



## **Vernehmlassung zum Entwurf eines neuen Meldeformulars „Zusammenschlussmeldung“ des Sekretariats der Wettbewerbskommission**

### **Vorbemerkungen**

Die Studienvereinigung Kartellrecht (Arbeitsgruppe Schweiz) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des überarbeiteten „Merkblatts und Formulars: Meldung eines Zusammenschlussvorhabens“ (das „**Formular**“).

Das Formular wurde zuletzt anlässlich der ersten grossen Revision des Kartellgesetzes („KG“) von 2003 am 6. Mai 2004 revidiert. Die vergangenen 10 Jahre haben dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission ausreichend Zeit zur Fortentwicklung ihrer Praxis gelassen, so dass eine Überprüfung des Formulars nun angezeigt ist. Zudem wurden die Formblätter der Europäischen Kommission zur EU-Fusionskontrolle erst zum Jahresende 2013 überarbeitet mit dem Ziel, das Meldeverfahren zu entschlacken und effizienter zu gestalten.

Aufgrund zweier anstehender Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht ist es allerdings wahrscheinlich, dass das Formular erneut zu überprüfen sein wird. Die zweite grosse Revision des KG steht in der parlamentarischen Debatte. Mit dem Nichteintretensentscheid des Nationalrats vom März 2013 ist das Schicksal dieser Revision ungewiss. Nicht nur aufgrund der vorgesehenen Änderungen zu den kartellrechtlichen Institutionen, sondern auch aufgrund des vorgeschlagenen Art. 9 Abs. 1 bis E-KG hätte die Revision auf das Fusionskontrollverfahren und das Formular prüfungswürdige Auswirkungen (siehe dazu die Vernehmlassung der Studienvereinigung Kartellrecht Arbeitsgruppe Schweiz vom 19. November 2010).

Auch das noch nicht in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte (das „**Kooperationsabkommen**“) tangiert das Fusionskontrollverfahren. Die schweizerischen und europäischen Behörden werden sich gegenseitig Phase II-Verfahren notifizieren (Art. 3) und der in Art. 7 ff. vorgesehene Informationsaustausch findet auch auf das Fusionskontrollverfahren Anwendung. Mit Inkrafttreten des Kooperationsabkommens dürfte weiterer Anpassungsbedarf für das Formular, vor allem hinsichtlich des I. Teils, resultieren.

Mit der vorliegenden Revision sollten vor allem die in den letzten 10 Jahren erfolgten Entwicklungen der Praxis in verlässlicher Weise festgehalten und Möglichkeiten für eine effiziente Verfahrensgestaltung aufgegriffen werden. Es scheint auch, dass die Dienste des Sekretariats die Anforderungen an fusionskontrollrechtliche Meldungen unterschiedlich auslegen. Das Formular kann deshalb zu einer Vereinheitlichung beitragen.

Unter dem Aspekt eines effizienteren, vereinfachten Fusionskontrollverfahrens messen wir vor allem dem Institut der erleichterten Meldung (Art. 12 VKU) zunehmende Bedeutung bei. Phase II-Verfahren bilden die Ausnahme in der Praxis der Wettbewerbskommission, doch gelten für von vornherein unbedenkliche Vorhaben zunächst dieselben Anforderungen. In der EU qualifizieren sich über die Hälfte der gemeldeten Zusammenschlussvorhaben für das vereinfachte Verfahren und das vereinfachte Formblatt CO. Bisher haben die Wettbewerbskommission und das Sekretariat ein vergleichbares Instrument einer vereinfachten Meldung nicht entwickelt, obwohl Art. 12 VKU dazu Handhabe böte. Die Unternehmen sind nach wie vor darauf verwiesen, das Sekretariat bzw. den zuständigen Dienst einzelfallweise zu konsultieren.

Es ist uns bewusst, dass es mit einem gewissen Aufwand verbunden wäre, das Institut einer vereinfachten Meldung in diesem oder in einem separaten Formular umzusetzen. Wir stehen einem fortlaufenden Dialog dazu offen gegenüber, auch unter Berücksichtigung des weiteren Verlaufs der KG-Revision.

Im Allgemeinen sollte das Formular inskünftig in kürzeren Intervallen auf Revisionsbedarf überprüft werden.

Unsere nachfolgenden Bemerkungen richten sich systematisch nach dem Aufbau des Formulars. Gewisse Wiederholungen lassen sich dabei nicht vermeiden.

### **Bemerkungen zu einzelnen Anpassungen im Formular**

#### **Teil I Abschnitt A / Rz. 2 und 3: „Allgemeine“ Fragen und „Mitteilung neue Praxis bei Zusammenschlussvorhaben“**

Das Sekretariat weist neu darauf hin, es sei bereit, „allgemeine“ Fragen zum Formular zu beantworten.

