

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet Gantner, P. Breitschmid,
A. Büchler, H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin,
D. Jakob, P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Samuel Indermühle

Die umsatzunabhängige
Meldepflicht von
Unternehmenszusammenschlüssen
im Schweizer Kartellgesetz

Inhaltsverzeichnis

Einleitende Zusammenfassung	V
Inhaltsübersicht	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Sigelverzeichnis	XXIX
Literaturverzeichnis	XXXI

Teil I Grundlagen 1

1 Das Kartellgesetz im System des Wettbewerbsrechts 3

2 Die Wettbewerbsbehörden 7

2.1 Die Wettbewerbskommission	7
2.2 Das Sekretariat der Wettbewerbskommission	11
2.3 Das Bundesverwaltungsgericht	13
2.4 Das Bundesgericht	14
2.5 Der Bundesrat	15
2.6 Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement	18
2.7 Zivilgerichte	19
2.8 Der Preisüberwacher	20
2.9 Die Finanzmarktaufsicht	20
2.10 Die sektoriellen Regulierungsbehörden	21
2.11 Die EU-Kommission	23

3 Die Verfahren des Kartellgesetzes 27

3.1 Übersicht	27
3.2 Das Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen	28
3.2.1 Eröffnung einer Untersuchung	29
3.2.2 Rechtsschutz bei der Eröffnung einer Untersuchung	31

3.2.3	Durchführung einer Untersuchung	35
3.2.4	Abschluss einer Untersuchung	39
3.3	Das Verfahren zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen	40
3.3.1	Übersicht über das Verfahren	40
3.3.2	Eröffnung des Vorprüfungsverfahrens	41
3.3.3	Durchführung des Vorprüfungsverfahrens	44
3.3.4	Abschluss des Vorprüfungsverfahrens	44
3.3.5	Eröffnung des Prüfungsverfahrens	46
3.3.6	Durchführung des Prüfungsverfahrens	47
3.3.7	Abschluss des Prüfungsverfahrens	48
4	Legalitätsprinzip und Rechtsgleichheitsgebot im Schweizer Verwaltungsverfahren	51
4.1	Legalitätsprinzip	52
4.2	Rechtsgleichheit und Willkürverbot	55
Teil II	Aufgreifschwelen im internationalen Vergleich und die Entstehung von Art. 9 Abs. 4 KG	57
5	Die Ausgestaltung der Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse in ausgewählten Rechtsordnungen	59
5.1	Kenngrossen für Meldepflichten im Allgemeinen	59
5.2	Deutschland	60
5.3	Frankreich	65
5.4	Spanien	66
5.5	Vereinigtes Königreich	67
5.6	Weitere Rechtsordnungen	70
6	Die Vorschläge umsatzunabhängiger Meldepflichten in der EU	77
6.1	Vom EGKSV 1951 zum Continental Can-Urteil 1971	77
6.2	Die Marktanteilskriterien in den Vorschlägen für eine FKVO 1973 bis 1986	80

6.3	Philip Morris, gemeinschaftsweite Bedeutung und die VO 4064/89	84
6.4	Erfahrungen mit der VO 4064/89 und der Weg zur VO 139/2004	89
6.4.1	Überschiessende Kontrolle und Kontrolllücken durch das Kriterium der gemeinschaftsweiten Umsätze	89
6.4.2	Der Vorschlag der Kommission für ein umsatzunabhängiges Aufgreifkriterium	92
6.4.3	Die erweiterte Kontrollbefugnis der Kommission in der VO 139/2004	94
6.5	Fazit	97
7	Die umsatzunabhängige Meldepflicht im Schweizer Kartellgesetz	99
7.1	Einleitende Bemerkungen	99
7.2	Kurze Geschichte der Schweizer Zusammenschlusskontrolle	99
7.2.1	Von der Weltwirtschaftskrise zum Kartellgesetz von 1962	99
7.2.2	Die Motion Schürmann und das Kartellgesetz von 1985	103
7.2.3	Das EWR-Nein und das Kartellgesetz von 1995	105
7.3	Entwicklung des umsatzunabhängigen Meldekriteriums	109
7.3.1	Die Unzulänglichkeit der Umsatzschwellen und der Vorschlag eines marktanteilsbasierten Meldekriteriums	109
7.3.2	Die festgestellte Marktbeherrschung als Meldekriterium	111
7.4	Herausforderungen in der Anwendung des Meldekriteriums	114

