

Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung im schweizerischen Fusionskontrollverfahren im Vergleich zur EU

PHILIPP ZURKINDEN*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	513
B. Der Fall SBG/SBV und die nachfolgende Praxis der Wettbewerbskommission bei der Gestaltung von Bedingungen und Auflagen und der Aufsicht über deren Einhaltung	513
I. Der Fall SBG/SBV	513
1. Die Auflagen	513
2. Die Umsetzung der Auflagen	515
II. Die Praxis der Wettbewerbskommission bei der Gestaltung von Bedingungen und Auflagen und der Aufsicht über deren Einhaltung nach dem Fall SBG/SBV	517
III. Fazit	523
C. Bedingungen und Auflagen nach der EG-Fusionskontrolle	525
I. Einleitung	525
II. Grundsätze	526
III. Arten von Bedingungen und Auflagen	527
1. Veräusserung eines Geschäfts an einen geeigneten Erwerber	528
2. Zerschlagung von Bindungen zu Mitbewerbern	529
3. Andere	529
IV. Verfahren für Verpflichtungsangebote	530
V. Anforderungen an die Umsetzung von Veräusserungsverpflichtungen	531
1. Genehmigung des Erwerbers und des Vertrages	531
2. Pflichten der beteiligten Unternehmen in der Übergangszeit	531
3. Überwachungs- und Veräusserungstreuhänder	532
VI. Umsetzung anderer Verpflichtungen	533
D. Fazit: Handlungsbedarf	534

* Der Autor dankt Herrn MLaw SAMUEL HOWALD für die wertvolle Unterstützung.

A. Einleitung

Es ist mir eine besondere Freude, an der Festschrift für meinen ehemaligen obersten Chef bei der Schweizerischen Wettbewerbsbehörde mitwirken zu dürfen. Eine besondere Ehre bedeutet es zudem, meinen Beitrag zu einer Problematik zu verfassen, die den Jubilar während einer gewissen Dauer seiner Amtszeit intensiv beschäftigte: die Gestaltung von Bedingungen und Auflagen und die Aufsicht über deren Einhaltung im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen. Die Probleme der Durchsetzung der Auflagen, welche zur Realisierung des Zusammenschlussvorhabens SBG/SBV angeordnet wurden, liessen den damaligen Präsidenten etwa mal die Meinung vertreten, dass bei Zusammenschlüssen grundsätzlich keine Auflagen, sondern nur Bedingungen angeordnet werden sollten¹. Dass diese Erkenntnis kaum realisierbar ist, wusste natürlich auch der heutige Jubilar und sie wurde in der Folge auch nicht befolgt, obwohl während der Präsidentschaft des Jubilars eine strikte Praxis festzustellen ist.

B. Der Fall SBG/SBV und die nachfolgende Praxis der Wettbewerbskommission bei der Gestaltung von Bedingungen und Auflagen und der Aufsicht über deren Einhaltung

I. Der Fall SBG/SBV

1. Die Auflagen

Nach Prüfung des Fusionssachverhalts zwischen der damaligen Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) und dem Schweizerischen Bankverein (SBV) kam die Weko zum Schluss, dass der Zusammenschluss auf den Märkten für Firmenkredite möglicherweise eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen könnte². Die Weko genehmigte die Fusion unter folgenden (von den Parteien vorgeschlagenen) Auflagen:

- Verkauf von Bankstellen, Tochterbanken und der Bosslab SA (Auflage I);
- Beteiligung und Unterstützung von Gemeinschaftswerken der Bankwirtschaft (Auflage II);
- Beschaffung von kumulierenden KMU-Krediten (Auflage III).

Bei der Durchsicht dieser Auflagenliste fällt zunächst auf, dass bereits beim ersten

1 Nach der Schweizer Terminologie versteht man unter Bedingungen Massnahmen, welche vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens erfüllt sein müssen (Suspensivbedingungen), währenddem Auflagen nach dem Vollzug befolgt werden müssen (vgl. etwa PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 10 N 4f.). Zu den Unterschieden zwischen der EU und der Schweiz siehe unten, C.

2 RPW 1998/2, 278 ff.

grossen Zusammenschlussfall unter dem total revidierten schweizerischen Kartellgesetz (KG 95), der in der Lehre immer wieder vertretenden Theorie, wonach der Natur der Fusionskontrolle entsprechend Massnahmen struktureller Art im Vordergrund stehen³, nicht gefolgt wurde. Zumindest Auflage III, wohl aber auch Auflage II sind Verhaltensaauflagen.

Im Zusammenhang mit dem Verkauf von Bankstellen, Tochterbanken und der Bosslab SA wurde Folgendes festgelegt:

- «1. Die UBS AG beauftragt eine der Wettbewerbskommission genehmigte Treuhandgesellschaft (der Beauftragte) mit der Vorbereitung und der Durchführung des Verkaufs von Bankstellen. Dafür gelten die folgenden Bestimmungen:
 - a) Der Beauftragte erstellt gemeinsam mit der UBS AG eine Liste von 35 Bankstellen, mit allfälligen abhängigen Geschäftsstellen, gelegen in Agglomerationen in allen drei Hauptsprachregionen und unter Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlich heiklen Regionen. Diese müssen eine starke Position im Retailgeschäft mit Schweizer Kunden einnehmen.
 - b) Ziel ist es, etwa 25 Bankstellen als Paket möglichst an einen Käufer mit Interesse am Retailgeschäft in der Schweiz zu veräussern.
 - c) Der Verkauf wird über ein Auktionsverfahren geführt. Die Angebotspräsentation beginnt spätestens Anfang August 1998. Verträge sind bis 31. März 1999 abzuschliessen.
 - d) Der Vertrag mit dem Beauftragten unterliegt der Genehmigung der Wettbewerbskommission. Er regelt insbesondere die Informationspflichten gegenüber der Wettbewerbskommission und deren Genehmigungsrechte.
 - e) Falls kein Verkauf bis zum 31. März 1999 zustande kommt, kann die Wettbewerbskommission die UBS AG von diesen Pflichten entbinden, sofern der Beauftragte dies ihr beantragt.
2. Die UBS AG bzw. der SBV ist verpflichtet, die Banca della Svizzera Italiana bis zum 31. März 1999 zu verkaufen.
3. Die UBS AG ist verpflichtet, die SoBa Solothurner Bank unter Berücksichtigung der vertraglichen Abmachungen mit dem Kanton Solothurn an einen am Retailgeschäft interessierten Käufer zu verkaufen oder ihre Beteiligung einer Gruppe von Aktionären oder dem Publikum abzutreten. Diese Verpflichtung ist innert fünf Jahren nach Vollzug der Fusion zu erfüllen.
4. Die UBS ist verpflichtet, die Bosslab SA an den Erwerber von Bankstellen (Ziff. 1), an den Erwerber einer Tochterbank (Ziff. 2 und 3) oder an einen neutralen Dritten zu verkaufen.»⁴

3 Zur Schweizer Literatur siehe statt vieler ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 398 ff.; vgl. aber auch OECD DAF/COMP (2004)21: OECD Policy Roundtable on Merger Remedies 2003. Kurz vor dem Fall SBG/SBV hat die Weko i.S. «Le Temps» die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unter den Auflagen zugelassen, dass künftige Änderungen der Aktionärsstruktur und der Stimmrechte der vorgängigen Genehmigung der Weko unterliegen und dass der Präsident des GU von den Gründern unabhängig sein müsse (RPW 1998/1, 40 ff.).

4 RPW 1998/2, 314f.

Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung

Die zweite Auflage enthielt die Verpflichtung der UBS AG, sich an den Trägern der Gemeinschaftswerke (Telekurs Holding AG, SEGA Schweizerische Effekten Giro AG, Inter-settle Swiss Corporation For International Securities Settlement und SECB Swiss Euro Clearing Bank) weiterhin zu beteiligen und durch diese Firmen betriebene Gemeinschaftswerke zu unterstützen.

