

Besprechung / Comptes rendus

Die umsatzunabhängige Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen im Schweizer Kartellgesetz

SAMUEL INDERMÜHLE

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2014, XLV + 301 Seiten, CHF 84.–, EUR 75.–,
ISBN 978–3–7255–6897–0

Die Dissertation von SAMUEL INDERMÜHLE ist als Band 258 der Reihe «Zürcher Studien zum Privatrecht» erschienen und auch als E-Paper erhältlich. Sie setzt sich mit Art. 9 Abs. 4 Kartellgesetz (KG) bzw. der umsatzunabhängigen Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen im Schweizer Kartellgesetz auseinander. Die Leserschaft wird über die Zielsetzung des Autors zwar im Unklaren gelassen, doch besteht diese in der eingehenden Analyse des genannten Artikels. INDERMÜHLE kommt damit das Verdienst zu, mit seiner Dissertation ein bis anhin wenig bearbeitetes Teilrechtsgebiet des Schweizer Kartellrechts umfassend darzustellen.

In einem ersten Teil werden die Grundlagen erörtert und Ausführungen zum Verfahren des Kartellgesetzes sowie zum Legalitätsprinzip und zum Rechtsgleichheitsgebot im Schweizer Verwaltungsverfahren gemacht (S. 1–56). Anschliessend werden rechtsvergleichend die Meldepflichten von Unternehmenszusammenschlüssen in verschiedenen Rechtsordnungen und die Entwicklung der umsatzunabhängigen Meldepflicht im Schweizer Kartellgesetz aufgezeigt (S. 59–116). INDERMÜHLE befasst sich sodann unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Institute mit der Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG (S. 117–203). Im vierten Teil der Dissertation widmet sich der Autor der rechtmässigen und rechtsgleichen Unterstellung unter die erweiterte Meldepflicht (S. 205–248). Abschliessend wartet die Dissertation mit Kritik an der gegenwärtigen Meldepflicht und Anregungen für eine geeignetere gesetzliche Regelung auf (S. 249–267). Eine besondere Erwähnung verdient die im Anhang befindliche Liste über die bisherigen Meldungen aufgrund einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG (S. 288–295). Dieser äusserst praktische Überblick, der zudem auch Informationen zum jeweils beherrschten und auslösenden Markt enthält, berücksichtigt alle Entscheide, die in «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) bis Juli 2013 (RPW 2013/2) publiziert wurden.

Im Rahmen der Ausführungen zum Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen hinterfragt INDERMÜHLE die Auffassung der herrschenden Lehre und der Praxis, wonach der Entscheid über die Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung (Art. 27 KG) keine Verfügung darstellt (S. 31–35). Es würden gute Gründe für die Annahme einer Verfügung sprechen, wobei die Wahrung des Rechtsschutzes im Vordergrund steht. Der Autor schlägt in Anlehnung an die Strafprozessordnung (StPO) den Erlass (zumindest) einer Eröffnungsverfügung vor. Dies leuchtet dem Rezensenten vor dem Hintergrund des Rechtsschutzes insofern nicht vollständig ein, als die Eröffnungsverfügung nach Art. 309 Abs. 3 StPO nicht anfechtbar ist.

Aufschlussreich ist der Überblick über die Ausgestaltung der Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse in verschiedenen Rechtsordnungen (S. 59–75). INDERMÜHLE stellt allgemein fest, dass subsidiäre Aufgreifschwelle für Unternehmenszusammenschlüsse im kontinentaleuropäischen Rechtsraum am Verschwinden sind; es wird vornehmlich auf die Mindestumsätze der beteiligten Unternehmen abgestellt. Interessant ist bspw., dass das chinesische Antimonopolgesetz ursprünglich marktanteilsbasierte Aufgreifschwelle vorsah. Als erkannt wurde, dass die Bestimmung des relevanten Marktes mit etlichen Problemen belastet sein kann, wurde das Vorhaben fallen gelassen und auf die Umsätze abgestellt (S. 74). Auch die Europäische Kommission versuchte wiederholt, neben den Umsatzschwellen anderweitige Aufgreifkriterien zu definieren, scheiterte jedoch jeweils an der ungenügenden Rechtssicherheit, die damit geschaffen worden wäre (S. 97).

Weltweit einmalig sei die umsatzunabhängige Meldepflicht des Schweizer Kartellgesetzes, die an einer festgestellten marktbeherrschenden Stellung anknüpft (S. 99). Bevor INDERMÜHLE sich damit näher auseinandersetzt, führt er die Leserschaft kurzerhand durch die Geschichte des Schweizer Kartellgesetzes. Etwas verhalten lässt der Autor verlauten, dass eine Fusionskontrolle womöglich gar nicht notwendig sei; eine Überprüfung der Notwendigkeit würde den Rahmen der Dissertation indes sprengen (S. 109). Weshalb die umsatzunabhängige Meldepflicht initiiert wurde, lässt sich dem Autor zufolge nicht mehr feststellen (S. 111). Besagtes Aufgreifkriterium war aber nicht unumstritten, wurde der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats doch dessen Streichung beantragt. Art. 9 Abs. 4 KG fand schliesslich durch den Stichentscheid des Ständeratspräsidenten Einzug in das Schweizer Kartellgesetz von 1995 (S. 113).