In der Praxis ist es eher die „*Pre-Notification Consultation*“, die in Rz. 23 des Formulars aufgenommen wurde, in welcher Fragen zum Formular im Hinblick auf konkrete Vorhaben geklärt werden. Diese Beratungsphase hat eine wichtige Funktion im Fusionskontrollverfahren.

Wir regen deshalb an, in diesem einleitenden Abschnitt auf die „*Pre-Notification Consultation*“ hinzuweisen, weil sie sich als das praktisch relevante Instrument erwiesen hat.

Die in diesem Absatz ebenfalls erwähnte Mitteilung zur neuen Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen (nachfolgend die „**Mitteilung**“) ist eine wichtige Erkenntnisquelle. Es ist richtig, auf die Mitteilung dynamisch zu verweisen, weil sie sich mit eigenen Revisionen im Fluss befindet. Die Fundstelle der „Mitteilung“ sollte angegeben werden.

#### **Teil I Abschnitt B / Rz. 4 und 5: Erleichterte Meldung**

##### **Bedarf nach Konkretisierung von Art. 12 VKU**

Im Entwurf von Rz. 4 wird der Hinweis auf Art. 11 VKU gestrichen. Wir regen an, diesen Hinweis beizubehalten, weil die Vollständigkeitsvoraussetzungen alleine durch Art. 11 VKU festgelegt sind.

Die erleichterte Meldung nach Art. 12 VKU ist angesichts der vielen in Phase I ergehenden Freigaben praktisch von grosser Bedeutung. Gleichwohl fehlen konkrete Richtlinien zu einer erleichterten Meldung. Die Revision des Formulars bietet die Gelegenheit, die Möglichkeiten einer Erleichterung aufgrund der bisherigen Erfahrungen weiter zu konkretisieren. Eine erleichterte Meldung kommt neben den in Rz. 5 genannten Fallgruppen auch im Fall eines Zusammenschlussvorhabens in Betracht, das parallel in der EU, allenfalls auf der Grundlage des vereinfachten Formblatts CO<sup>1</sup>, gemeldet wird und/oder in dem grenzüberschreitende, sich über die Schweiz hinweg erstreckende Märkte zu beurteilen sind. Es bestehen Parallelen, aufgrund der die Wettbewerbsbehörden in beiden Jurisdiktionen vergleichbare Beurteilungen vorzunehmen haben. Sollte mit der KG-Revision der Beurtei-

---

<sup>1</sup> Verordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013, Anhang II (Vereinfachtes Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäss Verordnung [EG] Nr. 139/2004 (ABl L 336 vom 14.12.2013, S. 18)).

lungsmassstab des SIEC-Tests (vgl. unsere Vernehmlassung vom 19.10.2010, ab S. 15) eingeführt werden, können sich diese Parallelen akzentuieren.

Die hängige Revision des KG befasst sich in Art. 9 Abs.1 bis lit. a E-KG mit der Problematik der Doppelspurigkeiten bei Parallelmeldungen. Wie eingangs erwähnt, dürfte je nach dem Schicksal der hängigen Revision auch in dieser Hinsicht weiterer Anpassungsbedarf am Formular resultieren.

Wir regen im Rahmen dieser Überarbeitung an, dass das Sekretariat Art. 12 VKU näher konkretisiert und angibt, (i) unter welchen Umständen es eine erleichterte Meldung akzeptiert (allgemein und insbesondere im Fall von Parallelverfahren Schweiz-EU), und (ii) wie sich konkret die Erleichterungen für die Meldung ausgestalten; siehe dazu im Folgenden Abschnitte 2.2.2, 2.2.3 und 2.2.4.

### **Grundsätzliche Zulässigkeit einer erleichterten Meldung**

Ziffer 1.4 des Formblatts CO (in Verbindung mit konkreten Hinweisen in den Fussnoten) und Ziffer 1.1 des Vereinfachten Formblatts CO könnten als Vorbild dienen, um Kriterien allgemein zu formulieren, wann in der Schweiz eine erleichterte Meldung möglich ist, und welche Angaben das Sekretariat als verzichtbar betrachten würde. Die Kriterien vor allem in Ziffer 1.1 des Vereinfachten Formblatts CO lassen sich u.E. sinngemäss auf das Verfahren in der Schweiz übertragen.

### **Erleichterte Meldung, wenn keine betroffenen Märkte vorliegen**

Ein wichtiges Regelbeispiel einer erleichterten Meldung sind Zusammenschlussvorhaben, die keine betroffenen Märkte im Sinn der VKU aufweisen. Wir gehen in Abschnitt 2.11 näher auf die Definition des „betroffenen Marktes“ ein. Ein Beispiel wäre die Kontrollübernahme durch Private Equity Gesellschaften ohne Aktivitäten, die mit dem Target überlappen oder vor-/nachgelagert sind. Diesfalls sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass eine Bestätigung über die Aktivitäten der Käuferin oder Käuferinnen ausreichend ist.