Weiter wurde bestimmt:

- «a) Als Aktionärin erfüllt die UBS AG die ihrer jeweiligen Beteiligungsquote an Kapital und Stimmen entsprechenden finanziellen Verpflichtungen. Als Benutzerin einzelner Gemeinschaftswerke (Dienstleistungen/Produkte, zurzeit insbesondere DTA, LSV, LSV (Euro), Paynet, Bancomat, ec-Direct, CASH) erfüllt sie die für die Benutzer gültigen Bestimmungen.
- b) Die UBS AG reduziert ihren Aktienanteil an den Trägern der Gemeinschaftswerke auf höchstens 1/3 durch Verkauf an interessierte bestehende oder neue Aktionäre. Die CS-Group oder ihre Tochtergesellschaften sind als Käufer ausgeschlossen.
- c) Diese Verpflichtungen gelten nur solange und nur insoweit, als sich alle wesentlichen Banken und Bankengruppen in der Schweiz anteilmässig an den Trägern der Gemeinschaftswerke beteiligen und die einzelnen Dienstleistungen/Produkte nutzen.
- d) Diese Verpflichtungen gelten für fünf Jahre ab Vollzug der Fusion. Sie können von der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dazumaligen Wettbewerbsverhältnisse durch Verfügung um höchstens fünf Jahre verlängert werden.»⁵

2. Die Umsetzung der Auflagen

Anfang 2005 verfasste die Weko einen Bericht zur Nachprüfung der Auflagen⁶. Darin beschreibt sie die Umsetzung der drei Auflagen. Währenddem der Verkauf der BSI, Bosslab und der SoBa offenbar ohne grössere Probleme erfolgen konnte⁷, gestaltete sich der Verkauf der Bankstellen, d.h. die Erfüllung von Ziffer 1 der Auflage I, schwieriger. Am 16. November 1998 musste die Weko der UBS mit Verfügung verbieten, die Zusammenführung und Schliessung von Bankstellen weiterzuführen, soweit davon Bankstellen betroffen waren, die die UBS gemäss Auflage verkaufen musste⁸. Es konnten 26 Filialen verkauft werden, wobei deren 18 auf die als wettbewerbsrechtlich problematisch betrachteten Wirtschaftsregionen entfielen⁹. Kurz vor Ablauf der in lit. e von Ziffer 1 der Auflage I genannten Frist, am 29. März 1999, bestätigte die Weko die Erfüllung dieser Auflage und genehmigte

5 RPW 1998/2, 315f.

6 Bericht zur Nachprüfung der Auflagen betreffend Zusammenschluss UBS/SBV (RPW 2005/2, 409ff.).

7 Die BSI und Bosslab AG wurden im Sommer 1998 an die schweizerische Tochtergesellschaft des italienischen Versicherungskonzerns Assicurazione Generali SpA verkauft, während der Verkauf von SoBa an die Basler Versicherungen im Sommer 2000 erfolgte (vgl. RZ 13 und 21f. in RPW 2005/2, 410f.).

8 Medienmitteilung der Weko vom 17. November 1998.

9 RPW 2005/2, 410, RZ 17.

den Verkauf der 26 Filialen an die Bank Coop, die Migrosbank, die (ehemalige) Spar- und Leihkasse in Bern (heute Valiant Bank), die (ehemalige) Luzerner Regiobank (heute ebenfalls Valiant Bank) sowie an die Regiobank Solothurn, wobei der Vollzug schlussendlich im Herbst 2000 beendet werden konnte¹⁰.

Bezüglich Auflage II stellte die Weko in einer Verfügung vom 31. März 2003 fest, dass die UBS den Verpflichtungen «unter Würdigung der aktuellen Marktverhältnisse» nachgekommen ist und dass sie nicht verlängert wird¹¹.

Im Zusammenhang mit Auflage III musste zunächst aufgrund von Unklarheiten des Auflagenwortlauts nachträglich ein Memorandum of Understanding mit der UBS verfasst werden, in welchem der Zweck der Auflage näher präzisiert wurde. In der Folge schuf die UBS eine interne Weko-Koordinationsstelle, welche die Umsetzung der Auflage überwachte und definierte einen Prozessablauf, der für alle Kunden, die unter die Auflage III fielen, zur Anwendung kam. Daraufhin reichte die UBS beim Sekretariat der Weko quartalsweise einen Bericht ab, der Informationen zur Umsetzung der Auflage bezüglich Anzahl Kundenstämme, Kreditlimiten und -benützungen sowie der Anzahl Ausnahmefälle enthielt. Schliesslich stellte die Weko nach Ablauf der Auflagefrist per 31. Dezember 2004 in einer Verfügung fest, dass sich kein Verstoss gegen die Auflage ereignet habe¹².

In einer Würdigung der Umsetzung der drei Auflagen weist die Weko auf die Schwierigkeiten hin, die sich bei der Umsetzung der Auflagen gezeigt haben. Im Zusammenhang mit der Umsetzung von Auflage I stellte die Weko fest, dass der Zweck dieser Auflage, «den Verlust eines Wettbewerbers durch den Marktzutritt eines neuen Wettbewerbers beziehungsweise durch die Stärkung eines bisherigen kleinen Wettbewerbers auf nationaler Ebene zumindest teilweise zu kompensieren»¹³, nicht befriedigend erreicht werden konnte. So sei die Kundenloyalität unterschätzt worden und auch die Standorte seien nicht attraktiv genug gewesen. Sie stellt ausdrücklich fest: «Die Problematik einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung der UBS auf dem Markt für Firmenkredite bleibt jedoch in einem gewissen Umfang weiter bestehen. Nur gerade in drei der acht Problemregionen konnte in den letzten sechs Jahren seit dem Zusammenschluss eine Intensivierung des Wettbewerbs und damit eine Erodierung der starken Marktpositionen der Grossbanken festgestellt werden (...).»¹⁴ Bezüglich des Erfolgs der Auflage III stellt die Weko fest, dass die Kreditlimiten von KMU in den letzten Jahren von beiden Grossbanken gesenkt wurden «und viele Kleinunternehmen zur Rückführung der Kreditbenützungen gedrängt wurden», wobei von den Finanzinstituten diese Entwicklung mit der Einführung von neuen Risikomanagement- und Rating-Systemen begründet worden sei. Aufgrund der in der Auflage vorgesehenen Ausnahmebestimmung habe die UBS bei Verschlechterung der Risikosituation des Schuldners ein Kündigungsrecht besessen und die Weko habe bei den erfolgten Kündi-

10 RPW 2005/2, 410f., RZ 17/20.

11 Vgl. RPW 2005/2, 412, RZ 37 und Medienmitteilung der Weko vom 12. Mai 2003.

12 RPW 2005/2, 413.

13 RPW 2005/2, 414, RZ 51.

14 RPW 2005/2, 414, RZ 56.

gungen keinen Verstoß gegen die Auflage feststellen können¹⁵. Im Zusammenhang mit der Würdigung der Umsetzung der Auflage II erwähnt die Weko gleich eingangs, dass sich die beiden Märkte, in welchen die von der Auflage betroffenen Gemeinschaftswerke tätig sind, in einem strukturellen Umbruch befinden. So sei eine Aufbrechung der Wertschöpfungskette im Finanzdienstleistungssektor festzustellen und andererseits würden die Grossbanken selber vermehrt in diejenigen Geschäftsfelder der Gemeinschaftswerke eintreten, wo sie sich Wettbewerbsvorteile versprechen. Zudem seien zunehmend nicht mehr nationale, sondern grenzüberschreitende Lösungen gefragt, welche grundsätzlich nur die Grossbanken anbieten können. Die Weko stellt fest, dass die Auflage insgesamt die Wettbewerbsstellung der kleineren und mittleren Banken während den letzten Jahren aufrecht erhalten habe, dass sie aber trotz ihrer Beteiligung an den Gemeinschaftswerken nicht nur profitierten, «sondern auch einer gewissen Abhängigkeit von Grossbanken ausgesetzt sind», da diese die Gemeinschaftswerke beherrschten. Die Weko erwähnt zudem eine Studie, welche im Herbst 2004 vom EFD durchgeführt wurde und die feststellt, dass gerade die starke Position der UBS im schweizerischen Bankenmarkt und deren Absicht, ertragsreiche Dienstleistungen selber anzubieten, in den vergangenen Jahren der Erweiterung der Geschäftsfelder der Gemeinschaftswerke enge Grenzen gesetzt habe¹⁶.

II. Die Praxis der Wettbewerbskommission bei der Gestaltung von Bedingungen und Auflagen und der Aufsicht über deren Einhaltung nach dem Fall SBG/SBV

Gleich nach dem Entscheid i.S. SBG/SBV wurde auch der Zusammenschluss der beiden Fleischproduzenten und -grosshändler Bell AG und SEG nur mit Vorbehalt genehmigt. Dieser Vorbehalt wurde aber in Form einer Bedingung der Art angeordnet, dass die Bell AG eine Beteiligung an einer Tochtergesellschaft vollumfänglich veräussert und der Käufer weder Coop noch Migros sein dürfe¹⁷. Im Zusammenschlussfall Glaxo Wellcome PLC/Smithkline Beecham PLC lehnte sich die Weko an die EU an und verlangte als Auflage die Auslizenzierung von bestimmten Produkten für das Gebiet der Schweiz. Sie legte fest, dass die Auslizenzierung in jedem Fall innerhalb der im Rahmen der EU gesetzten Frist zu erfolgen hat. Falls innert dieser Frist die Auslizenzierung nicht erfolgt, sollte ein Treuhänder auf Kosten der Parteien ernannt werden, der mit der Auslizenzierung für die Schweiz beauftragt wird. Ausdrücklich erwähnte die Weko in diesem Zusammenhang im Dispositiv, dass das Verfahren zur Ernennung und zur Umschreibung des Auftrags nach den entsprechenden Vorgaben der Europäischen Kommission im Anhang zu deren Verfügung vom 8. Mai 2000 i.S. Glaxo Wellcome PLC/Smithkline Beecham PLC vorgenommen würde. Dieser Entscheid erging im Rahmen

15 RPW 2005/2, 415.

16 RPW 2005/2, 416.

17 RPW 1998/3, 392 ff.

der Vorprüfung¹⁸. In Tamedia/Belcom setzte die Weko wieder die Erfüllung einer Veräusserungsbedingung als Voraussetzung für die Genehmigung fest¹⁹. In der letzten Genehmigungsentscheidung unter Vorbehalt, die unter der Leitung des Jubilars erging und den Zusammenschlussfall Pfizer Inc./Pharmacia Corp. betraf, verwies die Weko auf die Vorgaben der Europäischen Kommission zur Veräusserung eines bestimmten Medizinalprodukts und der Rechte an einem bestimmten Nasenspray²⁰. Die beteiligten Unternehmen wurden verpflichtet, dem Sekretariat innert der in den EU-Auflagen festgelegten Frist Meldung zu erstatten, sobald die verlangten Massnahmen erfolgt sind. Auch diese Entscheidung erging im Rahmen der Vorprüfung in Form einer Verfügung.

