allem wirkungsbasierter geworden ist.

Kontinuierlicher und reibungsloser Übergang zum SIEC-Test in der EU

Die Kommission selbst hält 2009 in ihrem Beitrag zum OECD Policy Roundtable «Standard for Merger Review» fest, dass der Wechsel zum SIEC-Test kontinuierlich und reibungslos vollzogen werden konnte (OECD, 2009). Zudem bestätigt sie, dass seit dem Regimewechsel weniger auf strukturelle Faktoren wie beispielsweise Marktanteile und Konzentrationslevels abgestützt wird, sondern vielmehr die generelle Beurteilung von allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen im Zentrum der Analyse steht. So wurden teilweise Fusionen zugelassen, obwohl diese zu hohen Marktkonzentrationen führten. In anderen Fällen wurden hingegen unilaterale Effekte identifiziert, obschon der Marktanteil des fusionierten Unternehmens nicht höher war, als derjenige der Konkurrenz. Schliesslich wird auch festgehalten, dass sich unter dem SIEC-Test die Interventionsrate nicht erhöht hat.

In ihrem Weissbuch «Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle» zieht die Kommission zehn Jahre nach der Überarbeitung der FKVO Bilanz (Europäische Kommission, 2014). Sie äussert die Ansicht, dass die Fusionskontrolle auf der EU-Ebene durch die Reform der FKVO im Jahr 2004 – insbesondere durch die Einführung des SIEC-Tests – gestärkt wurde: Die überarbeitete FKVO stelle eine ideale Basis für den wirksamen Schutz des Wettbewerbs sowie der Abnehmer dar und garantiere einen schonenden Umgang in Bezug auf die Auswirkungen von Fusionen und Übernahmen auf dem Gemeinsamen Markt. Durch eine effiziente Arbeitsteilung und einer engeren Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden in materiell-rechtlichen Zuständigkeitsfragen sei überdies auch die erhoffte Konvergenz erzielt worden. Dennoch solle das auf der FKVO beruhende System langfristig zu einem echten «Europäischen Raum der Fusionskontrolle» weiterentwickelt werden, in dem für die von der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden geprüften Zusammenschlüsse dieselben Vorschriften gelten.

5.2 Erfahrungen anderer OECD-Ländern

Gestützt auf die einzelnen Länderbeiträge zum OECD Policy Roundtable «Standard for Merger Review», kann eine internationale Tendenz weg vom Marktbeherrschungs-, hin zum SIEC-Test festgestellt werden (OECD, 2009). Kein einziges OECD-Land ging den entgegengesetzten Weg und schaffte den SLC/SIEC-Test zugunsten eines Marktbeherrschungstests ab. Die Gründe für den Wechsel zum SLC/SIEC-Test unterscheiden sich: In Australien etwa wurde der SLC-Test eingeführt, weil die Gerichte den Marktbeherrschungstest eng auslegten, was zu einer Durchsetzungslücke im Bereich der koordinierten Effekte führte. Typischerweise hat der neue Prüfstandard auch zu einer spürbaren Ausweitung der Fusionskontrolle geführt. In verschiedenen anderen Ländern – so auch in der EU – ging es hingegen eher darum, die bestehende Unsicherheit bezüglich der Erfassung von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zu beseitigen. Vor allem in den neueren EU-Mitgliedstaaten (z.B. Tschechien und Polen) war der Regimewechsel zudem auch damit motiviert, die Fusionskontrolle möglichst weitgehend mit derjenigen der EU zu harmonisieren.

Einführung des SIEC-Tests als Angleichung an die gelebte Realität

Ein weiterer, oft genannter Grund für die Einführung des SIEC-Tests ist dessen starker Fokus auf die wettbewerblichen Auswirkungen einer Fusion. Je nach Auslegung des Marktbeherrschungstests in der Vergangenheit fielen die Praxisänderungen in den einzelnen Ländern unterschiedlich aus. In den Niederlanden beispielsweise wurde der Marktbeherrschungstest immer schon relativ weit ausgelegt und die Fusionskontrolle im Zeitablauf immer stärker effektbasiert interpretiert. Der Regimewechsel zum SIEC-Test hatte deshalb in der Praxis kaum Auswirkungen. Er führte aber zu einer Angleichung der Gesetzestexte an die gelebte Realität. Ein ähnliches Bild zeichnen Ungarn und Polen in ihren Länderbeiträgen.

Im Zusammenhang mit der stärkeren Ausrichtung auf die wettbewerblichen Auswirkungen, wurde von einigen Ländern überdies angemerkt, dass auch nicht-horizontale Fusionen mit dem SIEC-Test adäquater beurteilt werden könnten. So sei es z.B. unter einem Marktbeherrschungstest kaum möglich gegen eine vertikale Fusion, die zu signifikanten Preiserhöhungen führt, vorzugehen, sofern nicht mindestens eines der beteiligten Unternehmen marktbeherrschend ist. Grossbritannien macht im Übrigen darauf aufmerksam, dass die Abhängigkeit von formalen Marktabgrenzungen bei der Beurteilung von Fusionen unter dem SIEC-Standard weniger ausgeprägt sei: Während der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung per Definition eine Marktabgrenzung erfordert, könne eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs unter Umständen auch ohne Marktabgrenzung aufgezeigt bzw. ausgeschlossen werden. Gegeben, dass Marktabgrenzungen aufwändig und umstritten sein können, stelle dies aus verfahrenswirtschaftlicher Sicht ein Vorteil des SIEC- gegenüber dem Marktbeherrschungstest dar.

Kein Anstieg der Interventionsraten, kein Verlust an Rechtssicherheit

In vielen Ländern wurde vor der Einführung des SLC/SIEC-Tests die Befürchtung geäussert, dass der Spielraum der Wettbewerbsbehörden über Gebühr ausgeweitet und letztlich die Interventionsrate ansteigen würde. Diese Befürchtung hat sich nicht bewahrheitet, was vor allem damit zusammenhängen dürfte, dass in den meisten Ländern nur der Wortlaut der bestehenden Gesetzgebung an die gelebte Praxis angeglichen wurde. Weiter wurde argumentiert, dass die Rechtssicherheit unter einem SIEC-Test sinken würde. Die Begründung dafür lautet, dass der Marktbeherrschungstest klare Regeln beinhaltet (sogenannte «Bright Line Rules»), die für die Unternehmen einfach nachvollziehbar sind. Der SIEC-Test hingegen sei komplexer und die

Ergebnisse eines Prüfverfahrens deshalb weniger vorhersehbar. Der Grossteil der Länder ist jedoch der Ansicht, dass durch den Regimewechsel zum SIEC-Test die Rechtssicherheit nicht gelitten habe. Der SIEC-Standard könne ein mit dem Marktbeherrschungstest vergleichbares Niveau an Rechtssicherheit garantieren, insbesondere wenn die Wettbewerbsbehörde ihre Beurteilungskriterien – z.B. in Form von Leitlinien – transparent und detailliert offenlege.

Bezüglich der Frage, ob die Konvergenz zu einem gemeinsamen Prüfstandard die internationale Zusammenarbeit verbessert habe oder nicht, äusserten sich die Länder unterschiedlich. Zumindest scheint Einigkeit darüber zu herrschen, dass die Konvergenzbewegung die internationale Zusammenarbeit nicht verschlechtert hat und den Wettbewerbsbehörden tendenziell erlaubt, auf Gemeinsamkeiten anstatt auf Differenzen zu fokussieren.

5.3 Länderstudien: Belgien, Schweden und Deutschland

Grössere Probleme scheint es bis anhin in keinem Land, das den Wechsel von einem Marktbeherrschungs- zu einem SIEC-Test vollzogen hat, gegeben zu haben. Trotzdem wird nachfolgend vertieft auf länderspezifische Erfahrungen mit dem SIEC-Test eingegangen. Ausgewählt wurden folgende drei Länder: Belgien, Schweden und Deutschland. Deutschland bietet sich für eine Länderstudie an, weil die Umstellung vom Marktbeherrschungs- auf den SIEC-Test erst 2013 im Rahmen der 8. GWB Novelle erfolgte. Aufgrund dieses kurzen Zeithorizonts, dürften allfällige – positive und negative – Auswirkungen der Einführung des neuen Prüfstandards noch präsent sein. Die Einführung des SIEC-Tests in Belgien und Schweden liegt hingegen schon etwas länger zurück: In Belgien werden Fusionen seit 2006 und in Schweden seit 2008 gemäss dem SIEC-Standard geprüft. Die beiden Länder blicken folglich bereits auf eine rund zehnjährige Erfahrung mit dem neuen Prüfstandard zurück. Belgien und Schweden weisen bezüglich Bevölkerungsgrösse und Wirtschaftskraft, gemessen am Bruttoinlandprodukt (BIP), eine gewisse Vergleichbarkeit mit der Schweiz auf (vgl. Tabelle 4) und sind deshalb potenziell wertvolle Vergleichsländer.

Tabelle 4: Bevölkerung und BIP in Belgien, Schweden und der Schweiz (2015)

	Bevölkerung (in Mio.)	BIP (in Mrd. USD)
Belgien	11.29	454
Schweden	9.80	493
Schweiz	8.29	665

Quelle: Weltbank

Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren auf sieben Gesprächen mit Kartellrechtsspezialisten aus Belgien, Deutschland und Schweden.³⁶ Bei der Auswahl der Experten wurde darauf geachtet, dass nicht nur mit Behördenvertretern gesprochen wurde, sondern auch mit Vertretern der Anwaltschaft, der akademischen Welt und Beratungsunternehmen aus dem Kartellrechtsbereich. Die Auswahl erfolgte auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Experten Erfahrungen mit beiden Fusionskontrollregimen aufweisen, möglichst am Gesetzgebungsprozess beteiligt waren oder in der Einführungsphase des SIEC-Tests gestaltend mitwirkten. Da sich die Antworten und Einschätzungen vielfach weder zwischen den befragten Experten noch für die

³⁶ Informationen zu den befragten ausländischen Experten sowie der Leitfaden für die geführten Interviews finden sich in Anhang III.

einzelnen Länder erheblich unterschieden, werden die gewonnen Erkenntnisse nachfolgend für alle Länder gleichzeitig ausgeführt.

Kaum länderspezifische Anpassungen des SIEC-Tests

Mit der Einführung des SIEC-Tests wurde in Belgien und Schweden in erster Linie ein Harmonisierungsziel verfolgt: Das nationale Fusionskontrollregime sollte mit demjenigen der EU in Einklang gebracht werden. Dementsprechend orientierten sich die beiden Länder von Beginn weg an den einschlägigen Regulierungen und Leitlinien der EU-Kommission sowie an deren Praxis. Länderspezifische Anpassungen am SIEC-Test wurden in diesem Sinn keine vorgenommen.

Dasselbe gilt im Grundsatz für Deutschland, auch wenn gewisse nationale Eigenheiten in der Fusionskontrolle – beispielsweise die Abwägungs- oder Bagatellmarktklausel³⁷ – beibehalten wurden. Einer der befragten Experten betonte zudem, dass man sich in der Anwendung des SIEC-Tests einen gewissen nationalen Gestaltungsspielraum vorbehalte. So würde in der deutschen Adaption des SIEC-Tests etwa mehr Gewicht auf das Regelbeispiel der Marktbeherrschung gelegt als in der EU. Überdies scheint man sich in Deutschland uneins zu sein, ob die Effizienzverteidigung effektiv ein integraler Bestandteil des SIEC-Tests sei und hat es versäumt, diese Frage im Rahmen der 8. GWB Novelle klar zu beantworten. Da die Effizienzverteidigung bis anhin noch in keinem konkreten Fall entscheidend war, besteht zu diesem Thema auch noch keine verbindliche Rechtsprechung. Anders in Belgien und Schweden, die sich beide möglichst eng an der europäischen Fusionskontrolle orientieren und eine Effizienzverteidigung zulassen.

Die Anwendung desselben Prüfstandards wie in der EU bedeutet jedoch nicht, dass es in den einzelnen Ländern zu einer vollkommenen Harmonisierung der Fusionskontrolle gekommen ist. Nach wie vor bestehen nationale Unterschiede, etwa bezüglich der Fristenregelung, der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden oder der in Deutschland noch immer existierenden Ministererlaubnis³⁸.

Eine weitgehend unumstrittene Reform

Grössere Bedenken bezüglich der Einführung eines SIEC-Tests gab es im Vorfeld in keinem der drei betrachteten Länder. In Belgien war die Übernahme des neuen Prüfstandards Bestandteil einer umfassenden Revision des Wettbewerbsrechts im Jahr 2006 und gab zu keinen Diskussionen Anlass. Auch in Deutschland, das sich 2004 noch dezidiert gegen die Einführung eines SIEC-Tests in der EU ausgesprochen hatte, löste die Revision der Fusionskontrolle 2013 keine nennenswerte Debatte mehr aus. Es bestand weitgehend Konsens darüber, dass der Nachvollzug der EU-Regelung sowie eine «massvolle» Weiterentwicklung der Fusionskontrolle sinnvoll

³⁷ Der Abwägungsklausel liegt die Idee zugrunde, dass Fusionen unterschiedliche Auswirkungen auf einzelnen Märkten haben können, die gegeneinander abgewogen werden sollen. Die Bagatellmarktklausel besagt hingegen, dass das Bundeskartellamt eine Fusion nicht untersagen darf, wenn sie einen Bagatellmarkt betrifft. Als Bagatellmarkt gilt hierbei ein betroffener Markt, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden.

³⁸ In Deutschland ist es dem Bundesminister für Wirtschaft erlaubt, eine Fusion, die durch das Bundeskartellamt untersagt wurde, zu genehmigen. Voraussetzung ist das Bestehen eines überragenden Interesses der Allgemeinheit sowie eine Stellungnahme der Monopolkommission.

sind. In Schweden schien der Regimewechsel zum SIEC-Test vor allem seitens der Unternehmen gewisse Bedenken auszulösen. Diese entsprachen grosso modo den oben beschriebenen Befürchtungen, dass sich unter einem SIEC-Test Aufwand, Interventionsrate und Verfahrensdauer spürbar erhöhen könnten. Aber auch in Schweden erwuchs dem SIEC-Test gemäss den Experten keine Fundamentalopposition.

Keine Zunahme der Interventionsrate

Die Befürchtung, dass sich unter einem SIEC-Standard die Interventionsrate erhöht, stand schon zu Beginn der 2000er-Jahre prominent im Raum, als die EU den SIEC-Test einführte. Alle Experten wurden deshalb danach befragt, wie sich die Interventionsrate nach der Einführung des SIEC-Tests in ihrem Land entwickelt hat. Die deutschen und schwedischen Experten waren sich einig, dass weder die Anzahl der vertieft geprüften Fusionen, noch die Interventionsraten spürbar zugenommen haben. Diese Einschätzung wird für Deutschland auch durch die in Abbildung 5 präsentierten Daten bekräftigt: Das Bundeskartellamt weist für die Vierjahresperiode 2013/16 nur drei untersagte Fusionen aus, was der tiefsten Interventionsrate seit Mitte der 1990er-Jahren entspricht. In Belgien hingegen wurde festgestellt, dass Fusionen vermehrt nur mit strukturellen Auflagen zugelassen wurden. Ob dies jedoch tatsächlich kausal mit der Einführung des SIEC-Tests zusammenhängt oder ob lediglich vermehrt problematische Fusionen zu beurteilen waren, vermochte keiner der befragten belgischen Experten abzuschätzen.

Die Experten wurden zudem gefragt, ob nach der Einführung des SIEC-Tests systematisch andere Fusionen vertieft beurteilt wurden, etwa solche, die früher schon im Rahmen der Vorprüfung als unbedenklich erklärt worden wären. Dies wurde von allen Experten verneint. Ein Experte merkte jedoch an, dass allenfalls eine Tendenz bestehe, innerhalb von Fusionsverfahren abgegrenzte Märkte schneller als «vom Zusammenschluss betroffen» einzustufen und einer Überprüfung zu unterziehen.

Mit dem SIEC-Test können im Gegensatz zum Marktbeherrschungstest unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden. Das Problem der unilateralen Effekte betrifft jedoch primär horizontale Fusionen. In diesem Zusammenhang wurde den Experten die Frage gestellt, was genau der SIEC-Standard für die Beurteilung von vertikalen und konglomeraten Fusionen bedeute bzw. wie sich der neue Prüfstandard auf die Interventionsrate bei nicht-horizontalen Fusionen in ihrem Land ausgewirkt habe. Die Antworten fielen weitgehend übereinstimmend aus: Im Bereich der vertikalen und konglomeraten Fusionen hat sich weder in Deutschland noch in Schweden oder Belgien durch die Einführung des SIEC-Tests viel verändert. Dies wird einerseits damit erklärt, dass nicht-horizontale Fusionen grundsätzlich weniger problematisch sind und deshalb seltener einer vertieften Prüfung unterzogen werden. Andererseits stehen bei allfälligen anti-kompetitiven Auswirkungen von nicht-horizontalen Fusionen vor allem Abschottungseffekte im Vordergrund. Abschottungsstrategien setzen jedoch voraus, dass eine gewisse Marktmacht vorhanden ist. Somit kommt dem Regelbeispiel der Marktbeherrschung im Rahmen des SIEC-Tests bei nicht-horizontalen Fusionen ein noch grösseres Gewicht als bei horizontalen Fusionen zu.