Liegen keine betroffenen Märkte vor, reduziert sich der Umfang an Informationen, die für die Beurteilung der Meldung notwendig sind, erheblich. In diesen Fällen wird es sich analog der Ansicht der Europäischen Kommission („Frequently Asked Questions“ vom 5. Dezember 2013) meist erübrigen, eine Vorabkonsultation durchzuführen, sofern das Sekretariat in konkreten Richtlinien festhält, welche Angaben weiterhin erforderlich bleiben und welche Bestätigungen die Parteien abzugeben haben.

Die Möglichkeit einer erleichterten Meldung in der Schweiz kann die Koordination mit Verfahren vor der Europäischen Kommission erheblich erleichtern, da die beteiligten Unternehmen für die Vollständigkeit der Meldung in der Schweiz andernfalls zusätzliche Informationen aufbereiten müssten, die im EU-Verfahren nicht verlangt werden.

### **Marktdefinition bei Parallelverfahren**

Als weiterer Anwendungsfall einer erleichterten Meldung nach Art. 12 VKU kommen Erleichterungen in Bezug auf Marktdefinitionen in Frage. Während das Formular die Fälle anspricht, in denen die Wettbewerbskommission die betroffenen Märkte aus früheren Entscheidungen kennt, stellt sich die Frage nach einer Erleichterung der Meldung, sofern die Märkte in Parallelmeldungen im Ausland beschrieben und analysiert werden.

Das Sekretariat sollte an dieser Stelle ausdrücklich bestätigen, dass im Sinne einer Erleichterung auch Marktdefinitionen aus der Fallpraxis der Europäischen Kommission verwendet werden dürfen (vgl. auch unsere Vernehmlassung zur KG-Revision vom 19. November 2010, S. 14 f.).

#### **Teil I Abschnitt D: Meldepflichtiges Unternehmen**

Rz. 11 des Formulars sollte ausdrücklich klarstellen, dass eine Meldung sowohl durch die direkt die Kontrolle erwerbende Gesellschaft zulässig ist als auch durch eine verbundene, die Kontrolle indirekt erwerbende Konzerngesellschaft. Diese Unterscheidung kann vor allem im Zusammenhang mit internationalen Konzernen eine wesentliche praktische Rolle spielen, weil es sich als kompliziert und zeitaufwändig gestalten kann, die erforderlichen Zustimmungen oder Vollmachten in einer ausländischen Konzerngesellschaft einzuholen. Aus Sicht des schweizerischen Verfahrens gibt es unseres Erachtens keinen sachlichen Grund, die Meldung durch die direkt die Kontrolle erwerbende Gesellschaft, also die Konzerngesellschaft, die „am nächsten“ zur Transaktion steht, abzuweisen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. b VKU ist nämlich diese meldendes Unternehmen.

#### **Teil I Abschnitt E**

##### **Rz. 15-17: „Ermessen“**

In Rz. 16 wird neu zu Recht auf Art. 11 VKU hingewiesen. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Sekretariat bei der Beurteilung, welche Angaben für eine vollständige Meldung nötig sind, einen gewissen Beurteilungsspielraum braucht. Art. 11 VKU formuliert allerdings abschliessend, welche Angaben für eine vollständige Meldung notwendig sind. Den Umfang dieser Angaben kann das Formular bzw. das Sekretariat nicht erweitern.

Das Sekretariat sollte seinen Beurteilungsspielraum grundsätzlich im Sinne einer Eingrenzung der nach Art. 11 VKU erforderlichen Angaben ausüben und sich vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz leiten lassen. Insbesondere kann es nicht lediglich aufgrund des Fehlens von unwesentlichen Informationen oder weniger relevanten Unterlagen die Vollständigkeit verneinen, sondern gemäss Art 14 VKU die Vervollständigung der Meldung nur bei Unvollständigkeit in einem „wesentlichen Punkt“ verlangen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass das Sekretariat zusätzliche Informationen auf Grundlage von Art. 15 VKU im Lauf des Verfahrens verlangen kann. Vor allem sollte der Beurteilungsspielraum nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörden die Prüfung in die Pre-Notification-Consultation verlagern.

##### **Rz. 18: Nebenabreden, zusammen mit Teil II, Abschnitt 7**

Die Randziffer 18 zu Nebenabreden ist neu. Wie zutreffend festgehalten wird, sind Angaben zu Nebenabreden keine Voraussetzung für die Vollständigkeit der Meldung.

Es obliegt den meldenden Unternehmen, in einer Meldung Nebenabreden früh und detailliert genug darzustellen, damit Sekretariat und Wettbewerbskommission diese Nebenabreden beurteilen können.

