

Andrea Barzaghini

Sind die aus der «Fair-Preis-Initiative» entwickelten Rechtsnormen den Herausforderungen der Hochpreisproblematik gewachsen?

ISBN 978-3-03916-305-2

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitiervorschlag:

Andrea Barzaghini, Sind die aus der «Fair-Preis-Initiative» entwickelten
Rechtsnormen den Herausforderungen der Hochpreisproblematik gewachsen?,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

Sind die aus der «Fair-Preis-Initiative» entwickelten Rechtsnormen den Herausforderungen der Hochpreisproblematik gewachsen?

Masterarbeit von

Andrea Barzaghini

Verfasst im Rahmen des Masterstudiums der Rechtswissenschaften im Herbstsemester
2024 an der Universität Luzern unter Leitung von Prof. Dr. iur. Nicolas Diebold

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XI
1. Einleitung.....	1
2. Ziele der «Fair-Preis-Initiative»	3
3. Bestimmung branchenüblicher Bedingungen	5
3.1 Definition	5
3.2 Nachweis	10
4. Pflichten nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG	18
4.1 Lieferpflicht	19
4.1.1 Abgrenzung zwischen Belieferungspflicht und Beschaffungsfreiheit	19
4.1.2 Auslegung der Norm	20
4.2 Kontrahierungs- und Konditionenzwang	25
4.2.1 Vertragsfreiheit der Unternehmen	25
4.2.2 Kontrahierungszwang für ausländische Unternehmen	26
5. Das Verhältnis zwischen Art. 3a UWG und dem KG	30
5.1 Vergleich zwischen den beiden Rechtsnormen.....	31
5.1.1 Einordnung der Vorschriften	31
5.1.2 Anwendungsbereich und Voraussetzungen	35
5.1.3 Ansprüche	39
5.1.4 Durchsetzung.....	40
5.2 Verfassungsmässigkeit der Regelungen.....	45
6. Schlussbemerkungen	49

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen der Autorin und/oder des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- | | |
|---|--|
| AMSTUTZ MARC/
REINERT MANI (Hrsg.) | Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021
(zit. BEARBEITER/IN, BSK KG, N ... zu Art. ... KG) |
| ARNET GANTNER RUTH | Die kartellrechtliche Kontrahierungspflicht, Entwicklung und materielle Aspekte des zivilrechtlichen Anspruches auf Vertragsschluss gemäss Art. 13 lit. b KG, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, S. 172 ff. |
| BIAGGINI GIOVANNI et al. | Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, Übersicht für Studierende und für die Praxis, 7. Aufl., Basel 2023 |
| BIRKHÄUSER NICOLAS/
CONSTAM MANUEL J. | Geodiskriminierung im Lauterkeits-, Kartell- und Immaterialgüterrecht, in: SZK 03/2022, S. 103 ff. (zit. BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierung, S. ...) |
| DIESELBEN | Das neue Geodiskriminierungsverbot, in: AJP 8/2022, S. 867 ff. (zit. BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierungsverbot, S. ...) |
| BUCHSER LYDIA PATRIZIA | Kartellrechtliches Diskriminierungsverbot, Diss. Luzern 2021, Zürich/Basel/Genf 2022 |
| BUOB NICOLAS | Die privatrechtliche und die kartellrechtliche Kontrahierungspflicht, Eine Untersuchung zum gegenseitigen Verhältnis, Diss. Zürich 2019 |
| DALLAFIOR ROBERTO/
SCHUMACHER BENJAMIN | Kommentierung des Art. 2 LugÜ, in: Oetiker Christian/Weibel Thomas/Fountoulakis Christiana, Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. |

	DALLAFIOR/SCHUMACHER, BSK LugÜ, N ... zu Art. 2 LugÜ)
DIEBOLD NICOLAS	Neue Missbrauchskontrolle für relativ marktmächtige Unternehmen in: RR-COMP 6/2021, S. 2 ff. (zit. DIEBOLD, Missbrauchskontrolle, S. ...)
DERSELBE	Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts in: recht 3/2017, S. 157 ff. (zit. DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. ...)
DERSELBE	Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Habil. Bern 2016, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIEBOLD, Habil., Nr. ...)
DUBEY JACQUES	Droit fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018
EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.)	Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER/IN, SGKomm, N ... zu Art. ... BV)
FERRARI HOFER LORENZA/ VASELLA DAVID	Kommentierung des Art. 3a UWG, in: Amstutz Marc/Atamer Yeşim M. (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. FERRARI HOFER/VASELLA, CHK UWG, N ... zu ... Art. 3a UWG)
FURRER ANDREAS/ MÜLLER-CHEN MARKUS	Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
GAUCH PETER/ SCHLUEP WALTER R./ SCHMID JÖRG	OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