Höchstens vorübergehende Rechtsunsicherheit

Der SIEC-Test beinhaltet einen grösseren Ermessensspielraum als der Marktbeherrschungstest. Die Frage, ob der SIEC-Test die Rechtssicherheit nachhaltig verringert habe, wurde dennoch von der grossen Mehrheit der befragten Experten verneint. Vielfach wurde darauf verwiesen, dass in der Einführungsphase gewisse Unsicherheiten bezüglich der konkreten Anwendung des neuen Tests bestanden, diese aber nach den ersten Entscheiden der Wettbewerbsbehörden rasch abgenommen habe.

Gerade weil im Rahmen des SIEC-Tests die Marktbeherrschung weiterhin als Hauptuntersagungsgrund gilt, konnte die Kontinuität in der Rechtsprechung und der Fallpraxis grundsätzlich bewahrt werden. In Deutschland, wo der SIEC-Test erst 2013 eingeführt wurde, bestand zudem die Möglichkeit, von Anfang an auf eine fast zehnjährige Fallpraxis der EU zurückzugreifen. Einige Experten machten schliesslich darauf aufmerksam, dass der SIEC-Test – obwohl er weniger «Bright Line Rules» als der Marktbeherrschungstest beinhaltet –, die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden aus ökonomischer Sicht besser nachvollziehbar und somit besser prognostizierbar gemacht habe.

Der SIEC-Test als Konsequenz des «More Economic Approach»

Eine weitere Befürchtung, auf die die Experten angesprochen wurden, ist, dass Fusionsverfahren unter einem SIEC-Test für Behörde und Unternehmen erheblich aufwändiger sind. Effektiv wurde von den Experten bestätigt, dass die Prüfverfahren in den letzten Jahren tendenziell aufwändiger und komplexer geworden sind. In Schweden, beispielsweise, würden auf Seiten der Unternehmen im Vorfeld der Meldung einer Fusion vermehrt ökonomische Analysen durchgeführt und teilweise umfangreiche Daten erhoben. Nicht selten sei man dabei heute auf externe ökonomische Berater angewiesen, was die Kosten des Prüfverfahrens in Einzelfällen spürbar erhöhen könne.

Bezweifelt wird hingegen, dass der gestiegene Aufwand kausal auf die Einführung des SIEC-Tests zurückgeführt werden kann. Dass heute in der Fusionskontrolle ökonomischer und empirischer gearbeitet werde als in der Vergangenheit, habe in erster Linie mit der allgemeinen Hinwendung zum «More Economic Approach» im Wettbewerbsrecht zu tun. Der SIEC-Test, der die wettbewerblichen Auswirkungen von Fusionen ins Zentrum stellt, sei in diesem Sinn nur ein Instrument, um den «More Economic Approach» konsequent umzusetzen. Dies zeigt sich vor allem auch in Deutschland, wo die «Ökonomisierung» der Fusionskontrolle bereits unter dem Marktbeherrschungstest, also vor 2013, begann. Der Wechsel zum SIEC-Test hat diesen Trend nicht ausgelöst, sondern höchstens unterstützt und verstärkt.

Die meisten Experten führten weiter an, dass sich die Zunahme des Aufwands und der Komplexität in Fusionsverfahren eher auf Einzelfälle beschränke und dass umstrittene Fusionen auch in der Vergangenheit, d.h. unter dem Marktbeherrschungstest, grossen Aufwand verursachen konnten. Der Grossteil der gemeldeten Fusion werde nach wie vor routinemässig geprüft und verursache weder für die Behörde noch die Unternehmen wesentlich mehr Aufwand als früher. Zudem würden auch die zur Verfügung stehenden Ressourcen sowie die einzuhaltenden Fristen in der Fusionskontrolle dem möglichen Aufwand in Prüfverfahren Grenzen setzen.

Schliesslich wurde auch nach spezifischen Auswirkungen des Übergangs zum SIEC-Test auf die KMU gefragt. Gemäss den Experten löste diese Frage in keinem der betrachteten Länder vor, während oder nach dem Reformprozess eine nennenswerte Debatte aus. Grund dafür sei unter anderem, dass KMU die Umsatzschwellen, die eine Meldepflicht auslösen, typischerweise nicht erreichen und somit kaum in Fusionsverfahren involviert seien. Ein Experte fügte zudem an, dass der SIEC-Test von den KMU grundsätzlich positiv aufgenommen worden sei, da sich mit ihm die Konzentration auf den Zuliefer- und Absatzmärkten besser kontrollieren lasse.

Effizienzverteidigung ohne Biss?

Die Effizienzverteidigung wird in Belgien und Schweden als integraler Bestandteil des SIEC-Tests verstanden, während dies in Deutschland umstritten ist. Unabhängig davon wird jedoch von allen befragten Experten bestätigt, dass der Effizienzverteidigung in der Praxis bis anhin kaum je eine entscheidende Bedeutung zukam. Bis heute gab es in keinem der betrachteten Länder eine Fusion, die alleine aufgrund der Effizienzverteidigung zugelassen worden wäre. Vor allem die belgischen Experten machten jedoch darauf aufmerksam, dass der Effizienzverteidigung trotzdem eine wichtige Rolle zukomme, da heute in Prüfverfahren regelmässig über mögliche Effizienzen von Fusionen gesprochen werde. Auch wenn Effizienzbetrachtungen bis anhin nicht den Ausschlag für die Zulassung oder Untersagung von Fusionen gegeben haben, würden diese in die Gesamtbeurteilung einer Fusion miteinflussen und somit auch zu aus ökonomischer Sicht konsistenteren Entscheiden beitragen.

Organisatorische und personelle Anpassungen

Schliesslich wurden die ausländischen Experten dazu befragt, ob die Einführung des SIEC-Tests organisatorische oder personelle Massnahmen erfordert habe. Es stellte sich heraus, dass es in der letzten Dekade in allen drei Ländern zu Umstrukturierungen der Wettbewerbsbehörden und teilweise zur Neueinstellung von Ökonomen gekommen ist. Alle Experten stellten diese Entwicklung jedoch als eine generelle Folge des «More Economic Approach» dar und nicht als eine spezifische Reaktion auf die Einführung des SIEC-Tests. So richtete das Bundeskartellamt bereits Mitte der 2000er-Jahre ein Grundsatzreferat «Ökonomie» – es handelt sich um eine Art «Chief Economist Team» – ein, das die Beschlussabteilungen in ökonomischen Fragestellungen unterstützt und berät. Nicht zuletzt aufgrund der Einführung des SIEC-Tests wurde das Grundsatzreferat über die Zeit personell weiter aufgestockt.

Auch in Belgien wird seit geraumer Zeit verstärkt mit ökonomischen und empirischen Instrumenten gearbeitet. Um diesen Prozess zu unterstützen und zu begleiten, wurde ein «Chief Economist Team» gebildet, das heute aus drei Ökonomen besteht. Damit wurde sichergestellt, dass auch im Bereich der Fusionskontrolle das nötige ökonomische Know-how innerhalb der Behörde vorhanden ist. Mittels interner Seminare und Kurse wurden die Mitarbeiter zudem im Umgang mit dem neuen Prüfstandard geschult. In Schweden schliesslich gab es bis 2008 eine autonome Abteilung für Wirtschaftsanalysen. Mit der Einführung des SIEC-Tests wurde diese aufgelöst, wobei die Ökonomen direkt den einzelnen Departementen zugeteilt wurden. Vier Jahre später wurde dann das «Chief Economist Department» gegründet, was wiederum mehr mit der generellen Hinwendung zum «More Economic Approach» als mit dem SIEC-Test im Speziellen begründet wird. Ende 2016 beschäftigte die schwedische Wettbewerbsbehörde («Konkurrensverket») 179 Personen, was rund 140 Vollzeitäquivalenten entspricht. Davon sind knapp 20% Ökonomen. Auf externe Berater greift sie kaum noch zurück.

Weiter wurde darauf hingewiesen, dass neben der bestehenden Fallpraxis der EU auch die verschiedenen internationalen Foren, die einen Austausch bezüglich der länderspezifischen Erfahrungen erlauben, mitgeholfen hätten, organisatorische und personelle Anpassungen in Grenzen zu halten. Speziell erwähnt wurden in diesem Zusammenhang das *International Competition Network (ICN)*, das *European Competition Network (ECN)*³⁹ und das *Competition Committee* der OECD.

³⁹ Neben den regelmässigen Treffen der Chefökonominnen der einzelnen europäischen Wettbewerbsbehörden, die im Rahmen des ECN stattfinden, verfügt das ECN seit 2010 auch über eine spezifische «Merger Working Group».

6 Auswirkungen der Einführung eines SIEC-Tests in der Schweiz

6.1 Die Stärken und Schwächen der heutigen Fusionskontrolle

In den EU-Mitgliedstaaten, die in den letzten Jahren den SIEC-Test eingeführt haben, ist es kaum zu negativen Erfahrungen mit dem neuen Prüfstandard gekommen. Befürchtungen, dass es durch die Einführung des SIEC-Tests zu einer Erhöhung der Interventionsrate, des Aufwands, der Rechtsunsicherheit etc. kommen würde, haben sich grossmehrheitlich nicht bestätigt. Es stellt sich die Frage, ob diese Erfahrungen uneingeschränkt auf die Schweiz übertragbar sind. Immerhin ist es in der Schweiz – im Gegensatz zur EU und ihren Mitgliedstaaten – aufgrund der restriktiven Ausgestaltung des Marktbeherrschungstests bis heute kaum möglich eine Fusion zu untersagen. Infolgedessen sind die Auswirkungen einer Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz unter Umständen anders als im umliegenden Ausland.

Um dieser Frage nachzugehen, wurden strukturierte Gespräche mit sieben Schweizer Kartellrechtsspezialisten geführt. Berücksichtigt wurden namentlich Experten aus der akademischen Welt, aktuelle und ehemalige Mitglieder der WEKO, Kartellrechtsanwälte sowie ein Behördenvertreter.⁴⁰ Die Einschätzungen der befragten Experten bezüglich der möglichen Auswirkungen der Einführung eines SIEC-Tests in der Schweiz werden in den nachfolgenden Abschnitten dargestellt.

Geteilte Meinungen zur heutigen Fusionskontrolle

Zunächst wurden mit den Experten die allgemeinen Stärken und Schwächen der heutigen schweizerischen Fusionskontrolle diskutiert. Dabei zeigte sich eine gewisse Heterogenität in der Beurteilung. Vor allem von Anwaltsseite wurde die Meinung vertreten, dass das heutige Fusionskontrollregime im Grundsatz gut funktioniere. Als positiv wurden die klaren Fristen und Zeitpläne sowie die bestehende Transparenz des heutigen Verfahrens bezeichnet. Zudem wurden die hohen Aufgreifschwelle, die zu einer Fokussierung der Fusionskontrolle auf grosse Zusammenschlüsse führen, und die hohe Eingreifschwelle, die mit einer grosszügigen Genehmigungspraxis einhergehen, als Vorteile des heutigen Systems hervorgehoben. Im Zusammenhang mit den Fristen wurde jedoch auch angemerkt, dass diese in grossen Fusionsverfahren für die Behörde teilweise knapp sein können, um sich ein adäquates Bild der betroffenen Märkte zu verschaffen. Die restlichen Experten waren hingegen der Ansicht, dass die heutige Fusionskontrolle aufgrund der (prohibitiv) hohen Interventionschwellen im Grossen und Ganzen einen «Leerlauf» darstelle – eine effektive Strukturkontrolle gebe es unter dem heutigen Fusionskontrollregime nicht.

«Doppellücke» aufgrund der fehlenden Effizienzverteidigung

Weitgehend anerkannt wurde unter den Experten, dass in der Schweiz eine «Gesetzeslücke» in Bezug auf die Erfassung unilateraler Effekte besteht. Vier Experten waren zudem der Meinung, dass sogar von einer «Doppellücke» gesprochen werden müsse, da in der Schweiz nicht nur unilaterale Effekte nicht erfasst werden können, sondern zusätzlich eine eigentliche Effizienzverteidigung fehle. Zwar würde im Rahmen der Beurteilung von Fusionen auch heute schon

⁴⁰ Mehr Informationen zu den befragten Schweizer Experten sowie der Leitfaden für die geführten Gespräche finden sich in Anhang II.

oftmals über Effizienzen gesprochen, solche Überlegungen könnten dann aber letztlich nicht (prominent) in die schriftliche Begründung eines Entscheides einfließen, da dies im Kartellgesetz nicht vorgesehen sei. Insgesamt mache die Nichtberücksichtigung von Effizienzargumenten die ökonomische Begründung von Fusionsentscheiden, bzw. deren Kommunikation in der Öffentlichkeit, oftmals schwierig und könne im Extremfall sogar einen behördlichen Erklärungsnotstand bewirken.

Nur ein Experte vertrat die Ansicht, dass in der schweizerischen Fusionskontrolle keine «Lücken» bestehe. Diese Aussage bezog sich aber weniger auf die Möglichkeit des Bestehens einer theoretischen «Lücke» als auf deren Relevanz in der Praxis. Insbesondere forderte dieser Experte, dass – bevor eine Revision der Fusionskontrolle ins Auge gefasst werde – eine systematische Analyse durchgeführt werden sollte, um zu untersuchen, ob die schweizerische Fusionskontrolle bis anhin effektiv negative volkswirtschaftlichen Auswirkungen hatte.

«Ex-post Assessment»-Studien zu Fusionsentscheiden, wie sie etwa in der EU oder Grossbritannien verschiedentlich durchgeführt wurden, fehlen in der Schweiz tatsächlich weitgehend.⁴¹ Nicht zuletzt aus diesem Grund wurde allen Experten die Frage gestellt, ob es in der Vergangenheit Fusionen gab, die unter dem geltenden Marktbeherrschungstest zugelassen wurden, aus volkswirtschaftlicher Sicht aber eigentlich untersagt oder zumindest kritischer beurteilt hätten werden sollen. Die meisten Experten verwiesen dabei einerseits auf die bereits angesprochene, fusionsbedingte Konzentrationstendenz im Detailhandel (vgl. Abschnitt 3.4), die mehrheitlich als besorgniserregend beurteilt wird.

Andererseits wurden verschiedentlich auch die Fusionen im Bereich der Online-Suchplattformen genannt, wo in jüngster Vergangenheit auffallend oft eine marktbeherrschende Stellung, aber keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs festgestellt wurde. Gerade bei diesen Fusionen in der dynamischen, von disruptiven Innovationen geprägten digitalen Welt wurde aber deren volkswirtschaftliche Schädlichkeit wiederum von verschiedenen Experten angezweifelt. Mehr als einmal wurde überdies das Anfangs 2016 von der WEKO genehmigte Joint Venture *Admeira* zwischen der *SRG*, *Swisscom* und *Ringier* erwähnt. Hierbei bezogen sich die Bedenken jedoch nicht auf den angewandten Prüfstandard, sondern auf die ordnungspolitisch fragwürdige Expansion von staatlich kontrollierten Unternehmen in wettbewerbliche Märkte.

6.2 Übernahme des SIEC-Tests und allfälliger «Swiss Finish»

Die Experten wurden auch dazu befragt, ob sie die Übernahme des SIEC-Tests im Grundsatz begrüßen würden und – falls ja – ob Bedarf für Schweiz spezifische Anpassungen bestehe. Wiederum mit einer Ausnahme äusserten sich alle Experten positiv bezüglich eines Wechsels zum SIEC-Test. Dabei stand nicht nur das Motiv, dass unter dem SIEC-Test auch Fusionen, die unilaterale Effekte zeitigen, untersagt werden können, im Vordergrund. Genauso wichtig erschien vielen Experten, dass unter dem SIEC-Standard eine sachgerechtere Prüfung von Fusionen stattfinden könne, was zu konsistenteren und besser nachvollziehbaren Entscheiden führe.

⁴¹ Vgl. etwa PwC (2005) oder LEAR (2006).