Wettbewerbskommission und Sekretariat sind an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden. Der „kritische Zeitpunkt“, bis wann Angaben zu Nebenabreden eingereicht werden können, sollte daher flexibel gehandhabt werden. Auch wenn Sekretariat und Wettbewerbskommission bislang keine Leitlinien zu Nebenabreden verabschiedet haben, regeln Nebenabreden oftmals typische Fallkonstellationen wie Wettbewerbsverbote zum

Schutz der Substanz bzw. des Werts des übergehenden Unternehmens. Viele derartige Abreden können kurzfristig und mit wenig Aufwand beurteilt werden.

Der dritte Satz von Rz. 18 sollte daher um das Wort „grundsätzlich“ relativiert werden und Abschnitt II.7 sollte nicht zwingend darauf abstellen, dass die Nebenabreden in der Meldung ausgewiesen sein müssen. Sekretariat und Wettbewerbskommission sollten dem Umstand Rechnung tragen, dass die zeitgleiche Benennung der Nebenabreden mit der Meldung nicht immer möglich ist. Zu denken ist etwa an den Fall, dass eine Meldung auf Grundlage eines Entwurfs der Transaktionsvereinbarung erfolgt, so dass Umfang und Inhalt der Nebenabreden zum Zeitpunkt der Meldung noch nicht feststehen. Es ist auch möglich, dass Nebenabreden vereinbart werden, nachdem die Meldung bereits eingereicht wurde.

### **Rz. 20: Fristen**

Das Sekretariat stellt in Rz 20 auf Art. 20 Abs. 3 VwVG ab (letzte Klammer). Art. 20 Abs. 3 VwVG ist einzig auf Fristen anwendbar, welche nach Tagen berechnet werden, nicht aber auf Fristen nach Wochen oder Monaten (Auer / Müller / Schindler, Kommentar VwVG, N 22 zu Art. 20) Für die Monatsfrist in Art. 32 KG gilt demnach nicht die Regelung von Art. 20 Abs. 3 VwVG (a.a.O., N 41).

### **Teil I Abschnitt G / Rz. 23: „Pre-Notification“**

Wir begrüßen die Ergänzung dieses Abschnitts mit dem expliziten Hinweis in Rz. 23, dass das Sekretariat einen Meldungsentwurf zur Beurteilung entgegennimmt. Die Pre-Notification-Phase hilft bei der Vorbereitung der Meldung und der Verständigung mit dem Sekretariat. Es ist im Interesse des Sekretariats wie auch der Parteien, dass vorgängige Konsultationen stattfinden. Es sollte allerdings daraus keine vorgezogene Prüfungsphase resultieren, welche das Verfahren insgesamt verlängern würde. Ziel der Pre-Notification-Phase muss es sein, dass die Unternehmen rasch über die Vollständigkeit der Meldung und allfällige Erleichterungen gemäss Art. 12 VKU Gewissheit erlangen.

Damit die beteiligten Unternehmen den Zeitbedarf für die Pre-Notification-Phase besser einschätzen können, sollte das Sekretariat an dieser Stelle Regelbearbeitungszeiten für Anfragen aufführen. Zur Orientierung gibt die Europäische Kommission fünf Arbeitstage für die Durchsicht eines Meldungsentwurfs an (Rz. 15 der Best Practices on the conduct of EU merger control proceedings). Da Meldungen in der Schweiz regelmässig bedeutend weniger umfangreich sind als ein Formblatt CO, sollte die Regelbearbeitungszeit entsprechend kürzer (z.B. drei Arbeitstage) angesetzt werden.

Es sollte zur dieser Phase explizit festgehalten werden, dass Meldeentwürfe streng vertraulich behandelt werden (im Sinne einer „phase de discrétion“). Das Kooperationsabkommen wird nach seinem Inkrafttreten auf diese Phase keine Anwendung finden.

### **Teil I Abschnitt I / Rz. 31: Geschäftsgeheimnisse**

Der Titel sollte um das ebenfalls angesprochene Amtsgeheimnis ergänzt werden: „Amts- und Geschäftsgeheimnisse“.

Es wird in der Regel im Interesse der Parteien sein, die Geschäftsgeheimnisse rasch zu markieren, um das Verfahren nicht zu verzögern. Indessen sollte im Formular festgehalten werden, dass die Kennzeichnung von Geschäftsgeheimnissen und die entsprechenden Begründungen keine Voraussetzungen für die Vollständigkeit der Meldung sind (Art. 11 VKU).

Der Vollständigkeit steht es nicht entgegen, dass eine Meldung als „vertraulich / enthält Geschäftsgeheimnisse“ markiert eingereicht wird. Sofern etwa für die Befragung Dritter notwendig (Art. 15 Abs. 2 VKU), kann das Sekretariat die Geschäftsgeheimnisse von den Parteien kurzfristig bezeichnen lassen.

### **Teil I Abschnitt K: Ausländische Meldeformulare**

Wir begrüßen den Hinweis auf die Möglichkeit, im Fall von Parallelmeldungen in der schweizerischen Meldung auf Meldeformulare ausländischer Wettbewerbsbehörden Bezug nehmen zu können.