Am 19. Mai 2003 wurde der Zusammenschlussfall Coop/Waro genehmigt. Trotz weit herum geäusserten Bedenken wurden keine Auflagen oder Bedingungen angeordnet. Hingegen stellt die Weko in den Schlussfolgerungen ihrer Mitteilung fest, sie nehme zur Kenntnis, dass

- «1. Coop den vom Zusammenschluss besonders betroffenen Lieferanten eine angepasste Lösung anbieten wird (vgl. RZ 142).
2. Coop hinsichtlich der Einführung neuer Markenartikel eine Gleichbehandlung und eine Beurteilung nach objektiven Kriterien garantiert (vgl. Rz. 159).»²¹

Auflagen im Rahmen einer Verfügung folgten auch im Zusammenschlussentscheid Edipresse/Ringier – Le Temps. So wurde die Genehmigung unter bestimmten Vorbehalten erteilt. Erstens wurden die Parteien verpflichtet, jegliche Änderungen der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung vorgängig von der Weko genehmigen zu lassen und als Präsident der «Le Nouveau Quotidien ERL SA» nur eine von den Aktionären unabhängige Person zu wählen. Ebenso mussten allfällige Kooperationen zwischen den Parteien mit Bezug auf in der Schweiz vertriebene französischsprachige Medienprodukte der Weko vorgängig mitgeteilt werden. Schliesslich stellte die Weko fest, dass die im Zusammenschlussentscheid Le Temps vom 1. Dezember 1997 genannten Auflagen (Vorgängige Genehmigung durch die Weko von allfälligen Änderungen der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung in der «Le Temps SA» und Unabhängigkeit von deren Präsidenten von den Hauptaktio-

18 RPW 2001/2, 338 ff.

19 RPW 2001/4, 721 ff. Die ursprünglichen Zusagen der Tamedia AG waren der Weko offenbar zu unklar: «Die aktuelle Formulierung der Zusage könnte später zu Rechtsunsicherheiten Anlass geben. Tamedia spricht von einer Reduktion ihrer Beteiligung an Radio Züri-see auf eine «Finanzbeteiligung». Es bleibt unklar, was dies genau bedeutet. Auch möchte Tamedia, wenn überhaupt, ihre gesamte Beteiligung an Radio Züri-see auf den «frühestmöglichen Zeitpunkt» verkaufen. Auch hier fehlt der notwendige Konkretisierungsgrad. In Anlehnung an die Überlegungen im Fall Bell/SEG, wonach zwischen dem Vollzug des Zusammenschlusses und Eintritt beziehungsweise Wirkung der Anordnung keine zeitliche Lücke bestehen darf (vgl. RPW 1998/3, 410f., RZ 72), muss die Anordnung vor dem Vollzug und deshalb als Bedingung ausgestaltet werden. Damit und indem die gesamte Beteiligung veräussert wird, wird nach Auffassung der Wettbewerbskommission auch der notwendige Konkretisierungsgrad erreicht» (RPW 2001/4, 742).

20 RPW 2003/2, 314 ff.

21 RPW 2003/3, 559 ff. (601).

nären) weiterhin Geltung haben würden, wobei punkto Unabhängigkeitsvorgabe des Präsidenten präzisiert wird, dass diese Unabhängigkeit gegenüber den Hauptaktionären der «Le Nouveau Quotidien ERL SA» gelte²². Ein unabhängiges Überwachungsorgan zur Einhaltung der Auflagen wurde im Dispositiv nicht vorgesehen.

Die Espace Media Groupe (EMG) und die Neue Zürcher Zeitung Holding AG erwarben die gemeinsame Kontrolle über die Bund Verlag AG²³. Die Weko genehmigte den Zusammenschluss unter der Bedingung, dass vor Vollzug des Zusammenschlusses eine Tochtergesellschaft der Bund Verlag AG (BVA), die Radig AG, einer von der EMG unabhängigen Gesellschaft übertragen wird. Die NZZ, welche bisher über die Freie Presse Holding (FPH) 80% der Bund Verlag AG besass und damit auch die Radig AG kontrollierte, blieb Kontrollinhaberin über die Radig AG, indem die FPH die Mehrheitsbeteiligung von der BVA übernahm.

Im Unterschied zu den Zusammenschlussfällen Glaxo Wellcome PLC/Smithkline Beecham PLC und Pfizer Inc./Pharmacia Corp., bei welchen die Weko auf die Vorgaben der Europäischen Kommission verwies und diese im Rahmen einer Verfügung auch für den schweizerischen Genehmigungsentscheid für rechtsverbindlich erklärte (s. oben), verwies die Weko i.S. Sanofi-Synthélabo SA/Aventis lediglich in den Schlussfolgerungen ihrer Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU²⁴ auf die Auflagen der Europäischen Kommission und auf bestimmte Verpflichtungen von Sanofi-Synthélabo für den Schweizer Markt und erliess keine Verfügung. Sie behielt sich allerdings vor, dass falls die genannten Vorgaben nicht erfüllt werden sollten, sie ein Verfahren nach Art. 38 KG eröffnen könnte²⁵. Ebenfalls nicht im Rahmen einer Verfügung erging der Genehmigungsentscheid i.S. Denner/Pick Pay, dies obwohl die Weko in ihrer Mitteilung gemäss VKU auf eine Zusicherung von Seiten Denner hinwies, gemäss der sich Denner verpflichtete, in den folgenden zwei Monaten potenziell von Denner bzw. Pick Pay abhängigen Lieferanten von alkoholischen Getränken einen Brief zu schreiben, in welchem diesen angeboten wird, sich beim Sekretariat der Weko zu melden, um ihre Abhängigkeit glaubhaft darzulegen. Im gegebenen Fall würde sich das Sekretariat dann mit Denner in Verbindung setzen, damit Denner mit diesen Lieferanten eine individuelle Lösung finden könne²⁶. Weitere Massnahmen zur Einhaltung dieser Zusage wurden nicht vermerkt. Vorher, am 7. März 2005, hatte die Weko die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Swissgrid AG durch die Aare-Tessin AG, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerischer Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg

22 RPW 2003/4, 794 ff.

23 RPW 2004/2, 484 ff. In den Entscheiderwägungen wird offenbar offen gelassen, ob es sich um den Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle oder den Erwerb einer alleinigen Kontrolle durch Espace handelt. Aufgrund der Sachverhaltsumschreibung erscheint allerdings die Schlussfolgerung des Erwerbs einer alleinigen Kontrolle als nicht nachvollziehbar.

24 Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

25 RPW 2004/3, 812 ff.

26 RPW 2006/1, 131 ff.

AG und Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und des Elektrizitätswerks der Stadt Zürich nur unter folgenden Auflagen zugelassen:

- «a. Die Swissgrid ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.
- b. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.
- c. Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.
- d. Die Swissgrid ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und -bedingungen zu veröffentlichen.
- e. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteilereinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regenergie betrifft.
- f. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.
- g. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.»²⁷

Auch hier wurden keinerlei Überwachungsmaßnahmen angeordnet. Die Weko ergänzt bloss, dass Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung – ausser mit den in Art. 37 KG genannten Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 50ff. KG belegt werden können. Dieser Entscheid wurde später von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgehoben. Die Auflage betreffend Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat bezeichnete die Rekurskommission als unverhältnismässig, da sie für die Unabhängigkeit eines Netzbetreibers weder geeignet noch erforderlich sei und zudem gegen das Aktienrecht verstosse. Auch die Auflagen zur Netznutzung erachtete die Rekurskommission für unzulässig. So seien die Massnahmen zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht geeignet. Die Weko habe das Strukturkontrollverfahren «instrumentalisiert, um die Verhältnisse auf dem Stromversorgungsmarkt entsprechend ihren wettbewerblichen Zielvorstellungen zu gestalten, die sie sonst nicht ohne weiteres oder nur nach und nach durch Untersuchungen im Einzelfall realisieren könnte»²⁸.