Insellösungen sind unerwünscht

Gefragt wurden die Experten auch, ob im Rahmen einer Modernisierung der Fusionskontrolle anstatt des SIEC-Tests ein anderer Prüfstandard eingeführt werden sollte. In diesem Zusammenhang wurde verschiedentlich erwähnt, dass viele Probleme der heutigen Fusionskontrolle grundsätzlich schon mit einem Wechsel zu einem «einfachen» Marktbeherrschungstest, wie er vor der Einführung des SIEC-Tests etwa in der EU bestand, gelöst werden könnten.⁴² Praktisch alle Experten rieten aber von einer solchen «Insellösung» ab. Damit käme es nämlich zu keiner Harmonisierung mit dem Fusionskontrollrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten, was – neben den oben erwähnten Motiven – als einer der Hauptvorteile einer Einführung des SIEC-Tests gesehen wird. Zwischen den Experten besteht auch Konsens darüber, dass im Fall der Einführung des SIEC-Tests auf einen «Swiss Finish» verzichtet werden sollte. Nur so könne man künftig auf die bestehende ökonomische und rechtliche Literatur zum SIEC-Test zurückgreifen sowie von der europäischen Fallpraxis und den Erfahrungen anderer Wettbewerbsbehörden vollumfänglich profitieren.

Einzig in Bezug auf den im Rahmen der Effizienzverteidigung zur Anwendung kommenden Wohlfahrtsstandard bestanden gewisse Sympathien für einen «Swiss Finish». Insbesondere erschien verschiedenen Experten die in der EU-Fusionskontrolle vorgesehene Fokussierung auf das Konsumentenwohl⁴³ als zu eng, da dieses – im Gegensatz zu einem Gesamtwohlfahrtsstandard – nicht den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen einer Fusion Rechnung trägt. Letztlich vertrat aber trotzdem die Mehrheit der Experten die Meinung, dass eine Orientierung am in der EU verwendeten Konsumentenstandard aus Gründen der Harmonisierung sinnvoll sei.

Ein Experte machte schliesslich darauf aufmerksam, dass allenfalls ein terminologischer «Swiss Finish» in Betracht gezogen werden könnte: «Significant Impediment to Effective Competition» wird nämlich mit «erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs» übersetzt. Die Bedeutung des Wortes «erheblich» ist im schweizerischen Kartellrecht aber seit langem stark umstritten. So hat das Bundesgericht in einem im Juni 2017 veröffentlichten Leiturteil festgehalten, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen, bei denen die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ungeachtet ihrer tatsächlichen Auswirkungen als grundsätzlich «erheblich» gelten.⁴⁴ Eine solche Interpretation der Erheblichkeit im Rahmen des SIEC-Tests würde diesen jedoch ad absurdum führen. Die Essenz des SIEC-Tests ist eben gerade, dass dieser auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Fusion fokussiert. Es könnte deshalb sinnvoll sein, im Zusammenhang mit dem SIEC-Test in der Schweiz auf den Begriff «erheblich» zu verzichten bzw. diesen durch einen unbelasteten Begriff wie beispielsweise «wesentlich» zu ersetzen. Um allfällige Diskussionen über die Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit zu vermeiden, müsste der Gesetzgeber auf jeden Fall in den Materialien klar festhalten, dass damit dasselbe wie in der EU gemeint ist.

⁴² Eine solche Variante wurde bereits von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008) diskutiert. Konkret würde die Einführung eines «einfachen» Marktbeherrschungstests bedeuten, dass in Art. 10 Abs. 2 KG der Nebensatz «durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann» gestrichen oder neuformuliert wird.

⁴³ Vgl. zur Effizienzverteidigung in der EU die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt 4.2 sowie die Definition des Verbrauchers in Fussnote 34.

⁴⁴ Vgl. Fussnote 25.

6.3 Erwartete Auswirkungen eines Regimewechsels

Weitgehend einig waren sich die befragten Experten darüber, dass die Interventionsrate in der Fusionskontrolle nach einem Wechsel zum SIEC-Test tendenziell ansteigen würde: Sie rechnen einerseits mit mehr Untersagungen von Fusionen und andererseits mit mehr Auflagen und Bedingungen. Gegeben die heutigen, äusserst beschränkten Interventionsmöglichkeiten in der Fusionskontrolle, ist diese Einschätzung naheliegend. Einigkeit herrschte aber auch darüber, dass die Interventionsrate – wie dies auch in anderen europäischen Ländern der Fall war – höchstens in geringem Mass ansteigen würde. Dass unter einem SIEC-Test systematisch andere Fusionen als heute (vertieft) geprüft würden, erwartet hingegen keiner der Experten. Schliesslich gehen die meisten Experten auch nicht davon aus, dass die Einführung des SIEC-Tests systematische Auswirkungen auf die Beurteilung von nicht-horizontalen Fusionen hätte. Diese Einschätzung stimmt weitgehend mit derjenigen der ausländischen Experten überein.

SIEC-Test löst keine «Kostenlawine» aus

Die Frage, ob unter einem SIEC-Test die Fusionsverfahren generell aufwändiger und komplexer würden, wurde von allen Experten im Grundsatz bejaht. Eine eigentliche «Kostenlawine» prognostizierte aber niemand. Einerseits wurde darauf hingewiesen, dass der Aufwand vor allem in einer Anfangs- und Übergangsphase, höher ausfallen dürfte bis sich das neue Regime etabliert hat. Wie lange diese Übergangsphase andauert und in welchem Umfang sich die Kosten erhöhen, hänge letztlich jedoch stark von der konkreten praktischen Umsetzung des SIEC-Tests ab. Andererseits wurde die Meinung vertreten, dass auch in der langen Frist nur in Einzelfällen mit markant höherem Aufwand zu rechnen ist. Schliesslich wurden auch die begrenzten Fristen in der Fusionskontrolle erwähnt, die dem möglichen Prüfaufwand Grenzen setzen. Dies zumindest, solange unter dem neuen Regime nicht extensiv mit einem «Pre Notification»-System gearbeitet würde, wie das heute in der EU der Fall ist.⁴⁵

Gefragt wurde auch nach möglichen Kosteneinsparungen, die aus der Einführung des SIEC-Tests resultieren könnten. In diesem Zusammenhang wurde verschiedentlich erwähnt, dass es allenfalls bei internationalen Fusionen zu Vereinfachungen im Prüfverfahren kommen könnte. Das Sparpotenzial wird aber als eher gering eingeschätzt. Mit Blick auf die KMU werden so dann grundsätzlich keine Veränderungen erwartet, da diese aufgrund der hohen Aufgreifschwelle (vgl. Kapitel 7) de facto von der Schweizer Fusionskontrolle ausgenommen sind. Dies könnte sich höchstens ändern, falls parallel zur Einführung des SIEC-Tests auch die Aufgreifschwelle massiv gesenkt würden. Von einem solchen Schritt raten die Experten jedoch ab.⁴⁶ Mehr als einmal wurde ferner die Meinung geäussert, dass es gerade die KMU sind, die potenziell besonders von der Einführung eines SIEC-Tests profitieren könnten: Mit dem SIEC-Standard lasse sich nämlich wettbewerblich bedenklichen Konzentrationstendenzen auf Zuliefer- und Absatzmärkten von KMU besser entgegenreten.

⁴⁵ In der EU ist es heute gängige Praxis, dass die Parteien schon vor der offiziellen Meldung einer Fusion mit der Wettbewerbsbehörde, der *DG Comp*, in Kontakt treten, um den Entwurf der Meldung und allfällige Fragen zu diskutieren. Für komplexe Transaktionen kann diese «Pre Notification»-Phase länger als ein halbes Jahr dauern.

⁴⁶ Vgl. die Ausführungen in Abschnitt 7.2.

Zumutbarer Verlust an Rechtssicherheit

Die ausländischen Experten gaben mehrheitlich zu Protokoll, dass sich die Rechtssicherheit in ihren Ländern durch die Einführung des SIEC-Tests nicht spürbar verringert habe. Die Schweizer Experten äusserten sich zu diesem Thema etwas skeptischer. Sie gehen fast unisono davon aus, dass sich die Rechtssicherheit verringern wird. Dies lässt sich unter anderem damit erklären, dass in der Schweizer Fusionskontrolle bis anhin eine sehr hohe Rechtssicherheit bestand, da aufgrund der im europäischen Kontext einzigartig hohen Eingriffsschwellen faktisch keine Zusammenschlüsse untersagt wurden.⁴⁷ Dennoch, von vielen Experten wurde ein möglicher Verlust an Rechtssicherheit sogleich wieder relativiert. Insbesondere wurde betont, dass sich ein solcher Verlust an Rechtssicherheit hauptsächlich auf eine Anfangs- und Übergangsphase beschränken dürfte. Zudem wurde ein allfälliger Verlust an Rechtssicherheit der Möglichkeit gegenübergestellt, langfristig ökonomisch konsistente und besser begründbare Entscheide zu erhalten.

Zu einer solchen ökonomisch konsistenteren Beurteilung sollte auch die im SIEC-Test enthaltene Effizienzverteidigung beitragen, die als Gegenstück zur Senkung der Interventionschwelle bezeichnet wurde. Zwar machten einige Experten darauf aufmerksam, dass auch heute schon Effizienzüberlegungen in die Prüfverfahren einfließen. Die meisten Experten vertraten jedoch die Ansicht, dass die Erfassung von Effizienzgründen bis anhin nicht systematisch genug sei, weil sie nicht integraler Bestandteil des Prüfschemas ist. Genau die systematische Erfassung und Thematisierung von Effizienzgründen unter dem SIEC-Test könne aber in der Praxis einen Unterschied ausmachen. Voraussetzung dafür sei aber, dass die Fusionsparteien mögliche Effizienzgründe einbringen und die Wettbewerbsbehörde diese seriös prüft.

Die Umsetzung des SIEC-Tests ist der Wettbewerbsbehörde zuzutrauen

Einigkeit herrscht unter den Experten also darüber, dass die Fusionskontrolle durch einen Wechsel zum SIEC-Test ökonomischer würde. Dies – und auch bezüglich dieser Frage waren sich die Experten einig – bedinge, dass das Sekretariat der WEKO in der Fusionskontrolle vermehrt auf ökonomische und empirische Instrumente zurückgreifen würde. Die Anwendung ökonomischer Methoden (etwa Simulationen oder «Upward Pricing Pressure»- und «Critical Loss»-Analysen) würde sich aber erwartungsgemäss auf Einzelfälle beschränken. Von einer Anwendung solcher Instrumente in der Breite müsse nicht ausgegangen werden. Im Grundsatz bestehen auch keine Bedenken, dass das Sekretariat der WEKO in der Lage wäre, eine Fusion nach dem SIEC-Standard zu beurteilen. Nur ein Experte meldete in diesem Zusammenhang Zweifel an. Einige Experten sagten zudem aus, dass innerhalb der Wettbewerbsbehörde Lernprozesse nötig wären.

Eine Notwendigkeit für grössere organisatorische oder personelle Anpassungen aufgrund einer Einführung des SIEC-Tests sahen die Experten jedoch nicht. Angesprochen wurde die Möglichkeit der Bildung eines Kernteams «Fusionen» innerhalb des Sekretariats, was zu einer möglichst reibungslosen Einführung des SIEC-Tests beitragen und vor allem auch die Kohärenz der Entscheide in der Übergangsphase sicherstellen könnte. Drei Experten äusserten zudem die Ansicht, dass das Sekretariat der WEKO allenfalls personell aufgestockt werden müsste. Die restlichen Experten gehen hingegen davon aus, dass das Sekretariat der WEKO mit den heutigen

⁴⁷ In diesem Sinn: Am höchsten ist die Rechtssicherheit, wenn gar keine Fusionskontrolle besteht.

personellen Ressourcen den SIEC-Test umsetzen könnte. Nur falls parallel zum Übergang zum SIEC-Test auch die Aufgreifschwelle gesenkt würden, was eine entsprechende Erhöhung der Anzahl der Fusionsmeldungen nach sich ziehen würde, bräuchte das Sekretariat der WEKO möglicherweise mehr Personal.

Kosten und Nutzen einer strikteren Fusionskontrolle

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Experten die Meinung vertreten, dass die Einführung des SIEC-Tests mit einer leicht höheren Interventionsrate einhergehen würde. Dafür wäre es in Zukunft möglich, Fusionen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, die insbesondere zu Preiserhöhungen für die Abnehmer führen, zu verhindern. Damit könnte die Fusionskontrolle nicht zuletzt einen Beitrag im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz leisten. Von einem Wechsel zum SIEC-Test würden zudem auch die KMU profitieren, da sich mit einer strikteren Strukturkontrolle Abhängigkeiten auf Zuliefer- und Absatzmärkten besser vermeiden lassen. Kaum quantifizierbar, deswegen jedoch nicht minder wichtig, ist die Möglichkeit unter einem SIEC-Test ökonomisch konsistentere und besser begründbare Entscheide zu fällen.

Einigkeit herrscht unter den Experten ferner darüber, dass unter einem SIEC-Test der Aufwand für Behörde und Unternehmen – vor allem in der Einführungs- und Übergangsphase – etwas zunehmen würde. Sollten jedoch gleichzeitig zur Einführung des SIEC-Tests die im nachfolgenden Kapitel 7 thematisierten Anpassungen im Bereich des Melde- und Prüfverfahrens umgesetzt werden (Abschaffung oder Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG, erleichterte Meldepflicht für EWR-weite Fusionen, Fristenangleichung und -verlängerung), stünden dem prognostizierten Mehraufwand letztlich auch konkrete Kosteneinsparungen gegenüber.

7 Aufgreifkriterien und Meldepflicht

7.1 Die Ausgestaltung der Aufgreifkriterien in der EU

Die Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle sollten möglichst so ausgestaltet sein, dass fusionswillige Unternehmen ohne grosse Probleme abschätzen können, ob eine Meldepflicht besteht oder nicht. Aus diesem Grund werden in den meisten Ländern Umsatzschwellen als Aufgreifkriterien verwendet, denn der Umsatz ist eine unternehmensintern bekannte, leicht eruiertbare Grösse. Gemäss dem ICN (2008) sollte hingegen von Aufgreifkriterien, die nicht objektiv bestimmt werden können – etwa Marktanteilen –, abgesehen werden. Zudem sollten die Aufgreifkriterien so ausgestaltet werden, dass in erster Linie eine Meldepflicht für Fusionen mit klarem Bezug zum Inland resultiert. In der Praxis werden diese Empfehlungen – auch in der Schweiz (vgl. Abschnitt 3.1) – typischerweise mittels einer Kombination der folgenden drei Typen von Umsatzschwellen umgesetzt:

- **Umsatzschwelle 1:** Grenzbetrag für den kumulierten Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen.
- **Umsatzschwelle 2:** Grenzbetrag für den kumulierten inländischen Umsatz der beteiligten Unternehmen.
- **Umsatzschwelle 3:** Grenzbetrag für individuelle inländische Umsätze für eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen.

Mit den ersten beiden Umsatzschwellen soll sichergestellt werden, dass nur für Fusionen von Bedeutung (gemessen am kumulierter Gesamtumsatz) und mit klarem nationalem Bezug (gemessen am kumulierten inländischen Umsatz) eine Meldepflicht besteht. In vielen Fusionskontrollregimen genügt das Erreichen einer der beiden Umsatzschwellen, um die Meldepflicht auszulösen. Mit der dritten Umsatzschwelle soll gewährleistet werden, dass die Meldepflicht entfällt, wenn ein inländisches ein ausländisches Unternehmen mit beschränkter Aktivität im Inland aufkauft.

Je nach Land werden diese Umsatzschwellen durch weitere Aufgreifkriterien ergänzt. Diese können einzelne Sektoren – wie den Finanz- oder Mediensektor – betreffen oder aber auch genereller Natur sein. Ein Beispiel für eine generelle Norm ist die im schweizerischen Kartellgesetz formulierte Meldepflicht für Unternehmen, bei denen in einem kartellrechtlichen Verfahren eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde. In Grossbritannien besteht hingegen auch eine Meldepflicht, wenn die fusionierenden Parteien mehr als 25% des inländischen Angebots kontrollieren (sogenannter «Share of Supply Test»). Auch in Lettland und Portugal bestehen alternative Aufgreifkriterien: Fusionierende Unternehmen sind meldepflichtig, falls der aggregierte Marktanteil im relevanten Markt 40% bzw. 50% überschreitet.

Umsatzschwellen in den EU und EFTA-Mitgliedstaaten

In Tabelle 5 werden die Aufgreifkriterien der einzelnen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten dargestellt. Insbesondere wird aufgezeigt, welches Land welche Umsatzschwellen verwendet und wie deren konkrete Höhe festgelegt ist. Die entsprechenden Werte sind in Euro angegeben und beziehen sich auf die Umsätze der Unternehmen im letzten Geschäftsjahr. Für die Umrechnung

der Schwellenwerte von Ländern ausserhalb der Eurozone wurde der durchschnittliche Wechselkurs des Jahres 2016 verwendet.⁴⁸ Sofern in der Kommentarspalte nichts anderes vermerkt ist, gilt für die *Umsatzschwelle 3*, dass mindestens zwei der beteiligten Parteien den angegebenen Umsatz innerhalb des betrachteten Landes erreichen müssen.

