

# Inhaltsverzeichnis

Einleitende Zusammenfassung . . . . .	v
Inhaltsübersicht . . . . .	XIII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Sigelverzeichnis . . . . .	XXIX
Literaturverzeichnis . . . . .	XXXI

<b>Teil I      Grundlagen</b>	<b>1</b>
<b>1 Das Kartellgesetz im System des Wettbewerbsrechts</b>	<b>3</b>
<b>2 Die Wettbewerbsbehörden</b>	<b>7</b>
2.1 Die Wettbewerbskommission . . . . .	7
2.2 Das Sekretariat der Wettbewerbskommission . . . . .	11
2.3 Das Bundesverwaltungsgericht . . . . .	13
2.4 Das Bundesgericht . . . . .	14
2.5 Der Bundesrat . . . . .	15
2.6 Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement . . . . .	18
2.7 Zivilgerichte . . . . .	19
2.8 Der Preisüberwacher . . . . .	20
2.9 Die Finanzmarktaufsicht . . . . .	20
2.10 Die sektoriellen Regulierungsbehörden . . . . .	21
2.11 Die EU-Kommission . . . . .	23
<b>3 Die Verfahren des Kartellgesetzes</b>	<b>27</b>
3.1 Übersicht . . . . .	27
3.2 Das Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen . . . . .	28
3.2.1 Eröffnung einer Untersuchung . . . . .	29
3.2.2 Rechtsschutz bei der Eröffnung einer Untersuchung . . . . .	31

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

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

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

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

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

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

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

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