

# Besprechung | Compte rendu

**Pranvera Këllezi**

**Competition Law in Switzerland**

Law and Practice in a European Context

Springer, Berlin 2023, 278 + XXI Seiten, CHF106.50, ISBN 978-3-031-45116-4

## I. Einleitung

Nachfolgende Rezension hat einen besonderen Kontext. Bei der Autorin des Werks «Competition Law in Switzerland – Law and Practice in a European Context» handelt es sich nicht bloss um eine Kollegin aus der Anwaltschaft und Wissenschaft, sondern gleichzeitig auch um ein langjähriges Mitglied derjenigen Behörde, welche das schweizerische Kartellrecht durchsetzt. Dass dadurch einerseits das Interesse am 2023 veröffentlichten Kommentar grundsätzlich hoch ist und andererseits die Besprechung durch einen Rezensenten, der seit fünfundzwanzig Jahren in seiner anwaltlichen Tätigkeit fast tagtäglich mit ebendieser Wettbewerbsbehörde zu tun hat, delikat sein kann, versteht sich von selbst. Dass der Unterzeichner die Rezensitionsanfrage trotz letzterer Bedenken angenommen hat, liegt u.a. daran, dass es sich um den einzigen umfassenden englischsprachigen Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (KG) handelt und dieser gerade für Praktiker, die hauptsächlich in Englisch arbeiten, eine grosse Hilfe darstellt. Das Gleiche gilt für den vom Titel verkündeten europäischen Vergleich, der in der Praxis aufgrund der in der Rechtsprechung zum KG regelmässigen Verweisungen auf das EU-Kartellrecht, von grosser Bedeutung ist.

## II. Aufbau und Inhalt

Der Aufbau des Kommentars folgt grundsätzlich dem klassischen Muster. Zunächst werden die Hintergründe der 1995 erfolgten Totalrevision des KG kurz erläutert, bevor mehr übersichtsmässig die verfahrensrechtlichen Grundsätze der verwaltungs- und auch der zivilrechtlichen Durchsetzung beschrieben werden.

Der Hauptinhalt des Werks ist aber klar den materiellen Begriffen des Schweizerischen Kartellgesetzes gewidmet. So werden in einem zweiten Kapitel der Begriff der Abrede im Allgemeinen sowie im dritten und vierten Kapitel die Horizontal- und Vertikalabreden abgehandelt. Im fünften Kapitel folgt dann die Kommentierung des zweiten Kontrollinstruments der Verhaltenskontrolle, d.h. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden oder relativ markt-mächtigen Stellung und im sechsten Kapitel die Darstellung der Strukturkontrolle. In einem letzten Teil werden schliess-

lich die Sanktionen, die Kronzeugenregelung und das Institut der Einvernehmlichen Regelung erklärt.

## III. Bemerkungen zu einzelnen Kommentierungen

Es würde den Rahmen bei Weitem sprengen, wenn auf alle Kommentierungen in diesem über 270-seitigen Werk eingegangen würde. Einzelne Abschnitte sind aber aufgrund ihrer Aktualität und/oder dem europäischen Kontext besonders erwähnenswert:

### 1. Wettbewerbsabreden (Kapitel 2, S. 35 ff.)

#### a) Allgemeiner Aufbau

Die Autorin kommentiert den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG und deren materielle Beurteilung nach Art. 5 KG in drei Teilen. Zunächst beschreibt sie den Abredobegriff und widmet danach den Horizontal- und den Vertikalabreden je ein Kapitel (Kap. 3 und 4).

In Kapitel 3 umschreibt PRANVERA KËLLEZI zunächst die unter die Vermutungstatbestände fallenden Abreden inklusive Submissionsabreden (Abschnitte 3.2 bis 3.5, S. 67 ff.). Dieser Darstellung folgen Kommentierungen zu praxisrelevanten Abredeformen, deren kartellrechtliche Beurteilung immer wieder zu Diskussionen Anlass gibt. So beschreibt sie, vor allem anhand der bekannten Fälle Ascopa (BVGer vom 12. Dezember 2022, B-141/2012), Leasing (BVGer vom 2. Juni 2023, B-4596/2019) und Belagswerke Bern (Entscheid Weko vom 6. Dezember 2021) die kartellrechtliche Beurteilung von Informationsaustausch (Abschnitt 3.6, S. 78 ff.) und geht mit Bezug auf letztgenannten Fall auf Wettbewerbsverbote in Gemeinschaftsunternehmen GU und Abreden zwischen Konkurrenten zur Benennung von Verwaltungsräten im jeweils anderen Unternehmen ein (Abschnitte 3.7 und 3.8, S. 83 ff.).