Tabelle 5: Schwellenwerte in den EU- und EFTA-Mitgliedstaaten in Mio. EUR

Land	Umsatzschwelle 1	Umsatzschwelle 2	Umsatzschwelle 3	Kommentar
Belgien	100	--	40	--
Bulgarien	--	12.7	1.5	Umsatzschwelle 3: Entweder haben mind. zwei Parteien einen Umsatz von EUR 1.5 Mio. in Bulgarien oder das Zielunternehmen erwirtschaftet einen Umsatz von mind. EUR 1.5 Mio. in Bulgarien.
Dänemark	--	120.9	13.4	Alternativ: Meldepflicht besteht, wenn mind. eine Partei einen inländischen Umsatz von über EUR 510 Mio. und eine weitere Partei einen weltweiten Umsatz von über EUR 510 Mio. aufweist.
Deutschland	500	--	25	Umsatzschwelle 3: Zusätzlich muss mind. eine weitere Partei einen Umsatz von mehr als EUR 5 Mio. im Inland erreichen. Alternativ besteht eine Meldepflicht, falls der Transaktionswert von EUR 400 Mio. überschritten wird.
Estland	--	6	2	--
EU	5000	--	250	Die EU ist nur für Fusionen zuständig, die eine EU-weite Dimension aufweisen. Insbesondere wenn jedes beteiligte Unternehmen mehr als zwei Drittel seines EU-weiten Umsatzes in einem Mitgliedstaat erzielt, ist dieser für die Prüfung zuständig («Two Thirds Rule»).
Finnland	350	--	20	--
Frankreich	150	--	50	--
Griechenland	150	--	15	--
Grossbritannien	--	85.7	--	Alternativ: Der Marktanteil an einem in Grossbritannien vertriebenen Gut beträgt mehr als 25% («Share of Supply Test»).
Irland	--	50	3	--
Island	--	14.9	1.5	Alternativ: Besteht der Verdacht, dass die fusionierenden Unternehmen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, kann die Kommission eine Untersuchung einleiten. Voraussetzung dafür ist, dass der kumulierte inländische Umsatz mind. EUR 7.5 Mio. beträgt.
Italien	--	495	50	Umsatzschwelle 3: Relevant ist nur der Umsatz des Zielunternehmens.

⁴⁸ Für die Umrechnung wurden folgenden Wechselkurse verwendet: BGN/EUR = 0.509; DKK/EUR = 0.134; GBP/EUR = 1.225; HRK/EUR = 0.132; ISK/EUR = 0.00747; NOK/EUR = 0.108; SEK/EUR = 0.106; CHF/EUR = 0.917; CZK/EUR = 0.037; HUF/EUR = 0.003.

Kroatien	132.3	--	13.2	Zusätzlich: Mindestens eine Partei muss ihren Sitz oder eine Tochtergesellschaft in Kroatien haben.
Lettland	--	35.6	2.1	Alternativ: Der gemeinsame Marktanteil der Parteien im relevanten Markt beträgt mehr als 40% und jede Partei erwirtschaftet einen Umsatz von mindestens EUR 2.1 Mio. in Lettland.
Litauen	14.5		1.4	Der Grenzbetrag von EUR 14.5 Mio. setzt sich aus Elementen der Umsatzschwellen 1 und 2 zusammen: Gesamtumsatz der inländischen Parteien plus inländischer Umsatz der ausländischen Parteien.
Malta	--	2.3	--	Zusätzlich: Jede Partei muss einen inländischen Umsatz von mindestens 10% des gemeinsamen Gesamtumsatzes aufweisen.
Niederlande	150	--	30	--
Norwegen	--	107.5	10.8	--
Österreich	300	30	--	Zusätzlich: Mind. zwei Parteien erwirtschaften einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 5 Mio.
Polen	1000	50	--	Zusätzlich: «De minimis»-Klausel, die die Meldepflicht aufhebt.
Portugal	--	100	5	Alternativ: Meldepflicht besteht, falls (1) der aggregierte Marktanteil im relevanten Markt 50% überschreitet oder (2) zwischen 30 und 50% zu liegen kommt und mind. zwei Parteien einen inländischen Umsatz von mehr als EUR 5 Mio. erzielen.
Rumänien	10	--	4	--
Schweden	--	105.6	21.1	--
Schweiz	1834.6 (CHF 2000)	458.6 (CHF 500)	91.7 (CHF 100)	Alternativ: Meldepflicht besteht, falls in einem kartellrechtlichen Verfahren für eine beteiligte Partei eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde.
Slowakei	--	46	14	Alternativ: Mind. eine Partei erzielt einen Umsatz von EUR 14 Mio. in der Slowakei und mind. eine Partei erzielt einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 46 Mio.
Slowenien	--	35	1	Umsatzschwelle 3: Bezieht sich nur auf das Zielunternehmen.
Spanien	--	240	60	Alternativ: Meldepflicht besteht, falls der gemeinsame Marktanteil 30% übertrifft oder das Zielunternehmen über einen Marktanteil von mehr als 30% verfügt.
Tschechien	--	55.5	9.2	Alternativ: Mind. eine Partei erzielt einen Umsatz von mehr als EUR 55 Mio. in Tschechien und mind. eine Partei erwirtschaftet einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 55 Mio.
Ungarn	48.1		1.6	Der Grenzbetrag von EUR 48.1 Mio. setzt sich aus Elementen der Umsatzschwelle 1 und 2 zusammen: Gesamtumsatz der inländischen Parteien plus inländischer Umsatz der ausländischen Parteien. Bei der Umsatzschwelle

			3 gelten zudem für inländische Unternehmen die weltweiten Umsätze.
Zypern	--	3.5	-- Zusätzlich: Meldepflicht besteht, falls mind. zwei Parteien einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 3.5 Mio. aufweisen und mind. zwei Parteien Umsatz in Zypern generieren. Überdies kann der Minister eine Meldepflicht auslösen, wenn er eine Fusion als von grosser Bedeutung einstuft.

Quelle: Slaughter und May (2016)

Wie aus Tabelle 5 ersichtlich ist, kennen alle EU- und EFTA-Mitgliedstaaten – in der einen oder anderen Form – Umsatzschwellen als Aufgreifkriterien in ihrer Fusionskontrolle. Die einzelnen Grenzbeträge sind dabei höchst unterschiedlich und können sich zwischen den Ländern um mehr als Faktor 100 unterscheiden. Auffallend ist, dass in vielen osteuropäischen Ländern bereits vergleichsweise tiefe Umsätze (meist deutlich unter EUR 100 Mio.) eine Meldepflicht auslösen können.

Für die Schweiz scheint deshalb primär ein Vergleich mit westeuropäischen Ländern, die deutlich höhere Schwellenwerte kennen, sinnvoll: Diejenigen Länder, die einen Grenzbetrag bezüglich des kumulierten Gesamtumsatzes kennen (*Umsatzschwelle 1*), setzen diesen in der Regel zwischen EUR 100 und 500 Mio. fest. Die grosse Ausnahme stellt die Schweiz dar, die mit einem Betrag von etwa EUR 1800 Mio. eine klar grosszügigere Umsatzschwelle 1 gewählt hat. Auch der Grenzbetrag für den kumulierten inländischen Umsatz (*Umsatzschwelle 2*) fällt in der Schweiz mit rund EUR 450 Mio. deutlich höher aus als im umliegenden Ausland. In Europa kennt nur Italien mit EUR 495 Mio. eine noch höhere Umsatzschwelle 2. Das Bild permissiver Schwellenwerte wird schliesslich auch von dem in der Schweiz geltenden Grenzbetrag für individuelle inländische Umsätze (*Umsatzschwelle 3*) bestätigt. Wiederum kennt kein anderes europäisches Land einen höheren Grenzbetrag als die hierzulande zur Anwendung kommenden EUR 91 Mio. Verglichen mit dem Durchschnitt, sind die Schweizer Umsatzschwellen um einen Faktor von ca. 4 höher angesetzt als in den anderen westeuropäischen Ländern und somit äusserst grosszügig.

7.2 Beschränkter Reformbedarf der Aufgreifkriterien

Auch Länder wie Schweden, Dänemark oder Belgien, die aufgrund ihrer Einwohnerzahl und Wirtschaftskraft gut mit der Schweiz vergleichbar sind, setzen ihre Umsatzschwellen in der Fusionskontrolle deutlich tiefer an als die Schweiz (vgl. Tabelle 5). Kann dies als Anzeichen gewertet werden, dass in der Schweiz die Umsatzschwellen zu hoch liegen und gesenkt werden sollten? Klar festzuhalten gilt es in diesem Zusammenhang vorab, dass es nur Sinn hat über eine Ausweitung der Meldepflicht nachzudenken, wenn auch der Prüfstandard verschärft wird. Andernfalls würden sich lediglich die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und damit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörde erhöhen, ohne dass anti-kompetitiven Wirkungen von Fusionen besser Rechnung getragen werden könnte.

Als konkrete Auswirkung der hohen Schwellenwerte wird verschiedentlich die Befürchtung geäussert, dass in einem kleinen Land wie der Schweiz ein «No or Double Control»-Problem

bestehen könnte.⁴⁹ Damit ist einerseits gemeint, dass aufgrund der hohen Umsatzschwellen für die allermeisten Fusionen keine Meldepflicht besteht, obwohl gerade im Binnenmarkt auch kleinere Fusionen signifikante wettbewerbliche Auswirkungen haben könnten. Mit dem «Double Control»-Problem wird andererseits der Umstand angesprochen, dass in der Schweiz nur sehr grosse Fusionen meldepflichtig sind, die typischerweise eine internationale Dimension aufweisen. Solche Fusionen lösen regelmässig auch in der EU eine Meldepflicht aus und werden von der EU-Kommission oder anderen europäischen Wettbewerbsbehörden geprüft. Dies könnte zu einer ineffizienten Duplizierung des Prüfungsprozesses führen.

Begrenzte Relevanz des «No Control»-Problems

Eine offensichtliche Lösung für das «No Control»-Problem ist, die Schwellenwerte in der Schweiz zu senken. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein allzu striktes Melderegime die administrative und finanzielle Last der Unternehmen sowie der Wettbewerbsbehörde übermässig erhöhen und im Extremfall sogar an sich effiziente Fusionen verhindern kann (sogenannter «Chilling Effect»). Zudem kann mit der Anzahl geprüfter Fusionen auch die Wahrscheinlichkeit von Fehlentscheiden der Wettbewerbsbehörde steigen. Besonders wenn aus volkswirtschaftlicher Sicht effiziente Fusionen fälschlicherweise verhindert werden, führt dies zu gesellschaftlichen Wohlfahrtsverlusten.

Im internationalen Vergleich sind heute viele Länder eher bestrebt, die Anzahl der meldepflichtigen Fusionen einzugrenzen. So wurden beispielsweise die Umsatzschwellen in Belgien im Rahmen der Revision der Fusionskontrolle 2006 erhöht. In Portugal verfolgte die Revision der Fusionskontrolle 2012 unter anderem das gleiche Ziel und auch in Ungarn wurde zu Beginn dieses Jahres der Schwellenwert für die individuellen inländischen Mindestumsätze (*Umsatzschwelle 1*) verdoppelt. Nicht angepasst wurden hingegen die Umsatzschwellen der italienischen Fusionskontrolle anlässlich einer Revision im Jahr 2013, obwohl die Verringerung der Anzahl Fusionsmeldungen als explizites Ziel genannt wurde.

Aus den ausländischen Bestrebungen die Anzahl meldepflichtiger Fusionen zu reduzieren, lässt sich aber nicht schliessen, dass für die Schweiz mit ihren hohen Umsatzschwellen eine Absenkung der Grenzbeträge nicht in Frage kommen würde. Inwiefern dies sinnvoll wäre, hängt letztlich aber davon ab, ob in einem strikteren Melderegime tatsächlich eine grössere Anzahl potenziell problematischer Fusionen im Auffangnetz der Wettbewerbsbehörde hängenbleiben würde. Gegeben, dass über die wettbewerblichen Auswirkungen von kleineren Fusionen – gerade weil sie eben nicht meldepflichtig sind – kaum Kenntnisse bestehen, kann nicht abschliessend abgeschätzt werden, ob dies effektiv der Fall wäre.

Immerhin gibt es für die Schweiz Hinweise, dass sich der Anteil nicht-meldepflichtiger Fusionen mit unerwünschten wettbewerblichen Auswirkungen in engen Grenzen hält. So gelangen Karagök und Rutz (2014) aufgrund einer Analyse von beinahe 2500 horizontalen Fusionen (vgl. hierzu Abschnitt 2.3) zur Einschätzung, dass es fast ausschliesslich grosse Fusionen sind, die zu möglicherweise problematischen Marktkonzentrationen führen. Auch im Schweizer Binnenmarkt, der aufgrund seiner beschränkten Grösse oftmals oligopolistische Strukturen aufweist, sind es deshalb nicht primär die Fusionen zwischen kleineren Unternehmen, die wettbewerbli-

⁴⁹ Vgl. hierzu etwa Stoffel (2007) oder Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008).

che Bedenken auslösen, sondern die «Megadeals». Dies spricht eher gegen die praktische Relevanz des «No Control»-Problems und lässt auf einen geringen Reformbedarf bezüglich der Umsatzschwellen in der Schweizer Fusionskontrolle schliessen.

Diese Einschätzung wird weitgehend auch von den Experten geteilt: Fünf von sieben der zu diesem Thema befragten Schweizer Experten (vgl. Anhang II) sahen keinen Bedarf, die Umsatzschwellen zu senken. Nur ein Experte sprach sich für eine generelle Senkung der Umsatzschwellen aus, während ein weiterer Experte vorschlug, die Grenzbeträge in einer Weise anzupassen, dass vermehrt rein binnenmarktliche Fusionen von der Meldepflicht erfasst würden. Letztlich handelt es sich bei den heute in der Schweiz geltenden Umsatzschwellen weitgehend um Beträge, die anlässlich der Einführung des Kartellgesetzes ohne vertiefte Analysen festgelegt wurden. Sollte im Bereich der Umsatzschwellen – entgegen der allgemeinen Einschätzung der Experten – Reformbedarf gesehen werden, ist deshalb zu empfehlen, vorgängig einen Diskurs um die adäquate Festsetzung der Umsatzschwellen zu führen.

Art. 9 Abs. 4 KG – ein europäisches Unikum

Mit dem Aufgreifkriterium in Art. 9 Abs. 4 KG, das eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Unternehmen formuliert, bei denen in einem kartellrechtlichen Verfahren eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, hat der Gesetzgeber ein gewisses Korrektiv für die hohen Umsatzschwellen angestrebt. Dass dieses Aufgreifkriterium keinesfalls toter Buchstabe ist, zeigt die Fusionsstatistik in Abbildung 4: Insgesamt waren bis Ende 2016 über 60 Fusionen aufgrund dieser Vorschrift meldepflichtig. Auch die in Abschnitt 3.4 angesprochene Fusion *JobCloud/JobScout24* (RPW 2015/3), konnte von der WEKO nur aufgrund der Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG aufgegriffen und vertieft geprüft werden. Nicht auszuschliessen ist ferner, dass der Gesetzesartikel präventiv wirkt und in der Vergangenheit marktbeherrschende Unternehmen von Fusionen abgehalten hat. Sofern es sich hierbei um problematische Fusionen handelt, ist diese Wirkung erwünscht. Falls durch die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 jedoch effiziente Fusionen verhindert werden, handelt es sich typischerweise um einen unerwünschten «Chilling Effect».

Ob Art. 9 Abs. 4 KG eine Erfolgsgeschichte ist, ist umstritten: Wie bereits in Abschnitt 3.2 erwähnt, hat die Vorschrift seit 1998 nur gerade in drei Fällen dazu geführt, dass eine vertiefte Prüfung eingeleitet wurde, was aus verfahrensökonomischer Sicht Zweifel an der Zweckmässigkeit einer generellen Meldepflicht für marktbeherrschende Unternehmen aufkommen lässt. Diese niedrige Quote ist unter anderem damit erklärbar, dass die von Art. 9 Abs. 4 KG erfassten marktbeherrschenden Unternehmen vielfach Klein- und Kleinstbetriebe aufkaufen, was zu keinen spürbaren wettbewerblichen Veränderungen auf den betroffenen Märkten führt.⁵⁰ Gemäss Experten aus der Anwaltschaft können Unternehmen, die der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG unterliegen, zudem in Übernahmeverfahren erhebliche Nachteile erwachsen. So gehe der Zuschlag bei gleichwertigen Offerten tendenziell eher an Unternehmen, die keiner Meldepflicht unterliegen, da damit ein allenfalls langwieriges Prüfverfahren umgangen und das Risiko einer Untersagung der Transaktion ausgeschlossen werden können.