Aufgrund der hohen Schwellenwerte kommt die schweizerische Fusionskontrolle oftmals bei Vorhaben zur Anwendung, welche parallel unter die europäische Fusionskontrolle fallen. Parallele Vorhaben in der Schweiz und der EU sind daher von wesentlicher praktischer Bedeutung. Insofern ist nachvollziehbar, dass das Formular nur noch Bezug auf das Formblatt CO der EU-Kommission nimmt. Dennoch bleiben Fälle von Parallelmeldungen denkbar, in welchen ein Zusammenschlussvorhaben im Ausland nicht vor der EU-Kommission, sondern nur in einzelnen Mitgliedstaaten gemeldet werden muss. In solchen Fällen sollte es grundsätzlich möglich bleiben, für die Meldung vor der WEKO auch Meldeformulare anderer Jurisdiktionen heranzuziehen. Das Formular lässt diese Möglichkeit in Rz. 35 zu Recht nach wie vor offen.

Das Sekretariat sollte in diesem Abschnitt ansprechen, dass es entsprechende Verweise auf das Vereinfachte Formblatt CO ebenfalls anerkennt. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Vorhaben wird in der EU auf der Grundlage dieses Formulars gemeldet.

Die Angaben in ausländischen Meldeformularen sind zum Zweck der schweizerischen Fusionskontrolle nur eingeschränkt verwendbar, soweit die Angaben sich auf die materielle Beurteilung beziehen. Das trifft etwa auf die Marktabgrenzung zu. Im Formular ist dieser Umstand am Rand angesprochen, indem die „entsprechenden Informationen für die Schweiz zu ergänzen“ sind. Es wäre hilfreich, wenn das Sekretariat an dieser Stelle klären würde, inwiefern vor allem die Praxis der Europäischen Kommission, welche im Hinblick auf die Marktabgrenzung auf den gleichen materiellen Kriterien beruht, beigezogen werden kann. Das Sekretariat sollte zum Zweck der Beurteilung der Vollständigkeit der Meldung grundsätzlich die Marktabgrenzung gemäss der Meldung in der EU bzw. nach der bestehenden EU-Praxis akzeptieren, jedenfalls sofern die Wettbewerbskommission für die konkret zu beurteilenden Märkte noch keine rechtskräftige Praxis entwickelt hat. Wir verweisen diesbezüglich auch auf unsere Vernehmlassung zur KG-Revision vom 19. November 2010 (S. 13-15).

### **Teil II Ziffer 1.1.1**

Neu wird verlangt, in der Meldung die „Struktur“ der Unternehmen darzustellen. Von dieser Ergänzung sollte abgesehen werden. Was unter einer Struktur zu verstehen ist, ist erklärungsbedürftig. Dieser Begriff findet sich auch nicht im Formblatt CO der EU. Ziffer 1.1 bezweckt vor allem, die Zusammenschlussparteien zu identifizieren. Angaben über die Struktur der beteiligten Unternehmen sind gem. Art. 11 VKU kein Vollständigkeitserfordernis, aber dürften in aller Regel aus den Angaben zu Ziffer 1.3, den beigefügten Jahresberichten und sonstigen Unterlagen (Ziffer 8) sowie aus der Beschreibung des Vorhabens (Ziffer 2) ersichtlich sein.

## Teil II Ziffer 2.2

Ziffer 2.2 wurde um den Begriff der „relevanten Tatsachen“ ergänzt. Wir regen an, Ziffer 2.2 aus dem Formular zu streichen, denn das Vorhaben und seine Ziele werden in Ziffern 2.1 und 2.3 umfassend beschrieben. Der tatsächliche Hergang, wie das Vorhaben zustande kam, kann für die fusionskontrollrechtliche Beurteilung keine Rolle spielen. Vergleichbare Vorgaben finden sich auch in vielen ausländischen Meldeformularen nicht (vergleiche etwa das Formblatt CO und das Vereinfachte Formblatt CO, jeweils Abschnitt 1). Art. 11 Abs. 1 lit. b VKU schreibt unseres Erachtens die Angaben in Ziffer 2.2 nicht vor, sondern bezieht sich auf die Tatsache und Umstände des Vorhabens an sich. Diese Aspekte werden von Ziffer 2.1 vollständig abgedeckt.

## Teil II Ziffer 3

Wir begrüßen die Klarstellungen in diesem Abschnitt. Es wäre hilfreich im Formular anzugeben, welche Publikation der Schweizerischen Nationalbank genau massgeblich ist (in Frage kommt etwa das statistische Monatsheft) und unter welcher html-Adresse es herunter geladen werden kann.

Es wäre wünschenswert, dass das Sekretariat ausserdem eine Referenz für Währungen angibt, welche nicht von der Schweizerischen Nationalbank dokumentiert werden. Denkbar sind Internet-Datenbanken (bspw. <http://www.oanda.com/currency/historical-rates/>).