Originellerweise widmet sie weitere Unterkapitel Abreden, welche Gegenstand von drei Weko-Bekanntmachungen sind, deren Alter und praktische Bedeutung eine separate Kommentierung eigentlich nicht erwarten lassen: die KMU-Bekanntmachung und die Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen (Unterabschnitt 3.6.2, S. 81 ff.) sowie die Bekanntmachung Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln (Abschnitt 3.9, S. 86 ff.). Dabei bleibt es allerdings bei einer blossen Beschreibung der jeweiligen Zulässigkeitskriterien, und es fehlt aus Sicht des

Besprochen von **PHILIPP E. ZURKINDEN**, Prof. Dr. iur. Universität Basel, Rechtsanwalt, Bern.

Rezensenten die Conclusio, dass gleich alle drei dieser Bekanntmachungen dringend reformbedürftig sind.

**b) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung und Vertikalabreden im Besonderen**

Die Autorin weist richtigerweise darauf hin, dass die Prüfung, ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, in der Schweiz nicht «nur» bei der materiellen Beurteilung einer Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 1 KG erfolgt, sondern bereits bei der Analyse, ob eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG besteht oder nicht. Sie erinnert aber auch richtigerweise daran, dass die Prüfung des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung unter Art. 5 Abs. 1 KG strenger ist als in der EU, wo regelmässig u.a. auch die faktischen und rechtlichen Umstände, unter welchen die betroffene Abrede besteht, berücksichtigt werden müssen (Abschnitt 2.2.3, S. 47 ff.).

Diesen relevanten Unterschied betont die Autorin auch bei der Besprechung des Begriffs der Preisabrede in Abschnitt 3.2 (S. 67 ff.), wo aus Sicht des Rezensenten allenfalls eine etwas kritischere Auseinandersetzung mit der ebenso exzessiven Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden bei der Auslegung des Preisabredebegriffs i.S. von Art. 5 Abs. 3 KG interessant gewesen wäre.

Beeindruckend ist die Darstellung der materiellen Beurteilung von Vertikalabreden (S. 91 ff.). Sie ist nicht nur umfassend, sondern setzt sich, neben der Darstellung der rechtlichen Grundregeln in Art. 5 Abs. 4 KG und der Vertikalbekanntmachung, auch hier wieder mit wichtigen praxisrelevanten Fragen auseinander (Abschnitt 4.3, S. 110 ff.). So weist sie ganz zu Beginn im Zusammenhang mit konzerninternen Vertikalabreden auf den Bundesgerichtsentscheid i.S. Dargaud (BGer vom 21. Dezember 2022, 2C\_43/2020) hin, der bei einer Kombination von konzerninternen Vertriebssystemen mit Exklusivvereinbarungen eine Ausnahme vom Konzernprivileg feststellt (Unterabschnitt 4.1.2, S. 93 f.). Mit Verweisung auf die Vertikalbekanntmachung und Rechtsprechung geht die Autorin in der Folge nicht nur vertieft auf die Erheblichkeitskriterien, sondern auch konkret auf die mit Vertikalabreden in der Praxis gängigsten Wettbewerbsbeschränkungen ein und befasst sich dabei u.a. auch mit Behinderungen von Online-Verkäufen und mit der Dual Distribution (Abschnitte 4.2 und 4.3., S. 95 ff.).

Diese detaillierte hilfreiche Darstellung wird vereinzelt mit Verweisungen auf das EU-Recht ergänzt. Der für die Praxis relevante, in anderen Kommentierungen aber oft vernachlässigte explizite Hinweis in Erwägung VII der Vertikalbekanntmachung auf die analoge Anwendung der EU-Vertikalabreden auf Vertikalabreden in der Schweiz wird ebenfalls besprochen (S. 97) und damit das Verhältnis zu den einschlägigen EU-Regeln in grundsätzlicher Hinsicht klargestellt.

**2. Missbrauch von marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen (Kapitel 5, S. 161 ff.)**

**a) Allgemeiner Aufbau**

PRANVERA KËLLEZI teilt die Kommentierung dieses zweiten Kontrollinstruments der Verhaltenskontrolle im Bereich der privaten Wettbewerbsbeschränkungen nach einer Einleitung in drei Teile auf. In einem ersten Abschnitt werden klassischerweise zunächst der relevante Markt und die Marktbeherrschung umschrieben (Unterabschnitt 5.2.2, S. 163 f.) und dann die relative Marktmacht unter Einbezug der Konstellation der wirtschaftlichen Abhängigkeit (Unterabschnitt 5.2.3, S. 165 ff.). In einem weiteren Abschnitt wird der Missbrauch behandelt, das insbesondere auch eine präzise und informative Abhandlung über die bisherige Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden zu den einzelnen Beispieltatbeständen in Art. 7 Abs. 2 KG und vereinzelt auch ein Kurzvergleich mit der EU-Rechtsprechung umfasst (Abschnitt 5.3, S. 167 ff.). Obwohl, wie die Autorin klarstellt, das Fehlen sog. «legitimate business reasons» konstitutives Tatbestandselement des Missbrauchs darstellt, werden die betriebswirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe in einem separaten Abschnitt 5.4 besprochen.