GROLIMUND PASCAL/ LOACKER LEANDER D./ SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.)	Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, BSK IPRG, N ... zu Art. ... IPRG)
HÄFELIN ULRICH/ MÜLLER GEORG/ UHLMANN FELIX	Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
HAKTANIR SELIM	Die Einschränkung der Beschaffungsfreiheit nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, in: SZK 02/2024, S. 62 ff. (zit. HAKTANIR, Einschränkung, S. ...)
DERSELBE	Beschaffungsfreiheit und Belieferungspflicht? – Der Miss- brauchstatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, Diss. Bern 2023, Zürich/St. Gallen 2023 (zit. HAKTANIR, Diss., Nr. ...)
HEINEMANN ANDREAS	Private Kartellrechtsdurchsetzung, in der Schweiz, in: Fuchs Andreas/Weitbrecht Andreas (Hrsg.), Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, München 2019, S. 905 ff. (zit. HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchset- zung, N ... zu § 23)
DERSELBE	Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG- Kartellrechts im Vergleich, in: Vogt Hans-Ueli/Heinemann Andreas/Weber Rolf H. (Hrsg.), Methodische und konzep- tionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im euro- päischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, S. 43 ff. (zit. HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen, S. ...)
HEIZMANN RETO	Verbot des Geoblockings: massvolle Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts, in: Anwaltsrevue 2/2021, S. 72 ff.
HEIZMANN RETO/ LEANDER D. LOACKER (Hrsg.)	UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen unlauteren Wett- bewerb, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. BEARBEITER/IN, UWG- Komm, N ... zu Art. ... UWG)

HOFMANN DIETER A./ KUNZ OLIVER M.	Kommentierung des Art. 5 LugÜ, in: Oetiker Christian/ Weibel Thomas/Fountoulakis Christiana, Basler Kommen- tar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, N ... zu Art. 5 LugÜ)
HRUBESCH-MILLAUER STEPHA- NIE/ BOSSHARDT MARTINA	Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbu- ches, (Art. 1 – 9 ZGB), Bern 2019
HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/ SCHMID JÖRG	Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024
JUNG PETER (Hrsg.)	Stämpfli's Handkommentar, Bundesgesetz über den un- lauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., Bern 2023 (zit. BE- ARBEITER/IN, SHK UWG, N ... zu Art. ... UWG)
KAUFMANN OLIVER	Relative Marktmacht 2022, in: sic! 5/2022, S. 181 ff.
KIENER REGINA/ KÄLIN WALTER/ WYTENBACH JUDITH	Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024
KIENER REGINA/ RÜTSCH BERNHARD/ KUHN MATHIAS	Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
KRAMER ERNST A.	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht., 1. Abteilung: All- gemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Unterteilband, 1a Inhalt des Vertrages, Unterteilband 1a Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit. KRAMER, BK, N ... zu Art. ... OR)
LOACKER LEANDER D./ BLUMER LARA	Zum neuen Geodiskriminierungsverbot im UWG, in: SJZ 117/2021, S. 1055 ff.

LUWARSO LYNN	Relative Marktmacht im Wirtschafts- und Konsumrecht, in: recht 1/2024, S. 51 ff.
MAMANE DAVID	Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht, in: SZK 02/2022, S. 59 ff.
MARBACH EUGEN/ DUCREY PATRIK/ WILD GREGOR	Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. DUCREY, Nr.. ...)
MARTENET VINCENT/ DUBEY JACQUES (Hrsg.)	Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR BV, N ... zu Art. ... BV)
MARTENET VINCENT/ BOVET CHRISTIAN/ TERCIER PIERRE (Hrsg.)	Commentaire romand, Droit de la concurrence, Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER/IN, CR Concurrence, N ... zu Art. ... BV)
MEIER GIULIA MARA	Geoblocking in der Schweiz und der EU, in: AJP 7/2021, S. 873 ff.
OBERHAMMER PAUL	Kommentierung des Art. 5 LugÜ, in: Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. OBERHAMMER, SHK LugÜ, N ... zu Art. 5 LugÜ)
PICHT PETER GEORG	Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, Eine Analyse zu Merkblatt und Meldeformular des WEKO-Sekretariats vom Dezember 2021, in: sic! 6/2022, S. 243 ff. (zit. PICT, Leitlinien, S. ...)
DERSELBE	Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung, in: SZW 4/2022 S. 315 ff. (zit. PICT, relative Marktmacht, S. ...)

