



XXXVII. Atelier de la Concurrence

25 Jahre KG – Praxisentwicklungen zur «Fusionskontrolle»

21. September 2021

Mario Strebel



KG 95 – Einführung der präventiven Fusionskontrolle

«Ein ausgewogenes Wettbewerbsrecht kann heute kaum mehr ohne **präventive Fusionskontrolle** auskommen. Die vorgeschlagene Regelung ist **massvoll** konzipiert. Die Genehmigungspflicht setzt bei **hohen Schwellenwerten** ein, so dass davon nicht sehr viele Zusammenschlüsse betroffen werden. Eine Genehmigung kann nur verweigert werden, wenn die Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens eine **Beseitigung** wirksamen Wettbewerbs zur Folge hätte. Eine solche Beseitigungsgefahr ist **selten gegeben**. Sie besteht grundsätzlich nur auf Märkten, bei denen der Zutritt neuer (ausländischer) Wettbewerber rechtlich oder tatsächlich erschwert ist.»

Quelle: Botschaft zum KG 95; BBl 1995, 468

A spotlight shines down from the top center of the frame, creating a bright, teardrop-shaped beam of light that tapers towards the top. The light illuminates a circular area on the dark, textured floor below. The rest of the scene is in deep shadow.

These 1

Viel Lärm um nichts!

Einige Zahlen zur Fusionskontrolle der letzten 25 Jahre

- 754 Meldungen (Ø 30 p.a.)
- 68 Phase 2-Prüfungen (Ø 2.7 p.a.)
- 16 Zulassungen unter Bedingungen oder Auflagen (4 nach Phase 1)
- 3 Untersagungen
- 7 Bewilligungen des vorzeitigen Vollzugs
- 11 Sanktionen wegen Verletzung der Meldepflicht und/oder des Vollzugsverbots

⇒ Die Aussagen der Botschaft treffen zu!



These 2

Das Bundesgericht bestätigte
und schärfte zusätzlich!

Swissgrid – Der bundesgerichtliche Leitentscheid

- BGE 133 II 104 – Bestätigung der qualifizierten Marktbeherrschung und des Kausalitätserfordernisses
 - Die Wettbewerbsbeseitigung stellt eine eigenständige rechtliche Voraussetzung für den behördlichen Eingriff dar (vgl. E. 6, insb. E. 6.3: «[...] *einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stellt* [...]»)
 - Gemäss Bundesgericht bestand auf dem schweizerischen Höchstspannungsnetz im Entscheidzeitpunkt weder aktuell noch potentiell Wettbewerb. Damit lagen die Eingriffsvoraussetzungen im Rahmen der Fusionskontrolle nicht vor (E. 7 und 8)

⇒ *Angesichts der sehr hohen Hürden erschien ein Eingriff fast ausgeschlossen*

A spotlight shines down from the top center of the frame, creating a bright, teardrop-shaped beam of light that tapers towards the top. The light illuminates a circular area on the dark, textured floor below. The rest of the scene is in deep shadow.

These 3

Die WEKO bot Paroli, oder auch nicht!

WEKO Leitentscheide (Auswahl)

- Meldepflicht analog Art. 9 Abs. 4 KG mittels Auflagen
 - RPW 1998/1, 39 ff. – *Le Temps*
 - RPW 2003/4, 794 ff. – *Edipresse/Ringier – Le Temps*
 - RPW 2008/1, 129 ff. – *Migros/Denner*
- Auflagen, mit aufwändiger Prüfung
 - RPW 1998/2, 278 ff. – *SBG/SBV*
 - RPW 2008/1, 129 ff. – *Migros/Denner*
- Untersagungen
 - RPW 2004/2, 529 ff. – *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*
 - RPW 2010/3, 499 ff. – *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*
 - RPW 2018/3, 616 ff. – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*
- Zulassung trotz Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeseitigung
 - RPW 2020/2, 658 ff. – *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*



These 4

*«Man muss die Zukunft abwarten und die
Gegenwart geniessen oder ertragen»*

Wilhelm von Humboldt

Fazit

- Die Zahl der Meldungen wird im Vergleich zu den möglichen Eingriffen hoch bleiben
- Angesichts der sehr hohen Eingriffsvoraussetzungen rechtfertigt sich wohl der Ruf nach einer Modernisierung der Fusionskontrolle
- Selbst bei Einführung eines SIEC-Tests nach europäischem Vorbild bleiben die umsatzbezogenen Meldeschwellen sehr hoch, insb. im europäischen Vergleich
- Selbst bei einer Revision bleibt die Frage: «*Where is the Gap?*»

Vielen Dank für Ihr Interesse und Ihre Aufmerksamkeit!

Mario Strebel

CORE Rechtsanwälte AG

Dufourstrasse 105

8008 Zürich

mario.strebel@core-attorneys.com

+41 43 555 70 07