Problematisch an Art. 9 Abs. 4 KG sei überdies, dass die Meldepflicht nicht nur für Fusionen besteht, die den Markt betreffen auf dem für ein Unternehmen eine beherrschende Stellung

⁵⁰ Nicht auszuschliessen ist natürlich, dass die Bilanz mit einem weniger restriktiven Eingriffskriterium, etwa einem «herkömmlichen» Marktbeherrschungstest oder einem SIEC-Test, anders ausgefallen wäre.

festgestellt wurde. Ebenso wird eine Meldepflicht ausgelöst, wenn eine Fusion einen diesem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft. Gerade diese Regelung sei für viele unnötige Fusionsmeldungen verantwortlich. So hat die Wettbewerbsbehörde bei der Einschätzung, ob eine Fusion einen vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt betrifft, einen gewissen Ermessensspielraum. Will ein Art. 9 Abs. 4 KG unterstelltes Unternehmen vermeiden, gegen die Meldepflicht zu verstossen – was Sanktionen in Millionenhöhe nach sich ziehen kann –, ist es faktisch gezwungen, jede Fusion der Wettbewerbsbehörde zu melden.

Gegeben die bis heute mit Art. 9 Abs. 4 KG gesammelten Erfahrungen, könnte diese in Europa einzigartige Regelung wohl ohne Schaden gestrichen und damit unnötige Fusionsmeldungen verhindert werden. Im Rahmen der Expertengespräche sprach sich denn auch niemand für die Beibehaltung von Art. 9 Abs. 4 KG in der heutigen Form aus. Mit einer Ausnahme plädierten alle Experten für die ersatzlose Streichung des entsprechenden Gesetzesartikels. Um die Anzahl durch Art. 9 Abs. 4 KG verursachter Fusionsmeldungen zumindest zu reduzieren, bestünde alternativ die Möglichkeit, den Artikel um eine inländische Umsatzschwelle für das Zielunternehmen zu ergänzen. Diese könnte beispielsweise im Bereich von CHF 30-50 Mio. angesetzt werden. Auf Nachfrage bezeichnete etwa die Hälfte der Experten eine solche Regelung als mögliche Alternative zum heutigen Art. 9 Abs. 4 KG. Um die gemeinhin geforderte Objektivität von Aufgreifkriterien zu gewährleisten, könnte zudem in Betracht gezogen werden, den Passus bezüglich der vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten in Art. 9 Abs. 4 KG zu streichen.

Kein Vermutungstatbestand für nicht-meldepflichtige Fusionen

Zur Adressierung des «No Control»-Problems diskutierte die Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008) in ihrem Bericht eine weitere Alternative: die Einführung eines Vermutungstatbestands. Damit würde für die Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit geschaffen, nicht-meldepflichtige Fusionen gezielt aufzugreifen. Ein solches Regime besteht heute etwa in den USA, wo auch Fusionen, die die Umsatzschwellen nicht überschreiten, durch die Wettbewerbsbehörden geprüft werden können. Konkret würde also die Vermutung gelten, dass nicht-meldepflichtige Fusionen wettbewerbslich unbedenklich sind. Der Wettbewerbsbehörde wäre es aber erlaubt, problematisch erscheinende Fusionen aufzugreifen und die Vermutung gegebenenfalls zu widerlegen.

Auch wenn dieser Vorschlag auf den ersten Blick attraktiv erscheint, stellen sich gewichtige Fragen. So müsste vor allem geklärt werden, ob die Wettbewerbsbehörde nicht-meldepflichtige Fusionen nur vor oder auch nach deren Vollzug aufgreifen dürfte. Im ersteren Fall ist zu befürchten, dass es für die Wettbewerbsbehörde praktisch unmöglich ist, sich fortlaufend einen Überblick über alle Fusionspläne von Schweizer Unternehmen zu verschaffen. Damit würde eine solche neue Regelung entweder keine oder eine selektive Wirkung entfalten. Um dies zu verhindern, müsste der Wettbewerbsbehörde folglich erlaubt werden, innerhalb eines gewissen Zeitraums auch bereits vollzogenen Fusionen aufzugreifen. Wie die Evaluationsgruppe Kartellgesetz jedoch selbst festhält, wäre eine komplette nachträgliche Entflechtung von Unternehmen in der Praxis kaum umsetzbar und würde neben schwerwiegenden juristischen Problemen, die ein solch massiver Eingriff in die Eigentumsrechte darstellt, im Extremfall das operative Überleben eines Unternehmens gefährden.

Die Einführung eines Vermutungstatbestands würde also eine weitgehende und potenziell interventionistische Erweiterung der Kompetenzen der Wettbewerbsbehörde darstellen. Ohne einen klaren Nachweis der Notwendigkeit, Zweckmässigkeit und Verhältnismässigkeit einer solchen neuen Regelung sollte deshalb von deren Einführung abgesehen werden. Bezeichnenderweise wurde denn auch die Einführung eines Vermutungstatbestands in der Fusionskontrolle – obwohl von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008) in ihrem Bericht explizit empfohlen – von keinem der befragten Experten überhaupt als ein Revisionsanliegen erwähnt.

Handhabbares «Double Control»-Problem

Ein dringlicher Reformbedarf der Aufgreifkriterien aufgrund des «No Control»-Problems lässt sich also nicht identifizieren. Bleibt abzuklären, ob der Umgang mit internationalen Fusionen – das «Double Control»-Problem – Anpassungen des Melderegimes notwendig macht. Drei Gründe sprechen in der Tendenz eher dagegen. Erstens können die Überlappungen im Prüfprozess, die aufgrund der Meldepflicht in unterschiedlichen Ländern entstehen, mittels eines sogenannten «Waivers» minimiert werden. Dieser entbindet die nationalen Wettbewerbsbehörden vom Amtsgeheimnis und erlaubt es, Informationen auszutauschen und das Fusionsverfahren zu koordinieren. Weil die Parteien in Fusionsverfahren ein Interesse an einem möglichst reibungslosen Ablauf der Prozesse haben, bieten sie den nationalen Wettbewerbsbehörden normalerweise Hand für eine grenzüberschreitende Kooperation und stellen den «Waiver» ohne Weiteres aus. Für den Informationsaustausch mit der EU-Kommission besteht zudem seit 2013 ein Kooperationsabkommen. Es erlaubt der schweizerischen und der europäischen Wettbewerbsbehörde unter gewissen Bedingungen in Untersuchungen erlangte Informationen auszutauschen.⁵¹ Dies gilt auch für Fusionsverfahren. Die Gespräche mit den Experten bestätigen, dass in diesem Bereich keine Probleme wahrgenommen werden.

Zweitens ist die Beurteilung einer Fusion grundsätzlich immer regional ausgerichtet, auch wenn es gewisse Überlappungen in den Prüfverfahren der einzelnen Wettbewerbsbehörden gibt. So prüft etwa die EU-Kommission in ihrem Prüfverfahren nur, ob eine Fusion den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich beeinträchtigen würde, während die WEKO ihrerseits auf die Auswirkungen in der Schweiz fokussiert. Wenn also klar ist, dass eine Fusion keine problematischen nationalen Auswirkungen zeitigt, braucht es auch keine weitere Koordination mit anderen Wettbewerbsbehörden – die Fusion kann einfach zugelassen werden. Ist hingegen absehbar, dass die Auswirkungen in der Schweiz gleich wie im Gemeinsamen Markt sind, genügt es in der Regel, die Fristen mit den Parteien so festzulegen, dass der Entscheid der EU-Kommission abgewartet und – sofern sinnvoll – für die Schweiz übernommen werden kann (vgl. hierzu auch Abschnitt 7.4). Damit kann der Aufwand für die Parteien und die Wettbewerbsbehörde minimiert werden. Werden in der Schweiz von einer Fusion schliesslich andere Auswirkungen als im Gemeinsamen Markt erwartet, gibt es auch kaum vermeidbare Überlappungen im Prüfprozess.

Drittens hat der Gesetzgeber mit der Möglichkeit der erleichterten Meldung den Unternehmen und dem Sekretariat der WEKO ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem diese die Einzelheiten des Inhalts von Meldungen einvernehmlich festlegen können.⁵² Insbesondere kann das

⁵¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (BBI 2013 3959).

⁵² Vgl. Art. 12 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996.

Sekretariat der WEKO die Unternehmen von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falls nicht notwendig sind. Ein Teil der Experten merkte an, dass das System der erleichterten Meldung heute relativ gut funktioniere und somit in diesem Bereich kein dringlicher Handlungsbedarf bestehe. Allenfalls könnten aber allgemeine Richtlinien für das Einreichen von erleichterten Meldungen festgelegt werden, etwa in Form eines klaren Kriterienkatalogs wie er z.B. in der EU bestehe.

Ab Abschaffung der Meldepflicht bei EWR-weiter Abgrenzung der relevanten Märkte

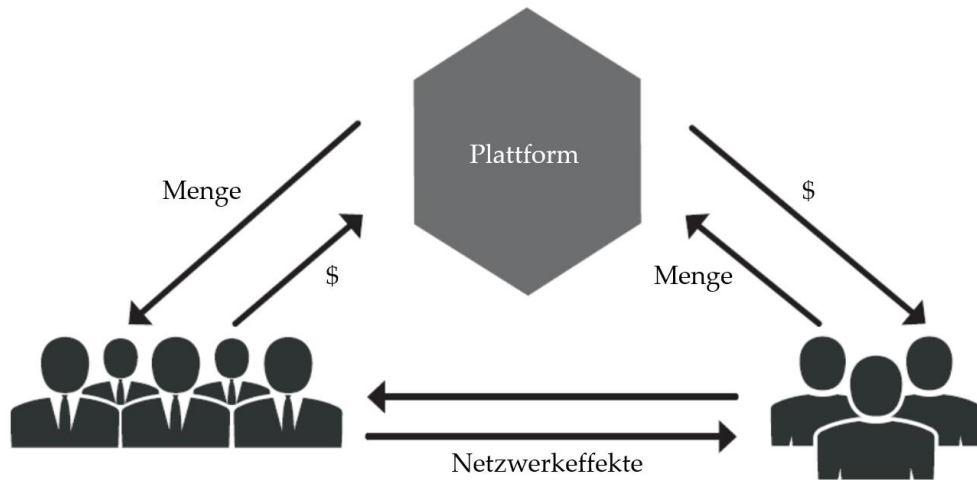
Trotz der heute schon bestehenden Möglichkeit von erleichterten Meldungen, äusserte sich der Grossteil der Experten dahingehend, dass sie für Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen, ein Entfallen der Meldepflicht grundsätzlich begrüssen würden. Nur zwei Experten sahen keinen Nutzen in einer solchen Ergänzung der Aufgreifkriterien. Schnell klar wurde aus den geführten Gesprächen jedoch, dass ein kompletter Wegfall der Meldepflicht kaum realistisch sein dürfte. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Frage, ob eine Fusion tatsächlich nur EWR-weite Märkte betrifft oder allenfalls nicht eben doch auch gewisse lokale Auswirkungen hat, oft nicht einfach zu beantworten ist. Für die Wettbewerbsbehörden muss deshalb eine Möglichkeit bestehen, im Einzelfall zu überprüfen, ob tatsächlich alle von einer Fusion betroffenen Märkte eine EWR-weite Dimension aufweisen, und falls dies nicht der Fall oder umstritten ist, eine ordentliche Meldung der Fusion zu verlangen.

Ein möglicher Lösungsansatz ist der folgende: In der Schweiz meldepflichtige Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen, müssen regelmässig auch in Brüssel gemeldet werden. Für die Meldung in Brüssel ist dazu das sogenannte «Form CO» auszufüllen und einzureichen. Als neue Regelung könnte nun vorgesehen werden, dass gleichzeitig mit der Meldung in der EU der schweizerischen Wettbewerbsbehörde eine Kopie des «Form CO» zur Kenntnisnahme zugestellt wird. Nach Eingang des «Form CO» stünde dem Sekretariat der WEKO eine gewisse Frist zur Verfügung (z.B. 10 Arbeitstage) um abzuklären, ob es eine vorläufige Prüfung der Fusion einleiten will oder nicht. Natürlich würde mit einer solchen neuen Regelung der Aufwand der Unternehmen und Behörde nur reduziert, wenn nicht – etwa aus Furcht vor Fehlentscheiden – bei jeder Fusion letztlich doch wieder eine ordentliche Meldung verlangt würde. Gerade aus diesem Grund wäre es wichtig, klare und verbindliche Kriterien zu erlassen, unter welchen Bedingungen das Sekretariat der WEKO auf eine Prüfung verzichtet. Dies könnte etwa in Form eines von der WEKO erlassenen Merkblatts geschehen.

7.3 Macht die Digitalisierung neue Aufgreifkriterien notwendig?

Eine der auffälligsten wettbewerblichen Entwicklungen der letzten Jahre stellt die zunehmende Verbreitung von Online-Plattformen dar, die unterschiedliche Nutzergruppen – z.B. Käufer und Verkäufer eines Produktes oder einer Dienstleistung – zusammenbringen (vgl. Abbildung 7). Solche Plattformen übernehmen primär eine Vermittlungsfunktion, die das Zustandekommen einer Transaktion erleichtert, im Extremfall sogar erst ermöglicht. Plattformmärkte gab es bereits in vordigitaler Zeit. Beispiele sind Messen, Börsen, Tageszeitungen, Kreditkarten oder auch Dating Clubs. Aufgrund geringer Transaktionskosten im Internet haben Plattformmärkte in den letzten Jahren massiv an Bedeutung gewonnen. Elektronische Handelsplattformen wie *Uber*, *AirBnB*, *eBay*, *Amazon* oder *HRS* sind Ausdruck dieser Entwicklung.

Abbildung 7: Funktionsweise von Plattformmärkten



Quelle: Eigene Darstellung

Auch wenn digitale Plattformen in der jüngeren Vergangenheit eher wegen der vertraglich vereinbarten Meistbegünstigungsklauseln⁵³ in die Schlagzeilen geraten sind, stellen Fusionen in der digitalen Welt keine Seltenheit dar. Gemäss dem Bundeskartellamt (2015) soll *Google* beispielsweise bis im Frühjahr 2015 mehr als 180 Unternehmen aufgekauft haben. Speziell an solchen Fusionen ist, dass Umsätze in der digitalen Ökonomie oftmals kaum etwas über die Marktstellung eines Unternehmens aussagen. Es besteht also die Möglichkeit – so zumindest eine zurzeit oft geäusserte Befürchtung –, dass die traditionellen Aufgreifkriterien in Form von Umsatzschwellen versagen.⁵⁴ Als Beispiel dafür wird regelmässig die Fusion zwischen *Facebook* und *WhatsApp* angeführt: Obwohl *WhatsApp* weltweit an die 600 Mio. Nutzer hat und der Verkaufspreis bei rund USD 20 Mrd. angesetzt wurde, war die Transaktion in den meisten Ländern nicht meldepflichtig. Die Umsätze von *WhatsApp* waren dafür zu niedrig.

Transaktionswerte als Aufgreifkriterien

Diese allfällige «Kontrolllücke» in den Aufgreifkriterien wurde von der EU-Kommission bereits 2015 in einem sogenannten «Competition Merger Brief» thematisiert (EU-Kommission, 2015). Ende 2016 führte sie eine öffentliche Konsultation bezüglich einer Revision der EU-Fusionskontrolle durch, die unter anderem den Vorschlag einer subsidiären Ergänzung der Aufgreifkriterien um den Transaktionswert einer Übernahme beinhaltet.⁵⁵ So könnten Fusionen von Unternehmen durch die Kommission geprüft werden, bei denen die beteiligten Unternehmen zwar

⁵³ Vgl. etwa die rechtskräftige Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 gegen *Booking.com*, *HRS* und *Expedia* in Sachen «Online-Buchungsplattformen für Hotels».

⁵⁴ Dieses Phänomen ist an sich nicht neu und Grund dafür, dass in gewissen Branchen – jedoch nicht generell – heute schon spezielle Aufgreifkriterien gelten. So legt etwa Art. 9 Abs. 3 KG fest, dass für Versicherungsgesellschaften die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen an die Stelle des Umsatzes treten. Für Banken und Finanzintermediäre sind hingegen die Bruttoerträge ausschlaggebend, ob eine Fusion der WEKO gemeldet werden muss oder nicht.

⁵⁵ Die Konsultationsfrist endete im Januar 2017, bis anhin sind keine offiziellen Resultate von Seiten der EU-Kommission veröffentlicht worden.

noch keinen nennenswerten Umsatz im Europäischen Wirtschaftsraum erzielen, jedoch über ein erhebliches Marktpotenzial verfügen, das sich in einem hohen Kaufpreis reflektiert.