Im Rahmen dieser Revision sollte zudem Fussnote 13 überarbeitet werden. Der Text dieser Fussnote besteht zwar seit 2004. Seither hat sich jedoch gezeigt, dass die zugrundeliegende Rechtsauffassung grosse Schwierigkeiten bereitet. Richtigerweise muss auch bei ausländischen Banken und Finanzintermediären, welche nicht den Rechnungslegungsvorschriften des Bankengesetzes unterstellt sind, der Ort der Zweigniederlassung oder Geschäftsstelle massgebend sein, in der die betreffenden Bruttoerträge verbucht werden. Hierfür sprechen folgende Gründe:

- Zunächst ist Fussnote 13 konzeptionell inkonsequent. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung der Umsätze in Abhängigkeit dessen, ob eine Bank eine Zweigniederlassung oder Geschäftsstelle in der Schweiz hat oder nicht.
- Auch die Europäische Kommission verlangt nicht, dass bei Fehlen einer Zweigniederlassung oder Geschäftsstelle in einem Mitgliedstaat geschätzt werde, wie viele Bruttoerträge mit in diesem Mitgliedstaat ansässigen Kunden erzielt werden. Es käme zu Doppelzählungen, da dieselben Bruttoerträge zweimal berücksichtigt würden (einmal im Mitgliedstaat, in dessen Zweigniederlassung sie verbucht werden, und einmal im anderen Mitgliedstaat, in dem keine Zweigniederlassung, aber Kunden der Zweigniederlassung im erstgenannten Mitgliedstaat existieren).
- Zudem ist eine Schätzung der mit Kunden in der Schweiz erzielten Bruttoerträge nicht praktikabel. Die erforderliche, konzernweite Prüfung kann Monate in Anspruch nehmen. Dies steht im Widerspruch zu den Zielen der Meldeschwellen, mit wenig Aufwand die Meldepflicht bestimmen zu können.
- Schliesslich stellt sich auch das Problem, dass bei einzelnen Erträgen (wie etwa dem Handelserfolg) gar kein eigentlicher Kunde und damit auch nicht dessen Domizil bestimmt werden können.

Richtiger Auffassung nach werden deshalb in der Schweiz keine Bruttoerträge erzielt, wenn das betreffende Institut in der Schweiz keine Zweigniederlassung oder Geschäftsstelle hat, in der solche Bruttoerträge verbucht werden. Wir regen deshalb an, Fussnote 13 im Sinne des soeben Ausgeführten anzupassen.

#### **Teil II, Ziffer 4, Betroffene Märkte**

In den allgemeinen Bemerkungen zu den betroffenen Märkten weist das Sekretariat neu darauf hin, dass die meldenden Unternehmen „unter bestimmten Voraussetzungen eine erleichterte Meldung einreichen“ könnten, wenn Marktanteilsadditionen ausblieben. Dies auch dann, wenn ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil in der Schweiz von über 30% erreiche (S. 9, 5. Absatz 2. Lemma). Die Modalitäten einer erleichterten Meldung seien aber mit dem Sekretariat abzusprechen.

Wir begrüßen, dass das Sekretariat für solche Fälle auf eine erleichterte Meldung hinweist. Es wäre indessen hilfreich, wenn das Sekretariat klarstellen würde, (i) in welchen Fällen eine erleichterte Meldung typischerweise in Frage kommt, (ii) welche Informationen für die Vollständigkeit einer erleichterten Meldung vorzulegen sind, und (iii) inwiefern sich die Schweizer Meldung auf die Meldung nach dem Formblatt CO stützen kann. Die folgenden Hinweise ergänzen unsere Kommentare zur erleichterten Meldung (oben, Rz. 0 ff.).

*Problem der Ermittlung des „Marktanteils in der Schweiz“:* In der bisherigen Praxis wurde das Erfordernis des „Marktanteils in der Schweiz“ dahingehend ausgelegt, dass auch im Fall eines über die Schweiz hinausreichenden Marktes ein hypothetischer Teilmarkt der Schweiz zu bilden ist, um den für die Betroffenheit relevanten Marktanteil berechnen zu können. Dieser hypothetische Teilmarkt ist für die Beurteilung des Vorhabens aber ohne Belang, denn es fehlt ihm die nötige Aussagekraft. Reicht der Markt weiter als die Schweiz, muss der Wettbewerb aus dem Ausland zwingend berücksichtigt werden. Praktisch müssen jedoch eigens Marktanteile für die Schweiz geschätzt werden, wobei verlässliche Informationen regelmässig fehlen. Die verfügbaren Marktanalysen richten sich meist nach der tatsächlichen Reichweite des Marktes. Bisher hat sich auch die Befürchtung, in weiten geographischen Märkten könnten für die Schweiz besondere Verhältnisse bestehen, als unbegründet erwiesen.