Teil III	Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG unter Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Institute	117
8	Die Relevanz des Verfahrensrechts für die Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG	119
9	Streitgegenstand und Rechtskraft	121
9.1	Grundsätzliche Identität von Streitgegenstand und Rechtskraft im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht . . .	121
9.2	Streitgegenstandstheorien des Zivilprozessrechts	122
9.3	Streitgegenstandstheorien des Verwaltungsprozessrechts	124
9.4	Der Rechtskraftbegriff in der Rechtsordnung	126
9.5	Formelle Rechtskraft	127
9.6	Materielle Rechtskraft	129
9.6.1	Umfang und objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft	129
9.6.1.1	Der Subsumtionsschluss über den Streitgegenstand als Objekt der materiellen Rechtskraft	130
9.6.1.2	Keine materielle Rechtskraftwirkung von Vorfrageentscheiden	132
9.6.1.3	Zur Formel «das Dispositiv erwächst in Rechtskraft»	135
9.6.2	Subjektive und zeitliche Grenzen der materiellen Rechtskraft	136
9.6.3	Wirkungen der materiellen Rechtskraft	137
10	Verfahrensgegenstand und Bestandskraft	141
10.1	Der Verfahrensgegenstand im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren	141
10.2	Die Bestandskraft erstinstanzlicher Verfügungen . . .	143
10.2.1	Unterschiede zwischen Gerichtsentscheiden und erstinstanzlichen Verfügungen	143
10.2.2	Bestandskraft als Regelung von Aufhebungs- und Abweichungsverboten	146

10.3	Formelle Bestandskraft	150
10.4	Materielle Bestandskraft	151
10.4.1	Umfang und objektive Grenzen der materiellen Bestandskraft	152
10.4.1.1	Der Regelungsgegenstand als Objekt der materiellen Bestandskraft	152
10.4.1.2	Keine materielle Bestandskraft der Vorfragen	154
10.4.2	Subjektive und zeitliche Grenzen der materiellen Bestandskraft	155
10.4.3	Wirkungen und Reichweite der materiellen Bestandskraft	156
11	Weitere Entscheidungswirkungen	159
11.1	Übersicht	159
11.2	Tatbestandswirkung	159
11.3	Feststellungswirkung	160
11.3.1	Verbindlichkeit von Tatsachenfeststellungen oder Vorfragen	160
11.3.2	Abgrenzung zur Feststellung über den Prozessanspruch	164
12	Feststellungsverfügungen	165
12.1	Wesen und Bindungswirkung	165
12.2	Bestand, Nichtbestand oder Umfang von Rechten und Pflichten	167
12.3	Feststellungsverfügungen über materielle Vorfragen . .	169
12.3.1	Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Grundlage für die Feststellung von Tatsachen und Vorfragen	169
12.3.2	Keine Feststellung von Sachverhaltselementen oder Tatsachen aufgrund konnexer Rechts- folgen	172
12.4	In Zwischenverfügungen festgestellte Vorfragen	176

13 Die rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung	179
13.1 Die Ansichten in der Lehre	179
13.2 Die Ansichten in der Praxis	181
13.3 Unzulässigkeit einer rechtskräftigen Feststellung	184
13.3.1 Keine Feststellungsverfügung aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG	184
13.3.2 Keine Feststellungsverfügung aufgrund von Art. 7 KG	187
13.3.3 Keine Feststellungsverfügung aufgrund von Art. 10 KG	188
13.3.4 Fazit	190
14 Eine neue Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG	191
14.1 Auslegungselemente	191
14.2 Grammatikalische Auslegung von Art.9 Abs. 4 KG	193
14.2.1 Der deutschsprachige Wortlaut	193
14.2.2 Der französischsprachige Wortlaut	195
14.2.3 Der italienischsprachige Wortlaut	197
14.2.4 Zusammenfassung der grammatikalischen Auslegung	198
14.3 Systematische Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG	198
14.3.1 Äussere Systematik	198
14.3.2 Innere Systematik	199
14.4 Teleologische Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG	201
14.5 Schlussfolgerung	203
Teil IV Die rechtmässige und rechtsgleiche Unterstellung unter die erweiterte Meldepflicht	205
15 Rechtmässigkeit und Rechtsgleichheit in der Abklärung der Marktstellung	207
15.1 Pflicht zur Abklärung der Marktstellung?	207