DERSELBE	Relative Marktmacht und Geoblocking: Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, in: WuW 6/2021, S. 336 ff. (zit. PICH, Wettbewerbsrecht, S. ...)
REINERT MANI	Teilrevision des Kartellgesetzes, Erlass eines Investitionsprüfgesetzes und Motionen, in: SZK 4/2024, S. 186 ff.
DIEBOLD NICOLAS/ RÜTSCH BERNHARD	Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1, Grundlagen, Zürich/Genf 2023
SCHNYDER ANTON K./ LIATOWITSCH MANUEL	Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
STÄUBER RICHARD/ BURGER ANDREAS	Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, Ein taugliches Instrument gegen hohe Schweizer Preise?, in: ZWeR 2/2021, S. 235 ff.
SUTTER-SOMM THOMAS	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
TSAKANAKIS STEFAN	Die Nachführung des Anhangs zum MRA Schweiz–EU bei Gesetzesänderungen, in: AJP 2/2021, S. 181 ff.
TSCHANNEN PIERRE	Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008
TSCHUDIN MICHAEL	Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, in: AJP 10/2014, S. 1333 ff.
TUOR PETER et al.	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, N ... zu § 5)
WALDMANN BERNHARD/ BELSER EVA MARIA/ EPINEY ASTRID (Hrsg.)	Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, N ... zu Art. ... BV)
WASER ASTRID/	Relativ neu – die Schweizer Regelung zur relativen

TRAVAGLINI SANDRO	Marktmacht, zum Geoblocking-Verbot und zum Vertriebskartellrecht, in: NZKart 2/2022, S. 42 ff.
WEBER ROLF H./ VOLZ STEPHANIE	Wettbewerbsrecht, Fachhandbuch, 2. Aufl., Zürich/Genf 2023
WIEDERKEHR RÉNE	Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Bern 2022
WINISTÖRFER MARC M.	Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Diss. Luzern 2021, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. WINISTÖRFER, Diss., S. ...)
ZÄCH ROGER	Aspekte der Fair-Preis-Initiative, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration - mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 407 ff.
ZÄCH ROGER et al. (Hrsg.)	KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. BEARBEITER/IN, KG-Komm, N ... zu Art. ... KG)
ZÄCH ROGER/ HEIZMANN RETO	Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023
ZÄCH ROGER/ SCHRANER FELIX/ STÄUBLE LUCA	Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativer marktmächtiger Unternehmen, in: Ducrey Patrik/Zimmerli Daniel (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2, Kartellrecht, 2. Aufl., Basel 2023, S. 195 ff. (zit. ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. ...)
ZIRLICK BEAT/ BICKEL JÜRG	Neue Instrumente gegen die «Hochpreisinsel Schweiz»: Regeln zu relativer Marktmacht und Geoblocking, in: WRP 2/2022, S. 146 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29. Mai 2019, BBl 2019 4877 ff. (zit. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. ...)

Eidgenössische Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)», Vorprüfung, BBl 2016 7093 ff. (zit. Vorprüfung Fair-Preis-Initiative, S. ...)

Interpellation Nationalrat 03.3029 (Pelli Fulvio), 04. März 2003, «Mehr Arbeitsplätze. Die Schweiz braucht ein Wachstums- und Preissenkungsprogramm» (zit. Interpellation 03.3029 Pelli)

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Preisüberwachung PUE, Zusammenfassung Preise und Kosten, 28. Mai 2014, S. 1 ff <www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/zusammenfassung_preiseundkosten.pdf.download.pdf/zusammenfassung_preiseundkosten.pdf> (zit. Zusammenfassung Preisüberwacher, S. ...)