Es ist deshalb geboten, die VKU bei nächster Gelegenheit anzupassen. Bis dahin liegt es aber in der Hand des Sekretariats, im Sinne einer erleichterten Meldung die Parteien davon zu befreien, Angaben zu einem Markt zu machen, dessen Betroffenheit einzig daraus resultiert, dass ein hypothetischer Teilmarkt in der Schweiz gebildet wurde. Die Erleichterung kommt vor allem in Frage, wenn in der Schweiz eine Fallpraxis besteht, welche einen räumlich weitergehenden Markt definiert und unter dieser Definition die Betroffenheitskriterien nicht erfüllt werden. Eine Erleichterung kommt nicht in Betracht, wenn der Markt tatsächlich national abzugrenzen ist.

*Betroffener Markt ohne Marktanteilsadditionen:* Die neu eingefügten Hinweise zu Märkten, auf denen nur eines der beteiligten Unternehmen tätig ist, sind problematisch und missverständlich. In der Alternative des zweiten Gedankenpunktes (Marktanteil eines Unternehmens über 30%) sind die in der neuen Formulierung erwähnten Marktanteilsadditionen ausgeschlossen. Im Fall, dass nur eines der beteiligten Unternehmen auf dem Markt tätig ist und es also keine horizontalen Überlappungen gibt, sollte aber die Betroffenheit nicht alleine davon abhängen, dass das Unternehmen die Schwelle eines Marktanteils in Höhe



von 30 % erreicht. Das Sekretariat fasst damit den Kreis der individuell betroffenen Märkte zu weit und geht auch über die Mitteilung hinaus. Die Wettbewerbskommission hat bereits im Jahresbericht 2009 (RPW 2010/1, 5) eine Einschränkung vorgenommen, die in den Abschnitt IV der Mitteilung einfließt. Wenn demzufolge ein Unternehmen einen alleinigen Marktanteil von 30% oder mehr hat, aber die andere Partei

- keine potentielle Konkurrentin ist,
- auf keinem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt aktiv ist, und
- über keine für diesen Markt wichtigen immateriellen Eigentumsrechte verfügt,

ist der jeweilige Markt nicht als betroffener Markt zu behandeln und die Meldung sollte insoweit erleichtert werden (Art. 12 VKU). Das Formular sollte diese Praxis ausdrücklich beibehalten. Vor allem der Hinweis, dass die Modalitäten mit dem Sekretariat abzusprechen seien, ist insoweit missverständlich, als dass sich das Sekretariat Abweichungen vorbehalte.

*Abweichungen gegenüber Formblatt CO:* Es ist schliesslich möglich, dass in parallelen Verfahren in der Schweiz und der EU unterschiedliche betroffene Märkte resultieren. Die im Formular dargelegten Kriterien für betroffene Märkte reichen weiter als in den Formblättern mit der Qualifikation „betroffener“ (Formblatt CO) oder „anzeigepflichtiger Märkte“ (Vereinfachtes Formblatt CO). Das bedeutet, dass in der Schweiz Angaben zu nach Art. 12 VKU betroffenen Märkten zu erstellen sind, die in der EU nicht verlangt werden:

- Wird ein Zusammenschlussvorhaben in der EU nach dem Formblatt CO gemeldet, sind detaillierte Angaben zu Märkten ohne horizontale Überlappungen nach Ziffern 6.3 und 6.4 nur erforderlich, sofern eine vertikale Beziehung vorliegt oder eines der Kriterien in Ziffer 6.4 erfüllt ist. Nur die Mitteilung orientiert sich in Abschnitt IV an diesen Kriterien, nicht aber das Formular (vgl. oben). Das Sekretariat sollte daher die Mitteilung strikt anwenden, ohne Vorbehalt von Abweichungen im Einzelfall.
- Wird ein Zusammenschlussvorhaben in der EU nach dem Vereinfachten Formblatt CO gemeldet, sind „anzeigepflichtige Märkte“ im Sinne von Ziffer 6.2 des Vereinfachten Formblatts CO in Kurzform zu beschreiben. Ein betroffener Markt im Sinne der EU-Fusionskontrolle liegt nicht vor, sonst käme das Vereinfachte Formular CO nicht zur Anwendung (Ziffer 1.1 des Vereinfachten Formulars CO, verglichen mit Ziffer 6.3 des Formulars CO, vorbehaltlich zweier Ausnahmen: der „Kann“-Vorschrift bei sehr niedrigen HHI-Zuwächsen und einem gemeinsamen Marktanteil von höchstens 50 % oder bei Wechsel von Mit- zu Alleinkontrolle). Dies kann in Konstellationen einer parallelen Meldung in der Schweiz zu unbefriedigenden Situationen führen: Erfolgt in der EU eine vereinfachte Meldung, ist nicht auszuschliessen, dass in der Schweiz dennoch ein betroffener Markt vorliegt. Das ist der Fall, (a) wenn nationale Märkte in der Schweiz abzugrenzen sind, oder (b) im Fall grenzüberschreitender Märkte, welche die Kriterien des Abschnitts IV der Mitteilung erfüllen, die mit Ziffer 6.4 des Formulars CO übereinstimmen. Im Resultat kann es also sein, dass in der Schweiz ausführliche Angaben zu demselben Markt zu machen wären, der in der EU-Meldung nicht näher zu beschreiben wäre. Hier sind uns keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum eine solche Prüfung in der Schweiz vorbehalten bleiben sollte. Der Aufwand, diese Angaben zum Zweck der schweizerischen Meldung zusammenzutragen, ist regelmässig immens.