**b) Die relative Marktmacht und das Verhältnis des Grundsatzes in Art. 7 Abs. 1 zu den Beispieltatbeständen in Abs. 2 im Besonderen**

Im Zusammenhang mit dem 2022 neu eingeführten Institut der relativen Marktmacht erklärt die Autorin zunächst kurz den Hintergrund der Einführung der relativen Marktmacht und weist richtigerweise auf die unklare Auslegung dieses neuen Instituts hin (Unterabschnitt 5.2.3, S. 165 ff.). Es fehlt aus Sicht des Rezensenten allerdings eine Auseinandersetzung mit der Frage, welche Unterschiede zwischen der relativen Marktmacht und der (marktstrukturbedingten) Abhängigkeit als mögliche Form der Marktbeherrschung bestehen, welche im Rahmen der KG-Teilrevision 2003 eingeführt wurde. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die relative Marktmacht im EU-Kartellrecht mit Bezug auf Art. 102 AEUV bekanntlich fehlt, dass aber hingegen Ansätze der marktstrukturell bedingten Abhängigkeit im EU-Recht zu finden sind.

Beim Verhältnis zwischen dem Grundsatz in Art. 7 Abs. 1 KG zu den Beispieltatbeständen in Abs. 2 geht PRANVERA KËLLEZI auch auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Six (BGer vom 2. November 2022, 2C\_596/2019) ein und auf dessen teils verwirrende Aussagen zur theory of harm (Unterabschnitt 5.3.1, S. 169 f.). Die Autorin lässt offen, wie sich die Praxis künftig entwickeln wird (Unterabschnitt 5.3.1, S. 167 ff.). Klar dürfte aus Sicht des Rezensenten immerhin sein, dass eine Qualifikation der Beispiele in Art. 7 Abs. 2 KG als Gefährdungstatbestände bzw. als «per se» missbräuchliche Verhaltensweisen nicht der Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des KG 1995, aber auch nicht der aktuellen Praxis der EU-Wettbewerbsbehörden entspricht (s. dazu auch unten Abschnitt 4).

### 3. Fusionskontrolle (Kapitel 6, S. 203 ff.)

Die Autorin wählt, nach der Einleitung, als Aufbau separate Unterabschnitte zu den Themen Meldesystem, Vollzugsverbot, Vorläufiger Vollzug, Meldekriterien, Zusammenschlussbegriff, materielle Beurteilung sowie Fristen und Verfahren.

Auffallend ist auch in diesem Kapitel, wie umfassend und praxisorientiert die einzelnen Unterthemen kommentiert werden. So werden in der Einleitung auch die in der laufenden KG-Revision diskutierten Reformpunkte (mögliche Einführung SIEC-Test und grundsätzlicher Wegfall der Zuständigkeit der Weko bei Zusammenschlüssen mit zumindest EWR-weiten relevanten Märkten) beschrieben. Mit konstanten Verweisungen auf die entsprechende Rechtsprechung werden in der Folge die weiteren Aspekte der KG-Fusionskontrolle angegangen. Hervorzuheben sind insbesondere die Kommentierungen zur Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG (Unterabschnitt 6.5.2, S. 215 ff.), zu den Folgen der Verletzung der Meldepflicht bzw. des Vollzugsverbots (inkl. Gun Jumping, Abschnitt 6.2, S. 205 ff.), zur Meldepflicht von miteinander verbundenen Zusammenschlüssen (Unterabschnitt 6.6.3, S. 222 ff.), zum Zusammenschlussbegriff (v.a. konzentrierte GU), zu den materiellen Beurteilungskriterien (inkl. Failing Company Defence, Bedeutung von Effizienzgründen, Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten, Abschnitt 6.7, S. 225 ff.), zum Begriff der Nebenabreden (Unterabschnitt 6.7.8, S. 234 ff.) und schliesslich zum Verfahren und den Rechtsmittelmöglichkeiten (inkl. Beschwerdebefugnis mit Verweisung auf den Zusammenschlussfall Ticketcorner/Starticket [BVGer vom 3. Mai 2018, B-3871/2017]; Abschnitt 6.8, S. 236 ff.).

Interessant sind auch die Bemerkungen der Autorin zu den vorläufigen Genehmigungen nach den Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 KG (Abschnitt 6.4, S. 211 f.). Während die Lehre nicht einheitlicher Meinung darüber ist, ob es sich bei beiden vorzeitigen Genehmigungsmöglichkeiten um (bloss) vorläufige Vollzugsmöglichkeiten handelt, vertritt PRANVERA KELLEZI diese Meinung klar, was aufgrund der Verweisungen in Art. 17 VKU auf die Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 2 KG nicht zuletzt mit Bezug auf den aktuellen Zusammenschlussfall UBS/CS zum Nachdenken anregt.