Auch in Deutschland hielt die Monopolkommission (2015) in ihrem Sondergutachten zu den Herausforderungen von digitalen Märkten fest, dass die Effektivität der Fusionskontrolle gefährdet sein könnte, falls der Regulierungsrahmen nicht den Marktentwicklungen der digitalen Ökonomie angepasst würde. Gleich wie in der EU wurde vorgeschlagen, die Aufgreifkriterien um einen am Transaktionsvolumen anknüpfenden Tatbestand zu ergänzen. Im Rahmen der 9. GWB Novelle wurde 2016 genau dies getan: Es wurde eine zusätzliche Aufgreifschwelle für Fusionen geschaffen, die zwar die Umsatzschwellen nicht erreichen, bei denen aber ein Gegenleistungswert von EUR 400 Mio. überschritten wird.⁵⁶ Voraussetzung ist zudem, dass das zu erwerbende Unternehmen «in erheblichem Umfang» im Inland tätig ist.⁵⁷

Ungewollter Zuwachs meldepflichtiger Fusionen und Verlust an Rechtssicherheit

Die Einführung dieses neuen Aufgreifkriteriums in Deutschland war bei weitem nicht unumstritten und auch der Vorschlag der EU-Kommission wurde von verschiedenen Kreisen kritisch beurteilt. Die grundsätzlichen Bedenken sind die folgenden: Erstens wird hinterfragt, ob aufgrund eines einzelnen Präzedenzfalls – der Fusion *Facebook/WhatsApp* – überhaupt Handlungsbedarf besteht. Dies umso mehr, als dass die Fusion zwischen *Facebook* und *WhatsApp* zwar nicht direkt über die Umsatzschwellen aufgegriffen werden konnte, letztlich aber über Art. 4 Abs. 5 FKVO erfasst wurde. Gemäss dieser Regelung haben nationale Wettbewerbsbehörden nämlich die Möglichkeit eine Empfehlung bei der EU-Kommission einzuholen, wenn ein Zusammenschluss in mindestens drei Mitgliedstaaten die jeweiligen anwendbaren Aufgreifkriterien erfüllt und eine Meldepflicht auslöst. Somit besteht also heute schon ein Mechanismus, der es der EU-Kommission in vielen Fällen erlaubt Fusionen aufzugreifen und zu überprüfen, die nach der europäischen Fusionskontrolle keine Meldepflicht auslösen.⁵⁸

Zweitens wird befürchtet, dass eine am Transaktionswert anknüpfende Meldepflicht die Logik der in der EU üblichen auf Umsatzschwellen basierenden Aufgreifkriterien beeinträchtigt. Insbesondere werden die Grenzbeträge für individuelle inländische Umsätze, die sicherstellen sollen, dass nur Fusionen mit einem gewissen Bezug zum Inland bzw. zum Gemeinsamen Markt meldepflichtig sind, bis zu einem gewissen Grad ausgehebelt. Gegeben, dass das Aufgreifkriterium des Transaktionswerts nicht spezifisch für Fusionen in der digitalen Ökonomie, sondern allgemein gilt, besteht somit die Gefahr, dass letztlich die Anzahl der Fusionsmeldungen ansteigt. Dabei besteht keine Gewissheit, ob eine solche neue Regelung überhaupt einen Nutzen stiftet: So sind neben der vielzitierten Fusion *Facebook/WhatsApp* bis anhin keine Fälle bekannt, in denen eine «Kontrolllücke» bestanden hätte. Im schlimmsten Fall führt die Einführung eines

⁵⁶ Eine transaktionsbezogene Meldeschwelle wird auch in Österreich per 1. November 2017 eingeführt. Der künftige Transaktionswert in der österreichischen Fusionskontrolle wurde bei EUR 200 Mio. festgelegt. Neben Deutschland und Österreich kennen zudem auch die USA schon seit langem Transaktionswerte als Aufgreifkriterium in der Fusionskontrolle. Die entsprechende Vorschrift sieht vor, dass Fusionen, die einen Transaktionswert von USD 321.6 Mio. übersteigen, meldepflichtig sind.

⁵⁷ Die 9. GWB Novelle ist zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Berichts noch nicht in Kraft getreten. Somit gibt es in Deutschland auch noch keine konkreten Erfahrungen mit dem neuen Aufgreifkriterium.

⁵⁸ Vgl. hierzu etwa Hogan Lovells International (2017).

solchen neuen Aufgreifkriteriums also nur zu zusätzlichen (unnötigen) Fusionsmeldungen und einer Erhöhung der Bürokratielast.⁵⁹

Dies ist auch der Grund, weshalb in Deutschland neu nicht nur der Gegenleistungswert von EUR 400 Mio. überschritten sein muss um eine Meldepflicht auszulösen, sondern das zu erwerbende Unternehmen «in erheblichem Umfang» im Inland tätig sein soll. Was jedoch «in erheblichem Umfang» konkret bedeutet, ist bis anhin ungeklärt – ein solches Kriterium kann, soviel dürfte klar sein, die geforderte Objektivität von Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle kaum erfüllen.

Weitere Unsicherheiten bestehen drittens im Zusammenhang mit der Bewertung von Transaktionen. So kann es vorkommen, dass der Kaufpreis im Lauf der Verhandlungen fluktuiert und erst kurz vor Abschluss der Verträge endgültig fixiert oder gar von gewissen künftigen Performance-Indikatoren abhängig gemacht wird. Hinzu kommt, dass eine Transaktion Abfindungen beinhalten kann, die sich nicht ausschliesslich auf monetäre Werte beschränken. In Deutschland etwa erfasst der Transaktionswert zwar neben dem Kaufpreis alle Vermögensgegenstände und sonstige geldwerte Leistungen, die der Veräusserer vom Erwerber im Zusammenhang mit der Fusion erhält. Allerdings bleibt unklar, inwiefern künftig fällig werdende und zum Zeitpunkt der Vertragsabschliessung kaum messbare Elemente berücksichtigt werden sollen.⁶⁰ Der Transaktionswert kann also unter Umständen schwierig zu bestimmen sein und erfüllt somit die Anforderung, dass Aufgreifkriterien objektiv messbar sein sollen, nur bedingt. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist ein Verlust an Rechtssicherheit zu befürchten. Die mit der neuen Regelung verbundene Unsicherheit könnte überdies zu vorsorglichen Anmeldungen führen, was die Anzahl der unnötigen Fusionsmeldungen zusätzlich erhöhen könnte.

Die Meinung der Experten

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die befragten Schweizer Experten die geäusserte Skepsis gegenüber Transaktionswerten als Aufgreifkriterien teilen, obwohl von den meisten anerkannt wird, dass namentlich bei Fusionen in der digitalen Ökonomie eine «Kontrolllücke» bestehen könnte. Hervorgehoben wurde aber auch, dass es sich für die Schweiz bis anhin um eine rein theoretische «Lücke» handelt. So konnte keiner der Experten einen konkreten Fall anführen, in dem die traditionellen Umsatzschwellen versagt hätten und dieses Versagen mit einer Ergänzung der Aufgreifkriterien um Transaktionswerte verhindert worden wäre. Eine Reform der Aufgreifkriterien als Reaktion auf die zunehmende Digitalisierung zum heutigen Zeitpunkt wurde von den Experten mit einer Ausnahme abgelehnt sowie als übereilt und «Regulierung auf Vorrat» bezeichnet. In diesem Zusammenhang wurde auch der Standpunkt vertreten, dass – bevor über Reformen nachgedacht wird – die wettbewerbliche Dynamik in digitalen Märkten besser verstanden werden sollte.

Sollte trotzdem entschieden werden, die angesprochene «Lücke» in den Aufgreifkriterien zu schliessen, wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Fokus einer Revision auf Fusionen im Binnenmarkt gelegt werden müsste. Primär müssten also nicht internationale Fusionen wie *Facebook/WhatsApp*, sondern solche mit einem klaren nationalen Bezug von der Schweizer Fusionskontrolle erfasst werden.

⁵⁹ In diesem Sinn auch der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI, 2016).

⁶⁰ Vgl. hierzu etwa Linklaters (2017).

7.4 Weitere Revisionsanliegen

Im Rahmen der Expertengespräche wurde auch die Frage gestellt, ob weitere Revisionsanliegen bestehen, die zwar nicht direkt die Aufgreifkriterien betreffen, aber das Melde- und Prüfungsverfahren generell verbessern und erleichtern würden. Dabei kam in erster Linie das Thema einer Angleichung der Fristen an die EU sowie die Möglichkeit von Fristverlängerungen zur Sprache.

Angleichung der Fristen an die EU: Keine unmittelbare Dringlichkeit

Vor allem bei Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen und in der EU sowie der Schweiz meldepflichtig sind, wird in der Praxis regelmässig darauf geachtet, dass die EU-Kommission ihren Entscheid vor der WEKO fällt. Hintergrund dieser Praxis ist, dass sich die WEKO – sofern nichts dagegenspricht – bei solchen EWR-weiten Fusionen dem Entscheid der EU-Kommission anschliesst. Dies hat den Vorteil, dass es nicht zu widersprüchlichen Entscheiden kommt und erlaubt es den Wettbewerbsbehörden letztlich Überlappungen im Prüfprozess zu minimieren. Gegeben die leicht unterschiedlichen Fristenregelungen in der Schweiz und der EU (vgl. Tabelle 6), erfordert dies heute jedoch ein gewisses Geschick bezüglich des Timings der Meldung einer Fusion. So ist die Frist für die Durchführung der Prüfverfahren (Phase I und II) in der Schweiz rund drei Wochen kürzer als in der EU. Zusätzlich können sich je nach Anzahl Arbeits- und Feiertagen in den einzelnen Monaten Unterschiede in den Fristen ergeben. Für eine unproblematische Fusion, die nach Phase I freigegeben wird, ergibt sich als Daumenregel, dass in der Schweiz etwa eine Woche später als in der EU gemeldet werden kann, wenn ein zeitgleicher Entscheid der jeweiligen Wettbewerbsbehörden angestrebt wird.

Durch eine Übernahme der EU-Fristenregelung würde die Koordination von in der EU und der Schweiz meldepflichtigen Fusionen vereinfacht. Eine dringliche Notwendigkeit für eine solche Vereinfachung besteht jedoch nicht. Es lässt sich heute schon ohne grössere Probleme bestimmen, wann eine Fusion in der Schweiz gemeldet werden muss, um den Prüfprozess im oben beschriebenen Sinn zu koordinieren. Zudem sänke der Koordinierungsbedarf, wenn – wie von den Experten mehrheitlich empfohlen – zukünftig die Meldepflicht für Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen, entfallen bzw. erleichtert würde.

Tabelle 6: Regelung der Fristen in der EU und in der Schweiz

	Schweiz	EU
Frist für vorläufige Prüfung (Phase I)	1 Monat (ca. 20 Arbeitstage)	25 Arbeitstage
Frist für vertiefte Prüfung (Phase II)	4 Monate (ca. 80 Arbeitstage)	90 Arbeitstage

Von jenen fünf Experten, die eine Meinung zur Frage einer allfälligen Angleichung der Fristen an die EU äusserten, sah keiner einen zwingenden Handlungsbedarf und zwei Experten bezeichneten ein solches Revisionsanliegen gar als grundsätzlich unnötig. Die restlichen Experten sahen zumindest keine Nachteile in einer Übernahme der EU-Fristenregelung und bezeichneten sie als «eher wünschenswert».

Möglichkeit von Fristverlängerungen: Grundsätzliche Zustimmung

Sollte die Fristenregelung der EU übernommen werden, wäre es allenfalls sinnvoll gleichzeitig die Möglichkeit von Fristverlängerungen in der Fusionskontrolle ins Auge zu fassen. In der Schweiz besteht diese Möglichkeit zum heutigen Zeitpunkt grundsätzlich nicht, in der EU hingegen schon. Somit kann trotz der zeitlichen Koordination einer Fusionsmeldung die Situation

entstehen, dass das Prüfverfahren in der Schweiz vor dem Entscheid der EU-Kommission zum Abschluss kommt.

Eine Fristverlängerung kann in der EU unter folgenden Bedingungen gewährt werden:

- **Phase I:** Wenn die beteiligten Unternehmen Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Untersagung der Fusion vorlegen, kann die Frist um 10 Arbeitstage erstreckt werden.
- **Phase II:** Wenn die beteiligten Unternehmen nach dem 55. Arbeitstag Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Untersagung der Fusion vorlegen, kann die Frist um 15 Arbeitstage erstreckt werden. Geschieht dies hingegen schon vor dem 15. Arbeitstag, können die beteiligten Unternehmen eine Erstreckung der Frist um 20 Tage verlangen. Die Erstreckung der Frist um 20 Tage kann zudem auch durch die Kommission verlangt werden, sofern die Parteien zustimmen.

Fristverlängerungen dienen in der EU also nicht einfach dazu, mehr Zeit für den normalen Prüfprozess zu gewinnen, sondern stehen typischerweise im Zusammenhang mit Verpflichtungszusagen zur Abwendung der Untersagung einer Fusion. Die Fristverlängerungen sollen es erlauben, über Bedingungen und Auflagen zu verhandeln, deren Eignung als Abhilfemassnahmen zu prüfen und bei Bedarf einen Markttest durchzuführen. Eine Übernahme der europäischen Regeln betreffend Fristverlängerungen würde folglich einerseits eine (noch) bessere Koordination der Prüfverfahren von in der EU und der Schweiz meldepflichtigen Fusionen erlauben. Unabhängig davon, ob aber eine Fusion letztlich in anderen Ländern auch meldepflichtig ist, würde andererseits Spielraum geschaffen, um für problematische Fusionen nach sinnvollen und geeigneten Abhilfemassnahmen zu suchen. Gerade im Licht der in der Vergangenheit immer wieder geäußerten Zweifel, ob die jeweils verfügbaren Auflagen und Bedingungen zur Beseitigung der diagnostizierten Probleme geeignet seien (vgl. Abschnitt 3.3), wäre eine solche Regelung zu begrüßen.

Zustimmung fand das Revisionsanliegen im Übrigen auch bei den befragten Experten. Fünf von ihnen äusserten sich positiv zur Möglichkeit von Fristverlängerungen, während zwei weitere Experten darauf verzichteten, die entsprechende Frage zu beantworten. Weitgehend Konsens herrschte aber auch darüber, dass sichergestellt werden müsste, dass Fristverlängerungen zurückhaltend eingesetzt und nur zum vorgesehenen Zweck genutzt werden. Fristverlängerungen dürften also nicht als taktisches Mittel verwendet werden können, um im Standard-Prüfverfahren Zeit zu gewinnen.

8 Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle: Sie soll präventiv wirken und künftige Wettbewerbsbeschränkungen verhindern. Die heutige schweizerische Fusionskontrolle ist jedoch kaum geeignet dieses Ziel zu erreichen, da sie den wettbewerblichen Auswirkungen von Fusionen wenig Rechnung trägt. Explizit liegt der hiesigen Fusionskontrolle die Absicht zugrunde, Fusionen nur dann nicht zu genehmigen, wenn sie zu einer extrem hohen Konzentration auf den betroffenen Märkten führen. Diese im europäischen Vergleich einzigartig hohen Eingriffsschwellen wurden vom Bundesgericht in der Vergangenheit in zwei Urteilen bestätigt. Die im Kartellgesetz verankerte Fusionskontrolle muss deshalb als weitgehender Leerlauf bezeichnet werden: Sie bindet substantielle zeitliche und personelle Ressourcen bei den Wettbewerbsbehörden und verursacht bei den betroffenen Unternehmen erheblichen Aufwand, ohne die gewünschte Wirkung zu entfalten.

Als Reaktion auf diese unbefriedigende Situation will der Bundesrat eine Vernehmlassungsvorlage zur Revision der Fusionskontrolle erarbeiten. Der heute in der Schweiz angewandte Marktbeherrschungstest soll durch den in der EU vorherrschenden SIEC-Test abgelöst werden. Damit würden in der Schweiz gleich mehrere «Lücken» in der Fusionskontrolle geschlossen: Fusionen konnten bis anhin höchstens dann untersagt (oder unter Auflagen genehmigt) werden, wenn sie zu einer «qualifizierten» Marktbeherrschung führten. Unter dem SIEC-Test reicht bereits die tiefere Schwelle der «einfachen» Marktbeherrschung. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist dabei das Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs. Eine solche Behinderung kann aber auch die Folge von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle sein. Zudem erlaubt der SIEC-Test die Berücksichtigung von fusionsbedingten Effizienzen, was unter dem heutigen schweizerischen Marktbeherrschungstest nicht möglich ist.