Im Entscheid der Weko i.S. SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG vom 9. Oktober 2007 wurde

27 RPW 2005/2, 347 ff. (357).

28 RPW 2006/2, 310 ff. (344). Der Entscheid der Rekurskommission wurde später vom Bundesgericht bestätigt (vgl. RPW 2007/2, 324 ff.).

der Zusammenschluss nur unter der Auflage zugelassen, dass der European Code of Conduct for Clearing and Settlement vom 7. November 2006 (CoC) eingehalten wird. Gemäss Weko betraf der CoC «genau diejenigen Schnittstellen, welche beim vorliegenden vertikalen Zusammenschluss wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnten (...).»²⁹ In RZ 239 des Entscheids meint die Weko, dass die Kontrolle der Umsetzung der Auflagen, d.h. des CoC, «weitgehend durch die Marktteilnehmer selbst» erfolge: «Es ist zu erwarten, dass der von einer Verletzung des CoC und damit einer Verletzung der Auflagen betroffene Marktteilnehmer an die Wettbewerbskommission gelangen wird. Allerdings sollten dabei zunächst die durch den CoC vorgesehenen Instrumente und Möglichkeiten zur Streitbeilegung ausgeschöpft werden.» Ein Blick auf den im Anhang des Entscheids publizierte CoC gibt allerdings nur wenig Anhaltspunkte, wie die Kontrolle der Einhaltung des CoC erfolgt. So soll nämlich die Einhaltung in erster Linie durch die Revisionsgesellschaften der beteiligten Organisationen (oder durch eine von der betreffenden Organisation bestimmte separate Revisionsgesellschaft) gewährleistet werden. Ebenso ist die Rolle eines vor allem von den Generaldirektionen «Wettbewerb» und «Wirtschaft und Finanzen» der Europäischen Kommission beherrschten Ad-hoc-Komitees nicht klar. In jedem Fall scheint aber auch dieses Komitee nicht in erster Linie mit der Einhaltung des CoC beauftragt zu sein³⁰.

Im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlusses zwischen der Norddeutschen Affinerie AG und der in der Kupferindustrie tätigen europäischen Cumerio-Gruppe liess die Weko den Zusammenschluss in Form einer blossen Mitteilung unter Berücksichtigung folgender Verpflichtungszusagen zu³¹:

1. Vollzug des Zusammenschlusses in der Schweiz erst nach Freigabe der Europäischen Kommission;
2. Allfällige Verpflichtungszusagen, Auflagen oder Bedingungen aus dem parallelen Verfahren vor der Europäischen Kommission werden auch in der Schweiz umgesetzt, sofern diese auch die Schweiz betreffen.

Die gleiche Vorgehensweise wählte die Weko im Zusammenschluss zwischen der im Bereich Spezialitätenchemie tätigen Hexion-Gruppe und der Huntsman Corporation, einer amerikanischen Chemie-Gruppe. Mit dem Hinweis, dass sich die Parteien verpflichtet haben, sämtliche durch die Europäische Kommission verhängten Auflagen und Bedingungen auch in Bezug auf die Schweiz umzusetzen, schloss die Weko die vorläufige Prüfung mit einer Mitteilung nach Art. 16 Abs. 1 VKU ab³². Konkrete Durchsetzungsmassnahmen wurden in beide Mitteilungen keine aufgenommen.

Unter zahlreichen Auflagen bewilligte die Weko den Zusammenschluss zwischen Migros und Denner. Sie betreffen vor allem die Verpflichtungen zu Lasten von Migros, Denner auch weiterhin juristisch, organisatorisch und operationell selbständig

29 RPW 2007/4, 557 ff. (588).

30 RPW 2007/4, 593 ff.

31 RPW 2008/1, 113.

32 RPW 2008/2, 355.

zu belassen, keine anderen Lebensmitteldetailhändler zu erwerben, sämtliche kommenden Zusammenschlüsse nach Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, keine M-Budget-Geschäfte zu eröffnen, gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivität zu verzichten sowie von Denner marktstrukturell abhängige Lieferanten und Denner-Eigenmarkenlieferanten grundsätzlich weiterhin als Geschäftspartner zu behalten. In RZ 13 des Entscheids setzt die Weko fest, dass eine durch sie zu bestimmende Revisionsgesellschaft mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut wird, wobei der Migros bei Vorliegen von wichtigen Gründen ein Vetorecht zusteht. Die zu bestimmende Revisionsgesellschaft hat zu Händen der Weko jährlich einen Bericht zu erstellen, welcher der Migros zur Kenntnisnahme ebenfalls zugestellt wird. Bezahlt wird die Revisionsgesellschaft durch die Migros³³. Sehr ähnliche Auflagen ergingen im Zusammenschlussesentscheid i.S. Coop/Carrefour³⁴, deren Einhaltung ebenfalls durch eine durch die Weko zu bestimmende Revisionsgesellschaft³⁵ zu überwachen ist. Zusätzlich zu den Verpflichtungen zu grundsätzlichem Verzicht auf Exklusivität gegenüber Produktelieferanten und auf den Erwerb von weiteren Lebensmitteldetailhändlern während sechs Jahren, zur grundsätzlichen Beibehaltung von Verträgen mit marktstrukturell abhängigen Lieferanten sowie der Verpflichtung, den Prozess für die Einführung von Neuheiten sowie analog für die Auslistung öffentlich zugänglich zu machen, wurde Coop auch verpflichtet, «einen unabhängigen Dritten zu beauftragen, 20 000 m² bestehender Verkaufsfläche in besonders problematischen Regionen zu marktüblichen Bedingungen Lebensmittel-Detailhändlern mit weniger als 25% Marktanteil während [...] Monaten ab Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung zum Erwerb anzubieten und gegebenenfalls zu verkaufen bzw. zu übertragen»³⁶.

Auch im vorher ergangenen Entscheid i.S. Coop/Fust³⁷ wurde für die Einhaltung der dort Coop aufgebürdeten Auflagen eine unabhängige Revisionsgesellschaft vorgesehen, welche von der Weko zu bestimmen ist³⁸. Die bezeichnete Revisionsgesellschaft hat der Weko einen jährlichen Rapport abzugeben, der Coop zur Kenntnis gebracht wird.

Im nur zehn Tage vor dem Entscheid i.S. Coop/Carrefour ergangenen Entscheid i.S. Fenaco/Steffen-Ris Holding AG wurde hingegen zur Überwachung der Einhaltung der Auflagen keine unabhängige Instanz bestimmt³⁹. Fenaco verpflichtete sich, keine Bezugs- und Lieferverpflichten zu Lasten der Produzenten (Landwirte)

33 RPW 2008/1, 129 ff. (207 f.). Wie üblich wird im Entscheid erwähnt, dass Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden können.

34 Der Entscheid vom 17. März 2008 ist zurzeit auf der Homepage der Weko (www.weko.admin.ch) unter «aktuell» > «letzte Entscheide» einsehbar (besucht am 15.12.2008).

35 Bei Vorliegen von wichtigen Gründen steht Coop im Zusammenhang mit der Bezeichnung der Revisionsstelle ein Vetorecht zu.

36 Auflage Nr. 4 im Dispositiv.

37 RPW 2008/3, 475 ff.

38 Mit Vetorecht von Coop bei Vorliegen von wichtigen Gründen; RPW 2008/3, 506. Coop wurde auch hier zur Zahlung der Kosten der Revisionsgesellschaften verpflichtet.

39 Verfügung der Weko vom 10. März 2008, RPW 2008/2, 290 ff.

vorzusehen, durchzusetzen oder durch die Mitglied-Landis direkt oder indirekt durchsetzen zu lassen und dafür zu sorgen, dass die Landwirte darüber informiert werden, dass keine solchen Pflichten gegenüber den Mitglied-Landis bestehen. Sie hat sich auch dazu verpflichtet, innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der Weko einen Zwischenbericht über den Stand der Umsetzung und innert sechs Monaten nach Rechtskraft einen Bericht über die vollständige Umsetzung der Auflagen abzuliefern.

III. Fazit

Die Gründe für das von der Weko selbst als unbefriedigend beschriebene Resultat der Umsetzung der Auflagen i.S. SBG/SBV sind vielfältig. Zunächst dürften die Risiken und Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Umsetzung aller drei Auflagen bei Entscheidfällung nicht richtig antizipiert worden sein. Grundsätzlich hätte wohl die Ausgestaltung der Auflage I in Form einer Bedingung die Umsetzungsprobleme verhindert. Allenfalls hätte auch eine andere Auswahl der zu veräussernden Bankfilialen und eine gleich nach dem Entscheid beginnende separate Verwaltung der zu veräussernden Objekte die Wirksamkeit der Auflagen erleichtert. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Weko einen Veräusserungstreuhänder eingesetzt und dessen Pflichten recht detailliert festgelegt hatte. Ob allenfalls eine straffere Überwachung durch diesen Treuhänder vonnöten gewesen wäre, geht aus dem Bericht der Weko nicht hervor. Genauere Informationen zu den betroffenen Märkten im Vorfeld der Entscheidung sowie eine strengere Umsetzungskontrolle wären wohl auch im Zusammenhang mit den Auflagen II und III sinnvoll gewesen. Auffällig ist jedenfalls, dass in den vier nachfolgenden Entscheidungen Bell/SEG, Glaxo/Smithkline, Tamedia/Belcom und Pfizer/Pharmacia, welche unter der Präsidentschaft des Jubilars ergingen, eine strenge Haltung eingenommen wurde. So wurden in den Zusammenschlussfällen Bell/SEG und Tamedia/Belcom Veräusserungen von Geschäften als Bedingungen angeordnet. Mit Bezug auf die Auflagen in den Entscheiden i.S. Glaxo/Smithkline und Pfizer/Pharmacia lehnte sich die Weko zwar an die entsprechenden Auflagen, welche im parallelen Verfahren vor der Europäischen Kommission angeordnet wurden, an, doch wurden zum einen die die Schweiz betreffenden Auflagen und die Fristen zu deren Umsetzung in der schweizerischen Entscheidung explizit aufgenommen und zum anderen die Entscheidungen in Form einer Verfügung erlassen, obwohl beide im Rahmen einer Vorprüfung ergingen. Die Kontrolle der Überwachung war damit rechtsverbindlich gesichert⁴⁰.