15.2 Gesetzliche Grundlage für die Abklärung der Marktstellung	208
15.3 Entschliessungsermessen hinsichtlich der Abklärung?	210
15.3.1 Kein Entschliessungsermessen aufgrund der gesetzlichen Grundlage	210
15.3.2 Zur vorgeschlagenen Ermessensausübung durch die Weko	211
15.4 Fazit: Stets gebotene Abklärung der Marktstellung	215
16 Die Unterstellung unter die umsatzunabhängige Meldepflicht in der Verhaltenskontrolle	219
16.1 Unterstellung nur im Untersuchungsverfahren	219
16.2 Verfahrenseröffnung und -gegenstand von Untersuchungen	220
16.2.1 Eröffnungsvoraussetzungen von Untersuchungen nach Art. 7 KG	220
16.2.2 Ausdehnung eines Verfahrens zur Untersuchung nach Art. 5 KG auf eine Verletzung von Art. 7 KG	223
16.2.3 Keine Eröffnung eines Verfahrens nur aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG	224
16.2.4 Rechtsschutz gegen Untersuchungseröffnungen ohne genügende Hinweise auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	224
16.3 Der sachliche Umfang der Abklärung der Marktstellung	225
16.4 Der persönliche Umfang der Abklärung der Marktstellung	227
16.4.1 Einschränkung nach der Hauptbeteiligung am Verfahren	228
16.4.2 Verletzung des Legalitätsprinzips bei Ausdehnung der umsatzunabhängigen Meldepflicht	229
16.4.3 Verletzung des Gleichbehandlungsgebots bei Ausdehnung der umsatzunabhängigen Meldepflicht	229

16.4.4	Fazit zur persönlichen Reichweite der umsatzunabhängigen Meldepflicht	231
16.5	Unterstellung durch Feststellungsverfügung	232
16.5.1	Ausgangslage: Unterlassungs- und Sanktions- verfügung oder Einstellungsverfügung	232
16.5.2	Rechtsschutzüberlegungen zur Unterstellung unter die umsatzunabhängige Meldepflicht . . .	232
17	Die Unterstellung unter die umsatzunabhängige Meldepflicht in der Zusammenschlusskontrolle	235
17.1	Bisherige Praxis	235
17.1.1	In Fällen ohne Auflagen oder Bedingungen . .	235
17.1.2	In Fällen mit Auflagen oder Bedingungen oder bei Untersagung des Zusammenschlusses	236
17.2	Feststellung im Vorprüfungs- und Prüfungsverfahren .	238
17.2.1	Unterstellung im Vorprüfungs- und im Prüfungsverfahren	238
17.2.2	Unterstellung sowohl bei behördlichen Eingriffen als auch bei Freigaben	239
17.3	Verfahrensgegenstand als objektive Grenze der Abklärung	240
17.4	Die Schwelle der Feststellung der Marktbeherrschung .	243
17.5	Die persönliche Reichweite der Abklärung der Marktstellung	243
17.6	Unterstellung durch Feststellungsverfügung	244
18	Zusammenfassung und Fazit für die Rechtsanwendung	247
Teil V	Kritik an Art. 9 Abs. 4 KG und Anregungen für eine geeignetere gesetzliche Regelung	249
19	Kritik an Art. 9 Abs. 4 KG als Aufgreifkriterium	251
19.1	Ziel der Rechtssicherheit wird nicht erfüllt	251

19.2	Rechtmässige und rechtsgleiche Anwendung ist kaum zu erreichen	252
19.3	Einführung der SIEC-Prüfung in der Zusammenschlusskontrolle	253
19.4	Erfassen zu vieler Zusammenschlüsse ohne Wettbewerbsrelevanz	254
19.5	Fehlende Klarheit und einfachen Anwendbarkeit des Meldekriteriums	256
19.6	Fazit: Art. 9 Abs. 4 KG sollte aufgehoben werden . . .	257
20	Ausblick: Gestaltung eines alternativen subsidiären Aufgreifkriteriums	259
20.1	Notwendigkeit eines subsidiären Aufgreifkriteriums? .	259
20.2	Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz	260
20.3	Mögliche Ausgestaltung eines subsidiären Aufgreifkriteriums	261
20.3.1	Vermutung antikompetitiver Effekte	261
20.3.2	Aufgriff anhand vergangener Zusammen- schlüsse	262
21	Zusammenfassung und Fazit für die Gesetzgebung	265
	Anhang	269
	Verzeichnis der Gesetze und Gesetzesmaterialien	271
	Verzeichnis weiterer offizieller Berichte und Materialien	283
	Bisherige Meldungen aufgrund einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs 4 KG	287
	Sachregister	296