Die vorliegende Studie befasst sich einerseits mit den allfälligen Auswirkungen einer Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz und klärt andererseits ab, ob sich im Rahmen einer Modernisierung der Fusionskontrolle weitere Anpassungen – etwa im Bereich der Aufgreifkriterien und Prüffristen – aufdrängen würden. Die wichtigsten Schlussfolgerungen und Empfehlungen werden nachfolgend in Kürze zusammengefasst:

1 Die Einführung des europäischen SIEC-Tests ist sinnvoll

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Einführung des SIEC-Tests wird von beinahe allen befragten Experten als sinnvoll erachtet. Dabei steht nicht nur das Motiv im Vordergrund, dass unter dem SIEC-Test die Interventionsschwellen tiefer sind. Genauso wichtig erscheint vielen Experten, dass unter dem SIEC-Standard eine sachgerechtere Prüfung von Fusionen stattfinden kann, was zu konsistenteren und besser nachvollziehbaren Entscheiden führen würde. Gerade die heute fehlende Effizienzverteidigung wird von vielen Experten als störend empfunden.

2 Der SIEC-Test ist ein Mosaikstein im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz

Welche konkreten volkswirtschaftlichen Auswirkungen die Einführung des SIEC-Tests zur Folge hätte, lässt sich nur schwer abschätzen. Zweifelsohne könnten mit dem SIEC-Test fusionsbedingte Konzentrationstendenzen, wie sie etwa in der Vergangenheit im Lebensmittel-Detailhandel zu beobachten waren, besser verhindert werden. Internationale Studien zeigen überdies, dass Fusionen in oligopolistischen Märkten mit erheblichen Preissteigerungen einhergehen können – für die untersuchten Fusionen ergaben sich durchschnittliche Preiserhöhungen

von 5-7%. Eine modernisierte Fusionskontrolle kann in diesem Sinn auch als ein Mosaikstein im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz verstanden werden.

3 Kein alternativer Prüfstandard und kein «Swiss Finish»

Die Experten raten klar davon ab, einen anderen Prüfstandard als den SIEC-Test einzuführen. Damit käme es zu keiner Harmonisierung mit dem Fusionskontrollrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten, was als zusätzlicher Vorteile eines Wechsels zum SIEC-Test gesehen wird. Aus demselben Grund wird auch von einem «Swiss Finish» des SIEC-Tests abgeraten. Um allfällige zukünftige Diskussionen zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber in den Materialien deshalb klar festhalten, dass in der Schweiz unter dem SIEC-Test dieselbe Interventionsschwelle wie in der EU gilt.

4 Positive Erfahrungen mit dem SIEC-Test im Ausland

Die internationalen Erfahrungen mit der Einführung des SIEC-Tests sind grundsätzlich positiv. Dies bestätigen die öffentlichen Studien zu diesem Thema sowie die mit Kartellrechtsexperten aus Belgien, Deutschland und Schweden geführten Interviews. Insbesondere die Befürchtungen, dass es durch die Einführung des SIEC-Tests zu einer systematischen Erhöhung der Interventionsrate kommt, haben sich im Ausland nicht bestätigt.

5 Leichte Erhöhung der Interventionsrate in der Schweiz ist wahrscheinlich

Nach Einschätzung der Experten lassen sich die ausländischen Erfahrungen jedoch nicht unesehen auf die Schweiz übertragen. Gegeben die heutigen, äusserst beschränkten Interventionsmöglichkeiten in der Fusionskontrolle, gehen die Schweizer Experten davon aus, dass die Interventionsrate nach einem Wechsel zum SIEC-Test tendenziell ansteigen würde. Konkret wäre einerseits mit etwas mehr Untersagungen von Fusionen und andererseits mit etwas mehr Auflagen und Bedingungen zu rechnen. Einigkeit herrschte aber, dass auch in der Schweiz mit keinem dramatischen Anstieg der Interventionsrate gerechnet werden müsste.

6 Vertretbarer Mehraufwand für Behörde und Unternehmen

Die Experten sind sich ferner einig darüber, dass die Einführung des SIEC-Tests mit einem gewissen Mehraufwand für die Wettbewerbsbehörde und Unternehmen verbunden wäre. Eine eigentliche «Kostenlawine» wird jedoch nicht erwartet. Der vorausgesagte Mehraufwand dürfte vor allem in einer Übergangsphase auftreten, bis sich der neue Prüfstandard etabliert hat. Letztlich geht die Mehrheit der Experten davon aus, dass in der längeren Frist nur in Einzelfällen mit einem markant höheren Aufwand zu rechnen wäre. Sollten zudem gleichzeitig zur Einführung des SIEC-Tests die weiter unten thematisierten Anpassungen im Bereich des Melde- und Prüfverfahrens umgesetzt werden (Abschaffung bzw. Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG, erleichterte Meldepflicht für EWR-weite Fusionen, Fristenangleichung und -verlängerung), stünden dem prognostizierten Mehraufwand letztlich auch Kosteneinsparungen gegenüber.

7 KMU als Gewinner der Einführung des SIEC-Tests

Negative Auswirkungen einer Einführung des SIEC-Tests auf die KMU vermochte keiner der Experten zu erkennen. Im Gegenteil, es wurde darauf verwiesen, dass gerade die KMU vom SIEC-Test profitieren könnten, da sich mit diesem Prüfstandard wettbewerblich bedenklichen Konzentrationstendenzen auf Zuliefer- und Absatzmärkten von KMU besser entgegenreten liesse.

8 Kein nachhaltiger Verlust an Rechtssicherheit

Schliesslich wurden auch keine grösseren Bedenken laut, dass durch den Wechsel zum SIEC-Test ein nachhaltiger Verlust an Rechtssicherheit zu befürchten wäre. Diese Einschätzung der Schweizer Experten deckt sich mit den ausländischen Erfahrungen.

9 Zunahme der Komplexität des Prüfverfahrens ist handhabbar

Die Einführung des SIEC-Tests würde die Fusionskontrolle ökonomischer gestalten. Dieser Effekt wird von der grossen Mehrheit der Experten explizit begrüsst. Die Folge wäre ein vermehrter Einsatz von ökonomischen und empirischen Instrumenten in der Fusionskontrolle, was die Komplexität des Prüfverfahrens in Einzelfällen erhöhen könnte. Von einer Anwendung solcher Instrumente in der Breite müsste gemäss den Experten jedoch nicht ausgegangen werden. Im Grundsatz bestehen auch keine ernsthaften Bedenken, dass das Sekretariat der WEKO – allenfalls mit kleineren organisatorischen und personellen Anpassungen – nicht in der Lage wäre, eine Fusion nach dem SIEC-Standard zu beurteilen.

10 Anpassung der Aufgreifkriterien ist nur sinnvoll, falls der SIEC-Test eingeführt wird

Untersucht wurde im Rahmen vorliegender Studie auch, ob die Eingreifkriterien der Schweizer Fusionskontrolle revidiert werden sollen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass es nur Sinn macht über eine Ausweitung der Meldepflicht nachzudenken, wenn auch der Prüfstandard verschärft wird. Andernfalls würde sich lediglich die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und somit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörde erhöhen, ohne dass volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Fusionen besser Rechnung getragen werden könnte.

11 Keine Absenkung der Umsatzschwellen

In der Schweiz wurde in der Vergangenheit verschiedentlich die Befürchtung geäussert, dass aufgrund der hohen Umsatzschwellen kleine Fusionen mit volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen im Binnenmarkt nicht aufgegriffen werden könnten. Empirische Evidenz, die diese Befürchtung stützen würde, besteht jedoch keine. So empfehlen denn auch sechs der sieben befragten Experten auf eine Absenkung der Umsatzschwellen zu verzichten.

12 Abschaffung oder Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG

Das Aufgreifkriterium in Art. 9 Abs. 4 KG, das eine Meldepflicht für Unternehmen vorsieht, bei denen in einem kartellrechtlichen Verfahren eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, stellt ein europäisches Unikum dar, dessen Nutzen umstritten ist. Mit einer Ausnahme plädieren alle Experten für die ersatzlose Streichung des entsprechenden Gesetzesartikels. Alternativ könnte aber auch eine Ergänzung des Artikels um einen Grenzbetrag (inländische Umsatzschwelle) für das Zielunternehmen und eine Streichung des Passus bezüglich der vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkte in Betracht gezogen werden.

13 Einführung der erleichterten Meldepflicht für EWR-weite Fusionen

Trotz der heute schon bestehenden Möglichkeit von erleichterten Meldungen würde der Grossteil der Experten ein Entfallen der Meldepflicht für Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen, begrüssen. Ein kompletter Wegfall der Meldepflicht erscheint jedoch unrealistisch, da nicht immer unumstritten sein dürfte, ob eine Fusion effektiv nur EWR-weite Märkte betrifft. Als neue Regelung könnte vorgesehen werden, dass gleichzeitig mit der Notifikation in der EU der

WEKO eine Kopie des europäischen Meldeformulars («Form CO») zur Kenntnisnahme zugestellt wird. Nach Eingang des «Form CO» stünde dem Sekretariat der WEKO eine gewisse Frist zur Verfügung um abzuklären, ob es eine vorläufige Prüfung der Fusion einleiten will oder nicht.

14 Keine Ergänzung der Aufgreifkriterien um Transaktionswerte

Bei Fusionen in der digitalen Ökonomie sagen Umsätze unter Umständen nichts über die Bedeutung eines Unternehmens im Markt aus. So war die Fusion *Facebook/WhatsApp* in den meisten Ländern nicht meldepflichtig, obwohl der Transaktionswert rund USD 19 Mrd. betrug. In Deutschland wurde deshalb 2016 eine zusätzliche Aufgreifschwelle für Fusionen geschaffen, die zwar die Umsatzschwellen nicht erreichen, bei denen aber ein Gegenleistungswert von EUR 400 Mio. überschritten wird. Auch in der EU wird über die Einführung eines entsprechenden Aufgreifkriteriums diskutiert. Obwohl auch in der Schweiz die meisten Experten anerkennen, dass bei Fusionen in der digitalen Ökonomie eine theoretische «Kontrollücke» besteht, wird eine Reform der Aufgreifkriterien als Reaktion auf die zunehmende Digitalisierung zum heutigen Zeitpunkt abgelehnt sowie als übereilt und «Regulierung auf Vorrat» bezeichnet.

15 Keine dringliche Notwendigkeit einer Fristangleichung

Zur Diskussion gestellt wurde im Zusammenhang mit einer allfälligen Modernisierung der Fusionskontrolle auch die Übernahme der EU-Fristenregelung. Dies würde die Verfahrenskoordination von in der EU und in der Schweiz meldepflichtigen Fusionen vereinfachen. Die Experten können in diesem Bereich jedoch keinen zwingenden Handlungsbedarf erkennen. Die einen bezeichneten eine Angleichung der Fristen als grundsätzlich unnötig, während die anderen sie als zwar nicht dringlich, aber trotzdem «eher wünschenswert» bezeichneten.

16 Einführung der Möglichkeit von Fristverlängerungen

In der Schweiz besteht heute – im Gegensatz zur EU-Fusionskontrolle – keine Möglichkeit die Frist in Fusionsverfahren zu verlängern. Gerade bei problematischen Fusionen wäre eine Fristverlängerung jedoch sinnvoll, um eine Untersagung abzuwenden. Die zusätzliche Zeit könnte dazu genutzt werden, über Bedingungen und Auflagen zu verhandeln, deren Eignung als Abhilfemassnahmen zu prüfen und bei Bedarf einen Markttest durchzuführen. Die Möglichkeit von Fristverlängerungen in der Schweizer Fusionskontrolle einzuführen, stösst unter den befragten Experten auf überwiegende Zustimmung.

9 Referenzen

- Amt für Volkswirtschaft (AVW), Liechtenstein. Online verfügbar: <http://www.llv.li/#/184?scrollto=true>.
- Ashenfelter, O. und D. Hosken (2010): The Effect of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Mergers on the Enforcement Margin, *The Journal of Law And Economics* 53(3), 417-466.
- Ashenfelter, O., D. Hosken und M. c. Weinberg (2014): Did Robert Bork understate the competitive impact of mergers? Evidence from consummated mergers. *The Journal of Law and Economics* 57(S3), 67-100.
- Bellis, J-F. et al. (2014): *Merger Control – Jurisdictional comparison*, London: Sweet & Maxwell.
- Bilanz (2017): Die unheimliche Macht (3/2017).
- Blick (2007): Migros-Denner: Blick erklärt den Deal (04.09.2007).
- Botschaft (1994): Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), vom 23. November 1994, BBl1995, Bd.I 468ff.
- Brugger, W. (2016): Zusammenschlussrecht. Online verfügbar: <http://www.profbrugger.at/Skript/unternehmensrechtwettb/achtedoppelstunde.pdf>.
- Bundeskartellamt (2017): Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2015/2016, Drucksache 18/12760.
- Bundeskartellamt (2015): Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht.
- Bundesverband der Deutschen Industrie – BDI (2016): Stellungnahme – Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Buttigieg, E. (2003): The Substantive Standard for Merger Evaluation in Malta, *Bank of Valletta Review*, No. 27. Online verfügbar: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.491.2834&rep=rep1&type=pdf>.
- Christensen, P., K. Fountoukakos und D. Sjöblom (2007): Mergers, in: J. Faull und A. Nikpay (Hrsg.), *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press), 2. Aufl., 421-592.
- Christiansen, A. (2005): Der «more economic approach» in der EU-Fusionskontrolle – eine kritische Würdigung, *Research Notes*, No. 21.
- Davies, J. (2014): *Merger Control 2014*, London: Law Business Research Ltd.
- Davies, J. (2017): *Merger Control 2017*, London: Law Business Research Ltd.
- Deloitte (2016): Schweizer KMU – M&A-Aktivitäten 2015. Online verfügbar: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/mergers-acquisitions/ch-de-mergers-and-acquisition-aktivitaet-2015.pdf>.
- economiesuisse (2012): Detailhandel im Wandel: bessere Bedingungen nötig, Dossierpolitik, Nr. 14. Online verfügbar: https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publitions/dp14_Detailhandel_d.pdf.

- Europäische Kommission (2014): Weissbuch – Eine wirksamere Fusionskontrolle, Brüssel.
- Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern.
- Fountoukakos, K. und S. Ryan (2005): A New Substantive Test for EU Merger Control, *European Competition Review* 26(5), 277-296.
- Getting The Deal Through (2016): Merger Control Iceland. Online verfügbar: <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/112/merger-control-iceland/>.
- GLG – Global Legal Group (2011): The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2011. A practical cross-border insight into merger control. Online verfügbar: http://www.zuric-i-partneri.hr/dokumenti/Clanci/MC11_Chapter-11-Croatia.pdf.
- Hogan Lovells International (2017): EU Merger Control Procedural & Jurisdictional Aspects, Reply to the European Commission Consultation.
- ICLG - International Comparative Legal Guides (2017a): Bulgaria – Merger Control 2017. Online verfügbar: <http://iclg.com/practice-areas/merger-control/merger-control-2017/bulgaria#chaptercontent4>.
- ICLG – International Comparative Legal Guides (2017b): Norway – Merger Control 2017. Online verfügbar: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control/merger-control-2017/norway>.
- ICN - International Competition Network (2002): The Analytical Framework for Merger Control, ICN Report.
- ICN - International Competition Network (2008): Setting Notification Thresholds for Merger Review, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan.
- IFLR – International Financial Law Review (2014): 2014 Merger Control Survey: Greece. Online verfügbar: <http://www.iflr.com/Article/3315470/2014-Merger-Control-Survey-Greece.html>.
- Kim, E. H. und V. Singal (1993): Mergers and market power: Evidence from the airline industry. *The American Economic Review*, 549-56.
- Knable Gotts, I. (2016): *The Merger Control Review*, London: Law Business Research Ltd.
- KPMG (2017): Clarity on Mergers and Acquisitions. Online verfügbar: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ch/pdf/clarity-mergers-and-acquisitions-2017-en.pdf>.
- Karagök, Y. und S. Rutz (2014): Towards optimal merger notification regimes: evidence from Switzerland, *Journal of Antitrust Enforcement* 2(2), 451-483.
- Karlsson, P. (2016): Swedish Merger Control, Konkurrensverket - Swedish Competition Authority. Online verfügbar: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/press/tal-artiklar/nordic-academic-network-for-competition-law-2016-pk.pdf>.
- Kwoka Jr, J.E. (2013). Does merger control work? A retrospective on US enforcement actions and merger outcomes. *Antitrust Law Journal* 78(3), 619-650.
- Kyprianous, M. (2013): Competition Law in Cyprus is changing dramatically in order to tackle the fight against cartels, possibly the most serious form of competition law violation. Alterations in Cyprus are incorporating the changes in EC Competition Law. Online verfügbar:

<http://www.kyprianou.com.cy/assets/mainmenu/169/docs/Competition%20Law%20in%20Cyprus.pdf>.