Über den Erfolg der nachfolgenden Praxis der Weko im Zusammenhang mit der Umsetzung von Auflagen und Bedingungen ist nur wenig bekannt. Aufgrund der publizierten Entscheide und Mitteilungen stellen sich allerdings doch einige Fragen. So ist zunächst unklar, welche rechtliche Relevanz die in den Genehmigungen i.S. Coop/Waro und Denner/Pick Pay erwähnten Zusicherungen von Coop bzw.

40 In Sachen Glaxo/Smithkline wurde in Dispositiv Ziff. 1.d auch die Ernennung eines Treuhänders vorgesehen, falls die Auslizenzierung für die Schweiz nicht innert Frist erfolgt.

Denner haben. Zwar erging der erste der beiden Entscheide in Form einer Verfügung, doch wurden die Zusicherungen von Coop nicht in Form einer Auflage formuliert, womit die Nichteinhaltung dieser Zusicherungen wohl keinen Einfluss auf das Zusammenschlussvorhaben gehabt hätte. Das Gleiche gilt erst recht für den zweiten Fall, da diese Entscheidung gar nicht erst in Form einer Verfügung erging.

Fragwürdig erscheint die Umsetzung der Veräusserungsbedingung im Zusammenschlussfall EMG/NZZ. Die Weko liess offen, ob es sich in diesem Fall um den Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle handelte, obwohl aus dem Sachverhaltsbeschreibung, wie oben bereits erwähnt, der Erwerb einer alleinigen Kontrolle wohl kaum zutreffen kann. Selbst wenn aber diese Frage offen gelassen wurde, erscheint die NZZ aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht als geeigneter Erwerber für die Mehrheitsbeteiligung an der Radig AG.

Die Verweisung auf die EU-Vorgaben in den Zusammenschlussfällen Sanofi-Synthélabo SA/Aventis, Norddeutsche Affinerie AG/Cumerio und Hexion/Huntsman gibt gleich zu mehreren Fragen Anlass. Zum einen wurden diese Auflagen nicht in Form einer Verfügung angeordnet, sondern es ergingen in beiden Fällen lediglich Mitteilungen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 VKU. Die Auflagen der EU, auf welche sich die Weko für ihre Genehmigung bezieht, werden auch nicht präzisiert. Aus rechtlicher Sicht erscheint daher unklar, wie die Weko allfällige Nichtbefolgungen der Auflagen hätte sanktionieren können. Bereits die Information der Weko über Einzelheiten der Verletzung der EU-Auflagen dürfte aufgrund des Fehlens eines Kooperationsabkommens in Wettbewerbsachen zwischen der Schweiz und der EU ein Problem darstellen⁴¹. Ob ein diesbezüglicher Waiver der beteiligten Unternehmen vorlag und wie ein solcher ausgestaltet war, geht nicht aus den Mitteilungen hervor.

Bekannt sind die Probleme der Weko mit den Auflagen im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss Swissgrid. Abgesehen von der offenbar falschen Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs geht aus den Erwägungen der Rekurskommission bzw. des Bundesgerichts hervor, dass die Auflagen entweder ungeeignet, nicht erforderlich oder gar rechtswidrig gewesen seien. Aus diesem Fall dürften zwei Feststellungen erlaubt sein. Zum einen zeigt er klar auf, dass die einseitige Anordnung von Auflagen und Bedingungen in Fusionskontrollverfahren nicht sinnvoll ist. Zum anderen dürften einmal mehr fehlende Informationen auf Seiten der Weko über die betroffenen Märkte und deren Entwicklungen für diesen aus der Sicht der Rekursinstanzen klar falschen Auflagenentscheid verantwortlich sein.

Auffallend ist generell bei der Durchsicht der Fallpraxis der Weko, insbesondere nach SBG/SBV, wie wenig Bedeutung der Überwachung der Einhaltung von Auflagen beigemessen wird. Ausnahmen in dieser Hinsicht bilden allerdings die jüngst ergangenen Entscheide i.S. Coop/Fust, Migros/Denner und Coop/Carrefour, wo die

41 Vgl. zur Thematik der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden verschiedener Länder: PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, 78 ff.; PHILIPP ZURKINDEN in: Herbert Kronke/Werner Melis/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 2005, 1640 f.

Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung

Einsetzung von unabhängigen Überwachungs- bzw. Veräusserungsorganen vorgesehen ist. Dass aber diese Überwachungsmassnahmen nicht der Beginn einer neuen Praxis sind⁴², zeigt die nur kurz vor dem Entscheid zu Coop/Carrefour ergangene Verfügung zum Zusammenschlussvorhaben Fenaco/Ris, wo wiederum keine unabhängige Überwachungsinstanz bestimmt wurde und keine klaren Kontrollmechanismen vorgesehen sind.

C. Bedingungen und Auflagen nach der EG-Fusionskontrolle

I. Einleitung

Gemäss Art. 2 Abs. 3 der EG-Fusionskontrollverordnung («EG-FKVO»)⁴³ sind «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 (...)» für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

Wie das schweizerische KG sieht auch die EG-FKVO eine präventive Fusionskontrolle vor. Zusammenschlussvorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung nach Art. 1 EG-FKVO müssen vor dem Vollzug gemeldet und grundsätzlich auch genehmigt werden⁴⁴.

Nach Meldung eines Zusammenschlusses prüft die Europäische Kommission («Kommission») während 25 Arbeitstagen, ob ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt bestehen. Falls keine derartigen Bedenken bestehen, genehmigt die Kommission das Vorhaben und es kann vollzogen werden⁴⁵. Falls sie aber feststellt, dass das Zusammenschlussvorhaben zu ernsthaften Bedenken Anlass gibt, trifft die Kommission die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten (Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-FKVO). Das Verfahren endet mit einer Genehmigung oder Untersagung des Zusammenschlussvorhabens und dauert maximal 90 Arbeitstage⁴⁶.

Sowohl vor als auch nach Einleitung des Verfahrens können die Parteien bei entsprechenden Bedenken der Kommission gegenüber dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben anbieten, Verpflichtungen einzugehen, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Werden solche Vorschläge gemacht, werden die Fristen auf 35 bzw. 105 Arbeitstage verlängert⁴⁷. Um sicherzustellen, dass die Par-

42 Zu erinnern ist allerdings, dass bereits im Entscheid SBG/SBV eine unabhängige Treuhandgesellschaft mit der Veräusserung der Bankstellen beauftragt wurde.

43 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABL Nr. L 24 vom 29.1.2004, 1 ff.

44 Art. 4 EG-FKVO.

45 Art. 6 Abs. 1 lit. b/10 Abs. 1 EG-FKVO.

46 Art. 8 Abs. 1-3/10 Abs. 3 EG-FKVO.

47 Art. 10 Abs. 1 und 3 EG-FKVO. Die Erhöhung auf 105 Arbeitstage im Verfahren gilt nur, wenn die Verpflichtungszusagen erst am 55. Arbeitstag nach Einleitung des Verfahrens (oder noch später) eingegeben werden.

teien den Verpflichtungszusagen auch wirklich nachkommen, kann die Kommission die Genehmigungsentscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 bzw. 8 Abs. 1 und 2 EG-FKVO mit Bedingungen und Auflagen verbinden⁴⁸.

Um zu gewährleisten, dass die Kommission die Verpflichtungsvorschläge richtig überprüfen kann, wurde am 20. Oktober 2008 die EG-FKVO-Durchführungsverordnung⁴⁹ ergänzt⁵⁰. Es wurde insbesondere eingeführt, dass die Verpflichtungszusagen mittels eines Formblattes⁵¹ eingegeben werden müssen und dass diese auch die Bestellung eines unabhängigen Treuhänders auf Kosten der beteiligten Unternehmen umfassen sollten⁵². Am gleichen Tag hat die Kommission eine Mitteilung erlassen, welche als Orientierungshilfe für Verpflichtungszusagen der beteiligten Parteien dienen soll⁵³.

II. Grundsätze

Die Kommission kann die Genehmigungsentscheidung im Unterschied zur schweizerischen Weko⁵⁴ nicht einseitig mit Auflagen und Bedingungen versehen. Hat sie wettbewerbsrechtliche Bedenken, muss sie das den beteiligten Unternehmen anzeigen. Schlagen diese keine Verpflichtungszusagen vor, muss die Kommission eine Verbotsentscheidung erlassen⁵⁵.

Hauptzweck der kürzlich ergangenen Änderung der EG-FKVO-Durchführungsverordnung und der neuen Mitteilung ist die Sicherstellung, dass die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission vollständig beseitigen und «in jeder Hinsicht vollständig und wirksam» sind⁵⁶. Zudem müssen die Verpflichtungen innert kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden. Dabei ist ausschlaggebend, dass die Kommission mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit davon ausgehen kann, dass die Abhilfemassnahmen auch tatsächlich umgesetzt werden und existenzfähig sowie beständig sind⁵⁷. Die beteiligten Unternehmen müssen insbesondere Unsicherheiten hinsichtlich der Umsetzung der Verpflichtungs- bzw. Abhilfemassnahmen beseitigen.