### 4. Sanktionen (Kapitel 7, S. 245 ff.)

Auch zum Thema Sanktionen gibt die Autorin eine mit Verweisungen auf die Praxis ergänzte Darstellung der verschiedenen mit KG-Sanktionen verbundenen Aspekte. Sie ist abermals umfassend und praxisorientiert und reicht von der Umschreibung der Wettbewerbsverstösse, welche unter die KG-Sanktionstatbestände fallen (Unterabschnitt 7.2.1, S. 246 ff.), den mit abstrakten Berechnungsbeispielen illustrierten Sanktionsbemessungskriterien (Unterabschnitt 7.2.3, S. 250 ff.), den Voraussetzungen zum vollständigen oder teilweisen Erlass einer Sanktion (samt präzisen Erklärungen, wie die betroffenen Unternehmen vorzugehen haben und wer in welcher Form Zugang zu Leniency-Akten hat, Unterabschnitt 7.2.4, S. 258 ff.) und dem Widerspruchsverfahren

nach Art. 49 Abs. 3 lit. a KG (Unterabschnitt 7.2.7, S. 266 f.) bis zur Beantwortung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Sanktionen nach dem KG (Unterabschnitt 7.2.6, S. 265 f.).

Im Zusammenhang mit der Kommentierung der Kompatibilität der direkten Sanktionen mit Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK (Unterabschnitt 7.2.2., S. 249 f.) verweist die Autorin auf das bekannte Urteil des Bundesgerichts i.S. Publigroupe vom 29. Juni 2012 (2C\_484/2010). Sie folgert daraus, dass eine direkte Sanktion für Wettbewerbsverstösse nach Art. 7 KG bzw. die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens nur dann auferlegt bzw. angenommen werden können, wenn wettbewerbsschädliche Wirkungen nach Art. 7 Abs. 1 KG nachgewiesen werden können. Eine solche aktuelle Auslegung des Publigroupe-Entscheids, welche übrigens auch der bundesrätlichen Botschaft zum KG 1995 voll und ganz entspricht, würde aber wohl (richtigerweise) dazu führen, dass die SIX-Rechtsprechung desselben Bundesgerichts, welche im Grunde eine «per se»-Schädlichkeit der Beispielsachverhalte in Art. 7 Abs. 2 KG voraussetzt, falsch ist (siehe dazu auch oben Abschnitt 2.b).

### IV. Gesamtwürdigung

Das Werk «Competition Law in Switzerland» ist eine Bereicherung unter den bestehenden Kommentierungen zum schweizerischen Kartellrecht. Es ist umfassend, übersteigt aber nirgends die auch für einen Praktiker erträgliche Länge. Gerade für den Praktiker gibt er verständliche Auskunft zu den vielfältigen Aspekten des schweizerischen KG und illustriert diese mit entsprechenden Verweisungen auf die Rechtsprechung sowie auf das EU-Kartellrecht und dessen Praxis sowie vereinzelt mit Beispielen. Für den hauptsächlich in Englisch praktizierenden Anwalt und fremdsprachige Leser kommt es zudem sehr entgegen, dass nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern nun auch eine Kommentierung in Englisch vorliegt.

Der Umstand, dass die Autorin als Mitglied der Weko sich grundsätzlich an die Rechtsprechung hält und damit jeweils keine eigene (allenfalls abweichende) Meinung oder gar Kritik äussert, ist verständlich und muss akzeptiert werden. Ebenso tun kleinere Unvollständigkeiten wie beispielsweise der fehlende Einbezug des KG 85 bei der Beschreibung der Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts (Abschnitte 1.1. und 1.2, S. 1 ff.) oder die doch sehr knappe Darstellung der verfahrensrechtlichen Regelung der KG-Verhaltenskontrolle (so fehlen beispielsweise Kommentierungen zum [für den Praktiker problematischen] Ermessen des Sekretariats bei Eröffnung von Vorabklärungen/Untersuchungen oder im Prozess einer EVR, zu den Verfahrens- bzw. Mitwirkungsrechten der Verfahrensbeteiligten und zur Unterscheidung Partei/Dritte mit Parteistellung/Dritte etc.) der Gesamtqualität und dem Nutzen des Werks keinen Abbruch.

Die englische Kommentierung von PRANVERA KELLEZI ist jedem international tätigen Praktiker und generell jedem fremdsprachigen am schweizerischen Kartellrecht interessierten Leser (inkl. Unternehmen) zur Lektüre zu empfehlen.