Für den zweiten Fall regen wir deshalb an, dass in Fällen, die in der EU nach dem Vereinfachten Formblatt CO gemeldet werden, das Sekretariat im Rahmen einer Erleichterung

gemäss Art. 12 VKU keine weitergehenden Marktbeschreibungen und –angaben verlangt, sofern nicht räumlich auf die Schweiz eingeschränkte Märkte abzugrenzen sind und darin besondere Wettbewerbsverhältnisse ersichtlich wären.

#### **Teil II Ziff. 4.2 (neuer Absatz)**

Der zweite Absatz von Ziffer 4.2 ist neu. Wir haben gegenüber diesem Absatz wesentliche Vorbehalte, weil er keine Voraussetzung für die Vollständigkeit gemäss Art. 11 VKU sein kann. Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU verlangt für die Vollständigkeit der Meldung, dass die betroffenen Märkte dargestellt werden. Der neu eingefügte Absatz zu Ziffer 4.2 geht darüber hinaus, weil er sich faktisch auf die gesamte Tätigkeit aller beteiligten Unternehmen erstreckt, unabhängig davon, ob betroffene Märkte vorliegen oder nicht. Soweit das Sekretariat auch für nicht betroffene Märkte zusätzliche Informationen verlangt, steht ihm Art. 15 VKU zur Verfügung.

Der zweite Absatz ist unverhältnismässig. Die beteiligten Unternehmen machen zu ihren Geschäftsaktivitäten unter Ziffern 1 und 2 Angaben. Informationen werden auch den unter Ziffer 8 einzureichenden Unterlagen in der Regel zu entnehmen sein.

Soweit sich das Sekretariat mit diesem Absatz vergewissern will, dass keine betroffenen Märkte ausgelassen wurden, besteht unseres Erachtens kein Anlass für diesen Einschub. Die beteiligten Unternehmen haben ein Interesse, die betroffenen Märkte umfassend zu beschreiben, ansonsten ginge die Vollständigkeit der Meldung verloren. Sollte das Sekretariat Anlass haben, die Angaben der Parteien in Zweifel zu ziehen, kann es solche Fragen klären lassen. Die meldenden Unternehmen sind angesichts ihrer Mitwirkungspflichten allemal gehalten, ihre Meldungen hinreichend zu substantiieren und sich für weitere Auskünfte zur Verfügung zu halten.

Eine vergleichbare Pflicht gibt es in den Formblättern der EU oder – soweit ersichtlich – in anderen ausländischen Meldeformularen nicht.

Im Ergebnis wird der in Frage stehende Absatz zu einer ausufernden Aufstellung von Märkten führen, deren wettbewerbliche Relevanz fehlt. Das ist vor allem in den folgenden Beispielen offensichtlich:

- Im Fall eines Gemeinschaftsunternehmens führte der zweite Absatz dazu, dass die beteiligten Unternehmen auch Angaben zu den Aktivitäten der kontrollierenden Unternehmen zu machen hätten, ungeachtet dessen, was diese Aktivitäten mit dem Gemeinschaftsunternehmen zu tun hätten. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass diese Aktivitäten in Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen eine Relevanz hätten, welche die im zweiten Absatz aufgeführten Angaben rechtfertigte.

In Bezug auf die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen müsste dieser Absatz in jedem Fall auf die Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens eingegrenzt werden, und

- Ist nur ein Unternehmen auf dem jeweiligen Markt tätig und sind die Voraussetzungen für einen betroffenen Markt nicht erfüllt (insbesondere heisst das, dass der Marktanteil unter 30 % liegt), sind wettbewerbliche Auswirkungen äusserst unwahrscheinlich.

Der zweite Absatz müsste in jedem Fall auf Märkte eingegrenzt werden, wo horizontale Überlappungen der Parteien resultieren.

Allenfalls kann es sinnvoll sein, wenn im Formular an geeigneter Stelle beschrieben wird, unter welchen Umständen das Sekretariat solche zusätzlichen Informationen nach Art. 15 (aber nicht nach Art. 11 VKU) verlangen würde. Eine solche Klarstellung wäre jedoch im Teil I des Formulars am richtigen Ort.

\*\*\*\*\*