48 Art. 6 Abs. 2/8 Abs. 2 EG-FKVO.

49 Verordnung [EG] Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABI Nr. L 133 vom 30. 4. 2004, 1 ff.

50 Durch die Verordnung [EG] Nr. 1033/2008 der Kommission vom 20.10.2008; ABI Nr. L 279 vom 22. 10.2008, 3 ff.

51 Formblatt RM über Abhilfen im neuen Anhang IV der EG-FKVO-Durchführungsverordnung.

52 Art. 1 Verordnung Nr. 1033/2008.

53 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemassnahmen; ABI Nr. C 267 vom 22. 10. 2008, 1 ff.

54 BGE vom 13. 2. 2007 (2A.325/2006) i.S. Swissgrid in: RPW 2007/2, 329.

55 Rdnr. 6 der Mitteilung.

56 Rdnr. 9 der Mitteilung.

57 Rdnr. 10 der Mitteilung.

Solche können beispielsweise im Zusammenhang mit der Veräusserung von Geschäftseinheiten darin bestehen, dass kein geeigneter Erwerber gefunden wird, dass Dritte Rechte an dem zu veräussernden Geschäft besitzen oder dass sich die Vermögenswerte in der Zeit bis zur Veräusserung verschlechtern⁵⁸. Als zentral erachtet die Kommission zudem, dass die Umsetzung dieser Massnahmen wirksam kontrolliert werden kann. «Andernfalls wären solche Verpflichtungen als blosser Absichtserklärungen der beteiligten Unternehmen und nicht als bindende Auflagen anzusehen, da eine Zuwiderhandlung mangels wirksamer Kontrollmechanismen nicht zum Widerruf der Entscheidung nach der Fusionskontrollverordnung führen könnte.»⁵⁹

Bei den Abhilfemassnahmen unterscheidet die EG-Fusionskontrolle ebenfalls zwischen Bedingungen und Auflagen, wobei die Begriffsumschreibungen deutlich anders sind als in der Schweiz. Änderungen der Marktstruktur, wie z.B. die Veräusserung eines Geschäftes, stellen Bedingungen dar, während die dazu erforderlichen Umsetzungsmassnahmen Auflagen sind (etwa die Bestellung eines Veräusserungstreuhänders). Bei Zuwiderhandlung gegen eine *Auflage* kann die Kommission die Genehmigungsentscheidung widerrufen (Art. 6 Abs. 3 EG-FKVO bzw. Art. 8 Abs. 6 EG-FKVO) und den beteiligten Unternehmen Geldbussen und Zwangsgelder auferlegen (Art. 14 Abs. 2 EG-FKVO bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. c EG-FKVO). Wird hingegen eine *Bedingung* nicht erfüllt, entfällt die Anwendbarkeit der Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt. Die Kommission hat in diesem Fall die Möglichkeit, geeignete einstweilige Massnahmen anzuordnen, um die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs zu erreichen (vgl. Art. 8 Abs. 5 lit. b)⁶⁰.

Entsprechend dem Zweck von Verpflichtungen, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, bevorzugt die Kommission Verpflichtungen struktureller Art (neben Veräusserungen zählt die Kommission beispielsweise auch die Gewährung des Zugangs zu wichtigen Infrastrukturen oder essentiellen Vorleistungen zu diskriminierungsfreien Bedingungen dazu), da solche Massnahmen die Bedenken auf Dauer beseitigen und auch keine längerfristigen Kontrollmassnahmen bedingen. Gemäss Mitteilung können Verpflichtungen mit Bezug auf das zukünftige Marktverhalten nur im Ausnahmefall wirksam sein⁶¹.

III. Arten von Bedingungen und Auflagen

Die Kommission unterscheidet in ihrer Mitteilung folgende Arten von Verpflichtungszusagen bzw. Abhilfemassnahmen:

58 Rdnrn. 10f. der Mitteilung.

59 Rdnr. 13 der Mitteilung.

60 Rdnrn. 19f. der Mitteilung.

61 Rdnrn. 15ff. der Mitteilung.

1. Veräusserung eines Geschäfts an einen geeigneten Erwerber

Bei einer Veräusserung muss es sich um ein *lebensfähiges Geschäft* handeln, welches mit dem durch den Zusammenschluss entstandenen Geschäft konkurrieren kann. Es muss alle Vermögenswerte und Mitarbeiter umfassen, die zum Betrieb gehören oder nötig sind, um die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen⁶². Weiter muss in derartigen Verpflichtungen vorgesehen sein, dass das neu aus dem Zusammenschluss entstehende Unternehmen während einem längeren Zeitraum nicht wieder Einfluss auf das veräusserte Geschäft erwerben kann. Die Mitteilung sieht zudem auch vor, dass falls Unsicherheiten betreffend der Umsetzung der Veräusserung bestehen, die beteiligten Unternehmen eine zweite alternative Veräusserung vorschlagen, die sie vollziehen müssen, falls die erste Veräusserung nicht umgesetzt werden kann⁶³.

Die Kommission nennt in der Mitteilung drei Möglichkeiten für die Gewährleistung, dass das Geschäft an einen geeigneten Erwerber⁶⁴ übertragen wird⁶⁵:

- (1) Das Geschäft wird innerhalb einer bestimmten Frist nach Erlass der Entscheidung an einen Erwerber veräussert, welcher von der Kommission gemäss der an Erwerber gestellten Anforderungen genehmigt worden ist.
- (2) Zusätzlich zur ersten Möglichkeit darf der angemeldete Zusammenschluss erst vollzogen werden, wenn die beteiligten Unternehmen mit einem von der Kommission im Vorhinein genehmigten Erwerber (sog. *up-front buyer*) eine verbindliche Vereinbarung über die Veräusserung des Geschäfts geschlossen haben.
- (3) Die beteiligten Unternehmen ermitteln einen Erwerber und schliessen bereits während des Verfahrens eine verbindliche Vereinbarung mit ihm (sog. *fix-it-first*-Abhilfemassnahme). Hier weiss die Kommission vor dem Erlass der Genehmigungsentcheidung bereits, wer der Erwerber ist.

Variante (1) eignet sich gemäss Mitteilung für Fälle, in denen mehrere interessierte Erwerber in Frage kommen und der Veräusserung keine besonderen Probleme entgegenstehen. Variante (2) bietet sich für Fälle an, in denen erhebliche Hindernisse

62 Rdnrn. 23 ff. der Mitteilung.

63 Rdnr. 45 der Mitteilung: «Eine solche alternative Verpflichtung muss in der Regel ein «Kronjuwel» sein, d.h. sie sollte mindestens so gut wie die erste vorgeschlagene Veräusserung geeignet sein, einen lebensfähigen Wettbewerber zu schaffen, wenn sie umgesetzt ist, es sollte keine Unsicherheit hinsichtlich ihrer Umsetzung bestehen, und sie sollte schnell umgesetzt werden können, damit der Gesamtumsetzungszeitraum nicht länger ist, als unter den Bedingungen des betreffenden Marktes in der Regel als annehmbar angesehen würde.»

64 Die Kommission stellt folgende Voraussetzungen an die Geeignetheit eines Erwerbers: Erstens muss der Erwerber von den beteiligten Unternehmen unabhängig sein und darf nicht mit ihm verbunden sein; zweitens muss er über die finanziellen Mittel, die ausgewiesenen Fachkenntnisse, das Interesse und die Fähigkeit verfügen, um das zu veräussernde Geschäft weiterzuführen und auszubauen und drittens darf der Erwerb des Geschäfts weder neue Wettbewerbsprobleme aufwerfen, noch das Risiko mit sich bringen, dass sich die Umsetzung verzögert; vgl. Rdnrn. 48 f. der Mitteilung.

65 Rdnrn. 50 ff. der Mitteilung.

für eine Veräusserung bestehen (z.B. Rechte Dritter)⁶⁶. Weiter kann die Möglichkeit eines up-front buyers in Fällen notwendig sein, in denen ein «erhebliches Risiko hinsichtlich der Erhaltung der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräussernden Geschäfts in der Übergangszeit bis zur Veräusserung besteht»⁶⁷. Variante (3) schliesslich begrüsst die Kommission in Fällen, in denen die Identität des Erwerbers für die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Abhilfemassnahme von entscheidender Bedeutung ist (v.a. wenn nur sehr wenige mögliche Erwerber als geeignet betrachtet werden können).

Alternativen zur Veräusserung eines bestehenden lebensfähigen und selbständigen Geschäfts, die unter gewissen Voraussetzungen auch akzeptiert werden, sind:

- Ausgliederung (carve-out);
- die Veräusserung von Vermögenswerten, insbesondere Marken und Lizenzen;
- Markenwechsel mittels ausschliesslicher befristeter Lizenz⁶⁸.

2. Zerschlagung von Bindungen zu Mitbewerbern

Damit strukturelle Bindungen zu einem wichtigen Konkurrenten gelöst werden können, kann es nötig sein, Minderheitsbeteiligung zu veräussern⁶⁹. In Ausnahmefällen lässt die Kommission den Verzicht auf die Rechte der Minderheitsbeteiligung genügen, sofern die erzielten Gewinne für sich genommen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben⁷⁰.