- La Noce, M., E. Allegra, V. Ruocco und F.M. Capo (2006): Merger control in Italy 1995-2003: a statistical study of the enforcement practice by mining the text of Authority resolutions, *International Journal of the Economics of Business* 13(2):307-334.
- LEAR, Laboratory of economics, antitrust and regulation (2006): Expost Review of Merger Control Decisions – A Study for the European Commission prepared by LEAR. Online verfügbar: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.
- Linklaters (2017): 9. GWB-Novelle – Verschärfung der Haftung für Kartellrechtsverstöße, neue Aufgreifschwelle für die Fusionskontrolle und Umsetzung der EU-Schadenersatzrichtlinie.
- Malinauskaitė, J. (2011): Merger Control in Post-Communist Countries – EC merger regulation in small market economies, Oxon UK: Routledge.
- Meinhardt, M. und J. Bischof (2011): Zusammenschlussverbot Orange/Sunrise – Fehl- oder Leitscheid der schweizerischen Wettbewerbskommission?, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, Heft 11, 1089-1095.
- Monopolkommission (2015): Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte. Sondergutachten 68.
- Morrison, S. A. (1996): Airline Mergers: A Longer View, *Journal Of Transport Economics And Policy* 30, no. 3: 237-250.
- Motta, M. (2004): *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge UK: Cambridge University Press.
- NZZ – Neue Zürcher Zeitung (2007): Profilierungsdruck (05.09.2007).
- NZZ - Neue Zürcher Zeitung (2015): Zehn Jahre Aldi in der Schweiz – Weichgespülte Harddiscounter (16.10.2015).
- NZZ am Sonntag (2017): Ticketcorner-Chef: «Das Fusionsverbot schwächt unsere Position» (24.06.2017).
- OECD (2009): Standard for Merger Review, Policy Roundtables. Online verfügbar: <https://www.oecd.org/competition/mergers/45247537.pdf>.
- Ormosi, P., F. Mariuzzo und H. Richard (2015). A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Europäische Kommission. Online verfügbar: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0115715enn.pdf>.
- Peters, C. (2006): Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry, *Journal of Law And Economics* 49, no. 2: 627-649.
- PwC, PricewaterhouseCoopers (2005): Ex Post Evaluation of Mergers – A Report prepared for the Office of Fair Trading, Department Trade and Industry and the Competition Commission by PricewaterhouseCoopers LPP. Online verfügbar: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/evaluation/ex_post_evaluation_of_mergers.
- Röller, L.H. und M. de la Mano (2006): The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control, *European Competition Journal*, April 2006, 9-28.

- Röller, L.H. und A. 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).
- Schellenberg Wittmer (2008): Schweizer Fusionskontrolle – neuste Entwicklungen, Newsletter Juli 2008. Online verfügbar: <http://www.swlegal.ch/Publications/Newsletter/Swiss-Merger-Control-%E2%80%93-the-newest-developments.aspx>.
- Slaughter und May (2016): The EU Merger Regulation – An overview of the European merger control rules. Online verfügbar: <https://www.slaughterandmay.com/media/64572/the-eu-merger-regulation.pdf>.
- Stoffel, W. (2007): International Mergers: Mergers in Small Economies, in B.E. Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute – International Antitrust Law & Policy, Juris Publishing, 319-334.
- Strohm, A. (2007): Effizienzen in der Fusionskontrolle, in G. Hirsch, F. Montag und F. Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1 (München: Verlag C. Beck).
- Weltwoche (2007): Schweizer Alibiübung (Ausgabe 36/2007).
- Werden, G.J., A.S. Joskow und R.L. Johnson (1991): The Effects of Mergers on Price and Output: Two Case Studies from the Airline Industry, *Managerial And Decision Economics* 12, no. 5: 341-352.
- Whinston, M. D. (2006): *Lectures on Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press.
- Williamson, O.E. (1968): Economies as an Anti-Trust Defence: The Welfare Trade-Offs, *American Economic Review* 58(1), 18-36.
- Zäch, R. (2005): *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag AG.

I Anhang: Literaturquellen zu Tabelle 3

Quelle	Land
Amt für Volkswirtschaft (AVW)	Liechtenstein
Bellis, J-F. et al. (2014)	Griechenland
Brugger (2016)	Österreich
Buttigieg (2003)	Malta
Davies (2014); Davies (2017)	Bulgarien; Finnland; Portugal
Getting The Deal Through (2016)	Island
GLG (2011)	Kroatien
ICLG (2017a ; 2017b)	Bulgarien; Norwegen
IFLR (2014)	Griechenland
Karlsson (2016)	Schweden
Knable Gotts (2016)	Belgien
Kyprianous (2013)	Zypern
La Noce, M. et al. (2005)	Italien
Malinauskaite (2011)	Estland; Lettland; Litauen; Luxemburg; Malta; Slowakei; Slowenien
OECD (2009)	Dänemark; Deutschland; Frankreich; Grossbritannien; Irland; Niederlande; Polen; Rumänien; Spanien; Tschechien; Ungarn

II Anhang: Schweizer Experten und Interviewleitfaden

Zur Abschätzung der Notwendigkeit und der Auswirkungen eines allfälligen Regimewechsels in der Schweizer Fusionskontrolle wurden Expertengespräche mit den folgenden Personen durchgeführt:

- Stefan Bühler: Professor für angewandte Mikroökonomie an der Universität St. Gallen und ehemaliger Vizepräsident der Wettbewerbskommission
- Rafael Corazza: Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission
- Andreas Heinemann: Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Vizepräsident der Wettbewerbskommission
- Franz Hoffet: Partner bei der Anwaltskanzlei «Homburger» und Leiter des Praxisteam «Wettbewerb»
- Reto Jacobs: Partner bei der Anwaltskanzlei «WalderWyss» und Leiter des Wettbewerbs- und Kartellrechts-Team
- Rudolf Minsch: Chefökonom von «economiesuisse», Gastprofessor für Wirtschaftspolitik an der Hochschule für Technik und Wirtschaft HTW Chur und Mitglied der Wettbewerbskommission
- Astrid Waser: Partnerin bei der Anwaltskanzlei «Lenz & Staehelin», zuständig für den Bereich «Wettbewerb und regulierte Märkte»

Die Expertengespräche wurden anhand des folgenden Leitfadens geführt:

1. Stärken und Schwächen der heutigen Fusionskontrolle

- Wo liegen die allgemeinen Stärken und Schwächen der heutigen Fusionskontrolle?
- Besteht in der schweizerischen Fusionskontrolle eine «Gesetzeslücke» bezüglich der Erfassung von unilateralen Effekten?
- Bestehen in der Schweiz andere «Lücken» aufgrund des in der Praxis angewandten Prüfungsstandards?
- Falls ja, was sind die konkreten Konsequenzen der bestehenden «Gesetzeslücke»?
- Gibt es konkrete Fusionen, die unter dem geltenden Marktbeherrschungstest zugelassen wurden, aber Ihrer Meinung nach untersagt hätten werden müssen?

2. Übernahme des SIEC-Test und allfälliger «Swissfinish»

- Würden Sie die Einführung des europäischen SIEC-Tests in der Schweiz als sinnvoll/ zweckmässig erachten?
- Welche alternativen Prüfungsstandards kämen in Frage?
- Falls der SIEC-Test übernommen würde, bräuchte es für die Schweiz spezifische Anpassungen?
- Integraler Bestandteil des europäischen SIEC-Tests ist die Effizienzverteidigung, wobei der Konsumenten- bzw. Preisstandard zur Anwendung kommt. Soll die Schweiz denselben Wohlstandsstandard wie die EU anwenden?

3. Erwartete Auswirkungen eines Regimewechsels in der Schweiz

- Welche generellen Auswirkungen würden Sie von einem Wechsel vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test in der Schweiz erwarten?
- Gehen Sie davon aus, dass sich die Interventionsrate der Wettbewerbsbehörde erhöhen würde (d.h. kommt es zu mehr Untersagungen bzw. Zulassungen mit Auflagen)?
- Gehen Sie davon aus, dass systematisch andere Fusionen vertieft geprüft würden als heute?
- Hätte ein Wechsel zum SIEC-Test in der Praxis nur Auswirkungen auf die Beurteilung von horizontalen oder auch vertikalen/konglomeraten Fusionen?
- Hätte der Übergang zum SIEC-Test – positive oder negative – Auswirkungen auf die Schweizer KMU?
- Erwarten Sie, dass die Fusionskontrolle den Unternehmen unter einem SIEC-Test generell mehr Aufwand bzw. höhere Kosten verursachen würde (d.h. würde das Verfahren aufwändiger und/oder komplexer)?
- Wären umgekehrt aufgrund der Harmonisierung mit der EU auch Kosteneinsparungen für die Unternehmen zu realisieren?
- Hätte die Einführung eines SIEC-Tests Auswirkungen auf die Rechtssicherheit?
- Erwarten Sie, dass die Einführung einer Effizienzverteidigung in der Praxis einen Unterschied machen würde?
- Der SIEC-Test gilt als wirkungsbasierter als der Dominanztest – erwarten Sie, dass die Fusionskontrolle damit ökonomischer würde (Stichwort: neue ökonomische Analyse-tools)?
- Wäre die Wettbewerbsbehörde – so wie sie heute aufgestellt ist – in der Lage, eine Fusion nach dem SIEC-Standard zu beurteilen?
- Falls nein, welche Anpassungen (organisatorisch, prozedural, personell) wäre nötig?

4. Reformbedarf der Aufgreifkriterien

- Falls in der Schweiz zu einem SIEC-Test gewechselt würde, wären gleichzeitig auch die Aufgreifkriterien zu revidieren? Z.B.:
 - Anpassung der Umsatzschwellen?
 - Abschaffung/Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG?
 - Keine/erleichterte Meldepflicht für mindestens EWR-weite Fusionen (inklusive der Schweiz)?
 - Anderes?
- Gibt es spezifischen Reformbedarf der Aufgreifkriterien aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung (Stichwort: facebook/whatsapp)?
- Wäre eine Ergänzung der Aufgreifkriterien wie in Deutschland wünschenswert; was sind die Vor- und Nachteile einer solchen Erweiterung der Aufgreifkriterien?
- Gäbe es andere Lösungen, um mit dem Problem umzugehen?

5. Weiteres

- Würde die Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz die Anpassung anderer Aspekte der Fusionskontrolle bedingen bzw. sinnvoll machen (Informationsaustausch mit ausländischen Behörden, Fristenangleichung an die EU, Entfallen der Meldepflicht bei EWR-weiten Märkten etc.)?

- Erachten Sie zur Vereinheitlichung der Verfahrensregeln die Möglichkeit der Fristverlängerung mit Zustimmung der meldenden Parteien bei Transaktionen, die auch in der EU gemeldet werden, als sinnvoll?
- Gäbe es andere wichtige Revisionsanliegen, die im Falle einer Modernisierung der Fusionskontrolle berücksichtigt werden sollten?

III Anhang: Ausländische Experten und Interviewleitfaden

Mit Blick auf die Erfahrungen mit dem Wechsel von einem Marktbeherrschungs- zu einem SIEC-Test in Belgien, Deutschland und Schweden wurden Interviews mit den folgenden ausländischen Experten durchgeführt:

Belgien

- Jaques Steenbergen: Präsident der belgischen Wettbewerbsbehörde («Autorité belge de la Concurrence»)
- Christian Huveneers: Associate bei Oxera und Gutachter («panel member») der belgischen Wettbewerbsbehörde («Autorité belge de la Concurrence»)

Deutschland

- Arndt Christiansen: Stellvertretender Referatsleiter «Ökonomische Grundsatzfragen» des Bundeskartellamts
- Torsten Körber: Professor für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen

Schweden

- Arvid Fredenberg: Chefökonom der schwedischen Wettbewerbsbehörde («Konkurrensverket»)
- Sten Nyberg: Professor für Ökonomie an der Stockholm Universität und ehemaliger Chefökonom der schwedischen Wettbewerbsbehörde («Konkurrensverket»)

Marie Östman: Rechtsanwältin bei der Anwaltskanzlei «Vingen», zuständig für den Bereich «EU, Competition & Regulatory»

Die Expertengespräche wurden anhand des folgenden Leitfadens geführt:

1. Länderspezifische Anpassungen des SIEC-Test

- Wurde in Belgien/Deutschland/Schweden der SIEC-Test der EU eins zu eins übernommen oder gab es länderspezifische Anpassungen?
- Falls ja, welche und was waren die konkreten Überlegungen, die zu den Anpassungen führten?
- Welcher Wohlfahrtsstandard kommt im Rahmen der Effizienzprüfung zur Anwendung?

2. Auswirkungen des Regimewechsels

- War der Regimewechsel in ihrem Land umstritten und was waren die generellen Befürchtungen? Was waren die Hoffnungen?
- Haben sich allfällige Befürchtungen und Hoffnungen im Nachhinein bestätigt oder nicht?

- Hat sich die Interventionsrate der Wettbewerbsbehörde erhöht (d.h. kommt es zu mehr Untersuchungen bzw. Zulassungen mit Auflagen)?
- Werden unter dem SIEC-Test systematisch andere Fusionen vertieft geprüft als früher?
- Hatte die Einführung des SIEC-Test in der Praxis nur Auswirkungen auf die Beurteilung von horizontalen oder auch vertikalen/konglomeraten Fusionen?
- Hatte der Übergang zum SIEC-Test – positive oder negative – Auswirkungen auf die KMU?
- Verursacht der SIEC-Test den Unternehmen im Vergleich zu früher einen höheren Aufwand bzw. höhere Kosten (d.h. sind die Verfahren aufwändiger und/oder komplexer geworden)?
- Hat es die Harmonisierung mit der EU umgekehrt den Unternehmen auch erlaubt Kosteneinsparungen zu realisieren?
- Macht die integrale Effizienzverteidigung im SIEC-Test in der Praxis einen effektiven Unterschied?
- Gibt es Fälle, die aufgrund von Effizienzgründen zugelassen wurden?
- Hatte die Einführung eines SIEC-Tests Auswirkungen auf die Rechtssicherheit?
- Allgemein gilt der SIEC-Test als wirkungsbasierter als der Dominanztest – ist die Fusionskontrolle in ihrem Land durch die Einführung des SIEC-Tests ökonomischer geworden?
- Werden in der Fusionskontrolle heute ökonomische Analysetools verwendet, die es früher so nicht gab (z.B. Merger Simulation)?
- Musste die Wettbewerbsbehörde organisatorische, prozedurale oder personelle Anpassungen vornehmen, um Fusionen neu nach dem SIEC-Standard zu beurteilen?
- Konnten Sie von den Erfahrungen, Präjudizen etc. von anderen Wettbewerbsbehörden profitieren?
- Gibt es «lessons learned» die Sie der Schweiz auf den Weg mitgeben würden?

3. Reform der Aufgreifkriterien

a) Fragen an die deutschen Experten

- Wurden in Deutschland im Rahmen der 8. GWB Novelle auch die Aufgreifkriterien angepasst und – falls ja – bestand ein kausaler Zusammenhang mit der Einführung des SIEC-Tests?
- Im Zusammenhang mit der fortschreitenden Digitalisierung wurden im Rahmen der 9. GWB Novelle in Deutschland die Aufgreifkriterien erweitert. Weshalb und war dieser Schritt effektiv notwendig?
- Gibt es andere Länder, die eine solche Reform der Aufgreifkriterien diskutieren/planen oder bereits umgesetzt haben?
- Was sind die Vor- und Nachteile eines Aufgreifkriteriums, das auf den Transaktionswert abstellt?
- Gäbe es andere Lösungen, um mit den (allfälligen) Problemen, die die fortschreitende Digitalisierung in der Fusionskontrolle schafft, umzugehen?
- Gibt es bereits erste Erfahrungen mit dem neuen Aufgreifkriterium?

b) Fragen an die belgischen und schwedischen Experten

- Wurden in Belgien/Schweden im Rahmen des Regimewechsels auch die Aufgreifkriterien angepasst und – falls ja – bestand ein kausaler Zusammenhang mit der Einführung des SIEC-Tests?

- Gibt es spezifischen Reformbedarf der Aufgreifkriterien aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung (Stichwort: «facebook/whatsapp»)?
- Plant man in Belgien/Schweden irgendwelche Schritte, wie sie z.B. in Deutschland vorgenommen wurden?
- Was sind die Vor- und Nachteile einer solchen Erweiterung der Aufgreifkriterien?
- Gäbe es andere Lösungen, um mit den (allfälligen) Problemen, die die fortschreitende Digitalisierung in der Fusionskontrolle schafft, umzugehen?

swiss economics

Swiss Economics SE AG
Weinbergstrasse 102
CH-8006 Zürich

T: +41 (0)44 500 56 20
F: +41 (0)44 500 56 21

office@swiss-economics.ch