Im dritten Teil der Dissertation kommt der Autor erstmals auf einige der Problematiken zu sprechen, die Art. 9 Abs. 4 KG auslöst. Leider fehlt zu Beginn eine Art Ist-Analyse der Problemstellungen; die Leserschaft sieht sich ohne Vorbereitung mit Auslegungsfragen konfrontiert. Unklar ist zunächst, was unter dem Kriterium der rechtmässig festgestellten Marktbeherrschung verstanden werden muss. Die Lehre hat sich bisher dazu kaum geäussert. INDERMÜHLE ist der revolutionär anmutenden Auffassung, dass für eine Feststellungsverfügung über den Bestand einer marktbeherrschenden Stellung gar keine gesetzliche Grundlage besteht (S. 190). Weder Art. 9 Abs. 4 KG selbst, noch Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen) oder Art. 10 KG (Beurteilung von Zusammenschlüssen) würden sich dafür eignen. Wäre INDERMÜHLE zu folgen, wofür in der Tat gute Gründe bestehen, hätte dies weitreichende Konsequenzen: Art. 9 Abs. 4 KG wäre toter Buchstabe.

Der Autor schlägt deshalb eine neue Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG vor (S. 191–203). Für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG soll ausreichen, dass die marktbeherrschende Stellung im Rahmen der Erwägungen einer Verfügung festgestellt wird, die in Rechts- oder Bestandskraft erwächst. INDERMÜHLE stellt hierfür in erster Linie auf die französische und italienische Fassung von Art. 9 Abs. 4 KG ab; die systematische und teleologische Auslegung würden ebenfalls nicht gegen eine derartige Interpretation sprechen. INDERMÜHLE leistet damit einen wichtigen Denkanstoss.

Im vierten Teil der Dissertation wird ein weiterer Problembereich angesprochen: die Ungleichbehandlung von Unternehmen. So sind, sollten die Umsatzschwellen nicht greifen, nämlich lediglich diejenigen marktbeherrschenden Unternehmen zur Meldung verpflichtet, deren marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt wurde. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung. INDERMÜHLE will das Problem damit lösen, dass die Marktstellung in kartellrechtlichen Verfahren stets zu prüfen ist (S. 207–217). Diese Forderung schießt nach Auffassung des Rezensenten über das Ziel hinaus und dürfte zu erheblichem Aufwand der Wettbewerbsbehörde (Weko) führen.

Zuzustimmen ist der Auffassung des Autors, wonach das Dispositiv im Vorprüfungs- und Prüfungsverfahren zumindest darüber Auskunft zu geben hat, ob zukünftige Zusammenschlüsse unter Beteiligung der betroffenen Unternehmen der umsatzunabhängigen Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstehen (S.219–245).

Keine eingehende Betrachtung erfahren bedauerlicherweise drei weitere Probleme, die mit Art. 9 Abs. 4 KG verbunden sind. So kennt die umsatzunabhängige Meldepflicht weder eine zeitliche, noch eine sachliche Beschränkung, die sich an den Umsätzen orientiert. Weiter ist problematisch, dass Art. 9 Abs. 4 KG eine Marktabgrenzung voraussetzt. Die Marktabgrenzung ist mitunter ein äusserst komplexes Unterfangen, sodass die Weko in der Vergangenheit verschiedentlich um Beratung angefragt wurde. INDERMÜHLE identifiziert diese Probleme zwar und weist im fünften Teil der Dissertation im Rahmen der Kritik an Art. 9 Abs. 4 KG auch auf diese hin, doch bleibt eine eingehende Auseinandersetzung aus (S. 251–258). Schade ist, zumal der Autor sicherlich über das notwendige Know-how verfügt hätte, dass kein eigentlicher Vorschlag für die Gestaltung eines alternativen subsidiären Aufgreifkriteriums gemacht wird; im Rahmen eines Ausblicks werden dazu lediglich Denkanstösse gegeben (S. 259–263).

Insgesamt liest sich die Dissertation von INDERMÜHLE flüssig, der Autor kommt schnell zum Punkt. Die Dissertation bereichert die kartellrechtliche Literatur mit der Aufbereitung eines bis anhin noch zu wenig behandelten Bereichs des Schweizer Kartellrechts. Zudem regt INDERMÜHLE allgemein dazu an, die geltende umsatzunabhängige Meldepflicht zu überdenken. Die Dissertation von INDERMÜHLE ist daher der Lehre, der Rechtsprechung und insbesondere auch der Politik bzw. dem Gesetzgeber zur Lektüre empfohlen.

Dr. iur. Kevin M. Hubacher, Luzern