3. Andere

Die Kommission genehmigt andere Arten von Verpflichtungen nur dann, wenn die vorgeschlagene Abhilfemassnahme in ihrer Wirkung einer Veräusserung zumindest gleichkommt⁷¹. Sonstige Abhilfemassnahmen werden oft in Kombination mit Veräusserungen angeboten. Solche Abhilfemassnahmen sind, wie oben bereits angetönt, die Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur, Netzen, Schlüsseltechnologie oder zu wichtigen Vorleistungen zu diskriminierungsfreien Bedingungen, oder auch die Änderung langfristiger Ausschliesslichkeitsvereinbarungen oder Verhaltenszusagen⁷². Abhilfemassnahmen ohne Veräusserung eines Geschäfts, wie die Verpflichtung der beteiligten Unternehmen auf ein bestimmtes Marktverhalten, erachtet die Kommission aufgrund der Schwierigkeit der wirksamen Kontrolle, insbesondere bei horizontalen Zusammenschlüssen, als grundsätzlich ungeeignet⁷³.

Unabhängig von der Art der Abhilfemassnahme enthalten Verpflichtungen entsprechender Entscheide der Europäischen Kommission regelmässig eine *Überprü-*

66 Damit haben die Unternehmen die Wahl, ob sie einen vorab genehmigten Erwerber oder eine alternative Veräusserungsverpflichtung (vgl. FN 63) anbieten wollen.

67 Rdnr. 55 der Mitteilung.

68 Rdnrn. 32 ff. der Mitteilung.

69 Rdnrn. 58 ff. der Mitteilung.

70 Rdnr. 59 der Mitteilung.

71 Rdnr. 61 der Mitteilung.

72 Vgl. Rdnrn. 62 ff. der Mitteilung für detaillierte Ausführungen.

73 Rdnr. 69 der Mitteilung.

fungsklausel. Dadurch kann die Kommission die Fristen verlängern (auf hinreichend begründeten Antrag der beteiligten Unternehmen), oder in Ausnahmefällen auf die Verpflichtung verzichten, sie ändern oder ersetzen⁷⁴. Damit soll v.a. Änderungen der Marktsituation und Fällen, in denen die Kommission nicht alle Entwicklungen hinsichtlich der Umsetzung der Verpflichtung vorhersehen kann, Rechnung getragen werden.

IV. Verfahren für Verpflichtungsangebote

Wie oben erwähnt, hat die Kommission gemäss Art. 6 Abs. 2 EG-FKVO die Möglichkeit, einen Zusammenschluss aufgrund von den Parteien vorgeschlagener Verpflichtungszusagen auch vor Einleitung eines Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, sofern sie überzeugt ist, dass nach den Änderungen des Zusammenschlussvorhabens kein Anlass mehr zu ernsthaften Bedenken i.S.v. Abs. 1 lit. c besteht⁷⁵. Verpflichtungsangebote müssen gemäss Art. 19 Abs. 1 der Durchführungsverordnung innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Eingang der Anmeldung übermittelt werden, wobei die Kommission ihre allfälligen ernsthaften Zweifel rechtzeitig vor Ablauf dieser Frist mitteilen muss.

Vor Einleitung des Verfahrens können Verpflichtungsangebote nur akzeptiert werden, wenn das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann, so dass die Einleitung einer eingehenden Untersuchung nicht nötig ist bzw. «ernsthafte Bedenken» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-FKVO also vollständig ausgeräumt werden können⁷⁶. Aufgrund der kurzen Fristen in dieser Phase ist es sehr wichtig, dass die beteiligten Unternehmen die gemäss der DVO verlangten Informationen (Formblatt RM im Anhang) rechtzeitig liefern, damit die Kommission die Abhilfemassnahmen ordnungsgemäss beurteilen kann. Beseitigen die angebotenen Verpflichtungen die ernsthaften Bedenken nicht, erlässt die Kommission eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-FKVO und leitet das Verfahren ein⁷⁷.

Die Mitteilung erwähnt an dieser Stelle auch, dass sofern der geographisch relevante Markt grösser ist als der EWR, die nicht vertrauliche Fassung der Verpflichtungsvorschläge im Rahmen der bilateralen Kooperationsabkommen der EU mit Wettbewerbsbehörden ausserhalb des EWR diskutiert werden. Da ein Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU nicht besteht, fällt diese Möglichkeit mit Bezug auf die Schweiz aber weg⁷⁸.

Die der Kommission nach Einleitung eines Verfahrens vorgelegten Verpflichtun-

74 Rdnr. 71 der Mitteilung.

75 Rdnr. 77 der Mitteilung; die beteiligten Unternehmen können sogar bereits vor der Anmeldung informell Verpflichtungen vorschlagen.

76 Vgl. Erwägungsgrund 30 der EG-FKVO und Rdnr. 81 der Mitteilung.

77 Rdnr. 86 der Mitteilung.

78 Rdnr. 80 der Mitteilung.

Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung

gen müssen i.d.R. innert 65 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens bei ihr eingehen (Art. 19 Abs. 2 DVO)⁷⁹. Nach Ablauf dieser Frist ist die Kommission nicht mehr verpflichtet, Verpflichtungsangebote anzunehmen.

V. Anforderungen an die Umsetzung von Veräußerungsverpflichtungen

1. Genehmigung des Erwerbers und des Vertrages

Die Veräußerung muss innert einer Frist, die zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen zu vereinbaren ist, abgeschlossen werden. Basierend auf den Erfahrungen der Kommission sind kurze Fristen Erfolg versprechender, weil das veräußerte Geschäft damit nur während einem kurzen Zeitraum allfälligen Risiken ausgesetzt wird. Die Gesamtfrist wird unterteilt in eine Frist für den Abschluss der Vereinbarung und in eine Frist für die Erfüllung derselben (förmliche Übertragung des Eigentums). Die erste Teilfrist wird weiter unterteilt in einen Zeitraum, während dem die beteiligten Unternehmen einen geeigneten Erwerber suchen können («erste Veräußerungsfrist»), und, falls ein solcher nicht gefunden wird, in eine zweite Zeitspanne, in der ein Veräußerungstreuhänder eingesetzt wird, um das Geschäft ohne Mindestpreis zu veräußern («Treuhänderveräußerungsfrist»)⁸⁰. Dieses Verfahren gilt auch für *up-front-buyer*-Lösungen, nicht jedoch für *fix-it-first*-Lösungen⁸¹.

Damit die Wirksamkeit der Verpflichtung sichergestellt ist, muss die Kommission den Erwerber und den Veräußerungsvertrag sowie sonstige Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen und dem vorgesehenen Erwerber, inklusive Übergangsvereinbarungen, genehmigen. Aufgrund der von den beteiligten Unternehmen und dem Veräußerungstreuhänder vorgelegten Unterlagen muss die Kommission entscheiden können, ob der Erwerber die im Einzelfall geltenden Anforderungen erfüllt bzw. ob diese Veräußerung den Wettbewerb sicherstellt⁸².

2. Pflichten der beteiligten Unternehmen in der Übergangszeit

Die folgenden Pflichten werden im Allgemeinen in die Veräußerungsverpflichtung einbezogen:

- *Sicherheitsvorkehrungen für die Erhaltung der Lebensfähigkeit des Geschäfts in der Übergangszeit*⁸³: «Die Kommission verlangt von den beteiligten Unternehmen, Verpflichtungen zur Erhaltung der Unabhängigkeit, der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit, der Verkäuflichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit des Ge-

79 Vgl. Rdnrn. 88ff. der Mitteilung für die Fristenregelung im Detail.

80 Rdnrn. 97f. der Mitteilung. Die Kommission nennt als Regel sechs Monate für die erste Veräußerungsfrist und drei Monate für die Treuhänderveräußerungsfrist. Weitere drei Monate werden in der Regel für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts angeordnet.

81 Rdnr. 100 der Mitteilung.

82 Rdnrn. 101 ff. der Mitteilung.

83 Rdnrn. 108ff. der Mitteilung.

schäfts bis zur Übertragung auf den Erwerber anzubieten.»⁸⁴ Das bedingt i.d.R., dass das Geschäft getrennt⁸⁵ vom verbleibenden Geschäft der beteiligten Unternehmen geführt wird und dass keine Handlungen vorgenommen werden, die erhebliche Nachteile für das zu veräussernde Geschäft nach sich ziehen können⁸⁶. Um dieses Ziel zu erreichen, wird regelmässig die Einsetzung eines sog. Hold-Separate-Managers gefordert, welcher der Aufsicht durch den Überwachungstreuhänder untersteht.

- *Schritte zur Ausgliederung des Geschäfts*⁸⁷: Während der Übergangszeit müssen diejenigen Vermögenswerte ausgegliedert werden, die zum zu veräussernden Geschäft gehören. Das von den beteiligten Unternehmen selbständige und getrennte Geschäft muss am Ende der Übergangszeit an den geeigneten Erwerber übertragen werden können. Die Ausgliederung ist von den beteiligten Unternehmen unter Aufsicht des Treuhänders und in Zusammenarbeit mit dem Hold-Separate-Manager vorzunehmen.
- *Besondere Pflichten der beteiligten Unternehmen im Veräusserungsverfahren*: Die Verpflichtungen sollten die Möglichkeit einer Due-Diligence-Prüfung durch den Erwerber vorsehen. Zudem müssen die beteiligten Unternehmen regelmässig Berichte bezüglich Erwerber und Verhandlungsstatus vorlegen. Die Veräusserung gilt erst als vollzogen, wenn das Eigentum auf den genehmigten Erwerber übergegangen ist und die tatsächliche Übertragung der Vermögenswerte feststeht⁸⁸.

3. Überwachungs- und Veräusserungstreuhänder

Die beteiligten Unternehmen müssen die Bestellung eines Treuhänders vorschlagen, der die Erfüllung der Verpflichtungen überwacht, weil die Kommission deren Umsetzung nicht ständig selbst überwachen kann. Der *Überwachungstreuhänder* (v.a. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften) wird denn auch als «Augen und Ohren» der Kommission bezeichnet und «wacht darüber, dass das Geschäft in der Übergangszeit ordnungsgemäss selbständig und getrennt geführt wird»⁸⁹. Die beteiligten Unternehmen sind ihm gegenüber im Gegensatz zur Kommission nicht wei-

84 Rdnr. 108 der Mitteilung.

85 So sollen gemäss Rdnr. 111 der Mitteilung beispielsweise die Kompetenzträger des zu veräussernden Geschäfts nicht an der Führung der bei ihnen verbliebenen Geschäfte beteiligt sein und umgekehrt. Ist das zu veräussernde Geschäft eine Kapitalgesellschaft, sollten die Rechte der beteiligten Unternehmen als Anteilseigner vom Überwachungstreuhänder ausgeübt werden, welcher auch befugt sein sollte, die im Namen der beteiligten Unternehmen ernannten Mitglieder des Geschäftsführungsorgans zu ersetzen. Zudem muss der Informationsfluss zwischen den beteiligten Unternehmen und dem zu veräussernden Unternehmen unterbunden werden.

86 Die Mitteilung nennt dazu in Rdnr. 110 die Erhaltung des Anlagevermögens, des Know-hows, der vertraulichen oder eigentumsrechtlich geschützten Geschäftsinformationen, des Kundenstamms und der technischen und geschäftlichen Qualifikation der Mitarbeiter.

87 Veräusserung eines Geschäfts, das aus den bei den beteiligten Unternehmen verbleibenden Geschäften ausgegliedert werden muss («carve-out»); Rdnr. 113ff. der Mitteilung.

88 Rdnr. 116 der Mitteilung.

89 Rdnr. 118. der Mitteilung.

Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung

sungsbefugt (jedenfalls nicht ohne deren Zustimmung), er unterliegt der Aufsicht der Kommission. Die genauen Pflichten und Befugnisse ergeben sich aus dem Treuhandmandat⁹⁰.

Die beteiligten Unternehmen können vorschlagen, dass, sofern sie während der ersten Veräusserungsfrist keinen geeigneten Erwerber finden, einem sog. *Veräusserungstreuhänder* (v.a. Investitionsbanken) «das unwiderrufliche und ausschliessliche Mandat erteilt [wird], das Geschäft unter der Aufsicht der Kommission innerhalb einer bestimmten Frist ohne Mindestpreis an einen geeigneten Erwerber zu veräussern»⁹¹. Auch dieser Verkauf muss – wie der Verkauf durch die beteiligten Unternehmen – von der Kommission genehmigt werden⁹².

Schlagen die beteiligten Unternehmen die Einsetzung eines Treuhänders vor⁹³, so benötigen dessen Bestellung und das Mandat eine Genehmigung der Kommission, die bei der Auswahl über Ermessen verfügt. Je nach Verpflichtung kann auch ein und dieselbe Person bzw. Einrichtung Überwachungs- und Veräusserungstreuhänder sein⁹⁴. Beide Treuhänder müssen unabhängig sein, wobei die von den beteiligten Unternehmen bezahlte Entschädigung deren Unabhängigkeit und Effizienz nicht beeinträchtigen darf.

VI. Umsetzung anderer Verpflichtungen

Viele der Grundsätze zur Veräusserung können auch auf andere Verpflichtungsarten angewandt werden. Da solche Verpflichtungen regelmässig eine lange Laufzeit haben, erfordern sie häufig einen sehr hohen Überwachungsaufwand und spezielle Überwachungsinstrumente. Die Kommission verlangt zumeist die Bestellung eines Treuhänders und eine Schiedsklausel. So kann der Treuhänder die Umsetzung der Verpflichtungen überwachen, kann aber bei Schiedsverfahren auch mitwirken, damit eine zügige Erledigung erfolgt⁹⁵.

90 Als fünf wichtigste Aufgaben nennt die Mitteilung (Rdnr. 119): Überwachung der Sicherheitsvorkehrungen für das zu veräussernde Geschäft in der Übergangszeit; in Ausgliederungsfällen: Überwachung der Aufteilung; Überwachung der Suche nach einem geeigneten Erwerber in Veräusserungssachverhalten und des Veräusserungsverfahrens im Allgemeinen; Kontaktstelle gegenüber Dritten bei Fragen zu den Verpflichtungen und Vermittlung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen beteiligten Unternehmen und Dritten; regelmässige Berichterstattung an die Kommission über Erfüllung der Verpflichtungen.

91 Rdnr. 121. der Mitteilung.

92 Rdnr. 121 der Mitteilung.

93 Gemäss Mitteilung sollte gleich nach Erlass der Entscheidung ein geeigneter Treuhänder vorgeschlagen werden und in den Verpflichtungen vorgesehen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben erst vollzogen werden kann, wenn der Überwachungstreuhänder ernannt ist. Der Veräusserungstreuhänder sollte hingegen lange vor Ablauf der ersten Veräusserungsfrist ernannt werden (Rdnr. 123).

94 Rdnrn. 123 ff. der Mitteilung.

95 Rdnr. 130 der Mitteilung.

D. Fazit: Handlungsbedarf

Angesichts der in Teil B aufgezeigten Mängel in der schweizerischen Rechtsprechung ist ein Handlungsbedarf klar erkennbar. Es wäre wünschenswert, dass die Weko eine Bekanntmachung erlässt, in welcher sie sich an die oben vorgestellte Mitteilung der Europäischen Kommission anlehnt.

In einer solchen Bekanntmachung müssten die Unternehmen verpflichtet werden, von Beginn an alle erforderlichen Informationen offenzulegen (was in der EG mit dem neuen Formblatt RM erreicht wird), damit die Weko die angebotenen Verpflichtungen ordnungsgemäss überprüfen und sich ein detailliertes Bild über die betroffenen Märkte machen kann. Dadurch können die Auswirkungen und die Geeignetheit der Bedingungen und Auflagen zur Beseitigung wettbewerbsrechtlicher Bedenken viel exakter abgeschätzt werden.

Auch müsste die Bekanntmachung Vorschriften zur Überwachung der Einhaltung von Bedingungen und Auflagen vorsehen. Die Festsetzung von Fristen, innert welcher Bedingungen und Auflagen im Vorprüfungs- bzw. Prüfungsverfahren vorgeschlagen werden können, wäre zudem sehr hilfreich, sowie die Einführung der Möglichkeit, die ein- bzw. viermonatige Frist im Falle von Bedingungen und Auflagen zu verlängern.

Selbst an sich wirkungsvolle Auflagen haben nicht den gewünschten Effekt, wenn deren Überwachung nicht sichergestellt ist. Die Einsetzung eines Veräusserungs- und/oder Überwachungstreuhänders, so wie es in den jüngsten Entscheiden i.S. Migros/Denner und Coop/Carrefour vorgesehen ist, sollten zur allgemeinen Pflicht erhoben und die jeweiligen Rechte und Pflichten der Treuhänder inkl. Umsetzungsfristen präzisiert werden.

Schliesslich dürfte die Rechtsform der Verfügung für Genehmigungen unter Auflagen und Bedingungen, welche im Vorprüfungsverfahren ergehen, Durchsetzungsprobleme vermeiden. Die während der Amtszeit des Jubilars befolgte diesbezügliche Praxis wurde in der Folge bekanntlich aufgegeben.

Ein Problembereich kann jedoch selbst mit einer Bekanntmachung wohl nicht gänzlich gelöst werden: Die Übernahme der Bedingungen und Auflagen der Europäischen Kommission in parallelen Verfahren ist gerade bei internationalen betroffenen Märkten ein guter Ansatzpunkt, mangels Kooperationsabkommen mit der EG jedoch problembehaftet (vgl. Rdnr. 80 der Mitteilung sowie bei FN 41 oben). In einer Bekanntmachung könnten aber wenigstens Vorgaben zur Übernahme und Präzisierung der betreffenden EG-Auflagen sowie der Fristen und Informationspflichten der beteiligten Unternehmen ins Dispositiv der Schweizer Genehmigung formuliert werden. Weiter wären Vorschläge zur Gestaltung von Waiver-Erklärungen der beteiligten Unternehmen sinnvoll. Die vollständige Lösung des völkerrechtlichen Problems kann aber nur durch ein Kooperationsabkommen mit der EG erreicht werden.