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR. 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Anwaltsrevue	Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Bern)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWG	Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen vom 25. Juni 1982 (SR 946.201)
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht, vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, SR 152.3)
BK	Berner Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich

bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
DIKE	DIKE Verlag (Zürich)
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, SR 235.1)
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
E-KG 2019	Entwurf des Kartellgesetzes des WAK-N vom 4. November 2019, < www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190037/N1%20D.pdf > (besucht am: 24. Januar 2025)
et al.	et alii (= und weitere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-Geoblocking-Verordnung	Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 60 I vom 2. März 2018, S. 1–15
EÜZV94	Europäisches Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland vom 24. November 1977 (SR 0.172.030.5)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	und folgende/folgender
ff.	und fortfolgende
FHA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits

		und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
GATS		General Agreement on Trade in Services
GATT		General Agreement on Tariffs and Trade (SR 0.632.21)
gem.		gemäss
ggü.		gegenüber
gl.A.		gleicher Ansicht
gl.M.		gleicher Meinung
grds.		grundsätzlich
h.L.		herrschende Lehre
Habil.		Habilitation
Hrsg.		Herausgeber
i.c.		in casu (= im vorliegenden Fall)
i.d.R.		in der Regel
i.S.		im Sinne
i.S.d.		im Sinne der
i.S.v.		im Sinne von
i.V.m.		in Verbindung mit
inkl.		inklusive, inklusive
insb.		insbesondere
IPRG		Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Kap.		Kapitel
KG		Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, SR 251)
KG-Komm		DIKE KG Kommentar
KKG		Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (Konsumkreditgesetz, SR 221.214.1)
KMU		Kleine und mittlere Unternehmen
Koop.Abk.		Kooperationsabkommen
Koop.Abk. DE	CH-	Abkommen zwischen dem Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden vom 1. November 2022 (SR 0.251.136.1)
Koop.Abk.	CH-	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der

EU	Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1)
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
mind.	mindestens
MRA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement) vom 21. Juni 1999 (SR 0.946.526.81)
N	Note, Randnote
Nr.	Nummer, Randnummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Brüssel)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PauRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 (Produkthaftpflichtgesetz, SR 221.112.944)
PUE	Preisüberwacher
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RR-COMP	Recht relevant. für Compliance Officers (Zürich)
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
s.	siehe
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG-Komm	St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung
SHK	Stämpfli's Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Bern)
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannte, sogenannten
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
UWG-Komm	DIKE UWG Kommentar
v.A.w.	von Amtes wegen
vgl.	vergleiche
vs.	versus (= gegen)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats
WEKO	Wettbewerbskommission
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Frankfurt am Main)
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Köln)

1. Einleitung

Beim Bezug von Waren und Dienstleistungen im Ausland werden viele schweizerische Konsumenten und Unternehmen (ins. KMU) durch Beschaffungspreise und -bedingungen benachteiligt.¹ Den schweizerischen Nachfragern misslingt daher sehr oft, identische Güter kostengünstiger bei Anbietern im Ausland zu dortigen Bedingungen zu beschaffen. Das resultiert dann in einer **Lieferverweigerung**, die nicht selten mit der Bedingung verbunden ist, dass Schweizer Nachfrager die Produkte über eine oder die eigene Schweizer Niederlassung des ausländischen Anbieters einkaufen müssen, zu den schweizerischen Preisen und Bedingungen.² Diese Art von **Preisdifferenzierung bzw. -diskriminierung** nimmt Bezug auf die Nachfrageelastizität von verschiedenen Kundengruppen, wobei die Nachfrageelastizität *i.c.* nur auf die Herkunft der Verbraucher gestützt wird.³

Die Preisunterschiede werden auch von den Statistiken bestätigt: Unsere **Nachbarländer** Deutschland, Österreich, Italien oder Frankreich haben einen **Preisindex** der Konsumkosten, der um **50% niedriger** liegt, als derjenige der Schweiz. Relativiert wird dieses Phänomen dadurch, dass auch nicht importierte Güter und Dienstleistungen, wie Wohnen, Gesundheitswesen, Bildung, Freizeit oder Kultur, teurer sind als im Ausland.⁴

Diese Aspekte führen zu einer **Reduktion der Wettbewerbsfähigkeit** der Schweizer Unternehmen und auch zu einem sog. Standortnachteil für die Schweiz.⁵ Es ist zu erwähnen, dass häufig nicht nur Unternehmen benachteiligt werden, sondern auch schweizerische Konsumenten regelmässig höhere Preise als ausländische Nachfrager bezahlen müssen.⁶ Die oben erläuterte Problematik wird als das Phänomen «**Hochpreisinsel Schweiz**» bezeichnet.⁷ Dieses Thema unterliegt einer breiten politischen und öffentlichen Diskussion.⁸ Nicht nur private Diskriminierungsstrategien der Unternehmen, sondern auch staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, Handelshemmnisse und weitere protektionistische Massnahmen (bspw. im Agrarbereich) wie Zölle, administrierte Preise, sowie aufwendige Zulassungs- und Bewilligungsverfahren (technischen Handelshemmnissen) widerspiegeln sich dann in Preis-

¹ Vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 275 zu Art. 7 KG; HAKTANIR, Einschränkung, S. 62 f.; LUWARSO, S. 51; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 923.

² DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 177; HAKTANIR, Einschränkung, S. 63; vgl. auch LUWARSO a.a.O.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 923; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

³ Insb. wenn um sog. *ex factory*-Preise geht, m.w.H. DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 157 ff.; Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4890 f.; BUCHSER, Nr. 641; MAMANE, S. 59.

⁴ M.w.H. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4886 f.; DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 158 f.; STÄUBER/BURGER, S. 236 f.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 924; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

⁵ LUWARSO, S. 51; STÄUBLE/SCHRANER, KG-Komm, N 198 zu Art. 4 Abs. 2 KG.

⁶ Vgl. LUWARSO a.a.O.; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

⁷ Im Parlament erstmals angewendet in Interpellation 03.3029 Pelli; z.B. Zusammenfassung Preisüberwacher, S. 4; STÄUBER/BURGER, S. 236.

⁸ Vor Kurzem u.a. Votum Germann Hannes, AB 2024 S 533.

unterschieden.⁹ Letztlich kreiert auch die kleine Marktgrösse und die Mehrsprachigkeit der Schweiz und die hohe Kaufkraft der schweizerischen Marktteilnehmer eine spezielle Empfindlichkeit für internationale Preissegmentierungen.¹⁰ Zudem sind in der Schweiz nicht nur die **Verbraucherpreise** höher, sondern die **Produktionskosten** (Lohnkosten, Baukosten, Mieten, Energie, Transport, Rohstoffe etc.), was sich im Endpreis niederschlägt.¹¹ Da die hohen Preise nicht nur die Beschaffung im Ausland betreffen, hat sich der Bund für umfassende Massnahmen zur Milderung der Gesamtsproblematik der Preisüberhöhung entschieden, wie bspw. die einseitige Einführung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips (Art. 16a ff. THG) und die einseitige Abschaffung der verbliebenen Industriezölle anzuführen.¹²

Um der Abschöpfung der Schweizer Kaufkraft entgegenzuwirken, wurde die **Fair-Preis-Initiative** lanciert,¹³ die zu den am 01. Januar 2022 in Kraft getretenen neue Vorschriften geführt hat (Art. 7 Abs. 2 lit. g i.V.m. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG und Art. 3a UWG).¹⁴

Die Leitfrage dieser Arbeit lautet daher: Sind die aus der «Fair-Preis-Initiative» entwickelten Rechtsnormen den Herausforderungen der Hochpreisproblematik gewachsen? Trotz der beschriebenen Ansätze, Massnahmen gegen die Handelshemmnisse zu entwickeln, bestehen letztere, im Vergleich zum europäischen Binnenmarkt, weiter fort.¹⁵ Die Untersuchung zielt darauf ab, die Effektivität und Eignung dieser beiden Regelungen im Hinblick auf die Bekämpfung der Problematik zu untersuchen. Zu diesem Zweck werden im Rahmen dieser schriftlichen Arbeit einige ausgewählte Rechtsfragen behandelt: In Kap. 2 werden die Ziele der sog. «Fair-Preis-Initiative» betrachtet. Danach erfolgt in Kap. 3 die extensive Untersuchung der Voraussetzung «dortiger branchenüblichen Bedingungen» welche von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG verlangt werden. Zu diesem Zweck wird zunächst eine Definition dieser Konditionen erstellt. Anschliessend erfolgt eine Untersuchung des Nachweises der Bedingungen sowohl im Verwaltungs- als auch im Zivilverfahren. Des Weiteren gilt es zu analysieren: Welche Pflichten hat ein relativ marktmächtiger Anbieter im Ausland konkret ggü. einem Nachfrager in der Schweiz (Kap. 4)? Schafft diese Vorschrift eine allfällige Lieferpflicht nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG für die ausländischen Unternehmen? Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst der Text und die unklaren Begrifflichkeiten ausgelegt (Kap. 4.1). In direktem Zusammenhang damit steht die Frage, ob dieser Art. 7 Abs. 2 lit. g KG einen Kontrahie-

⁹ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4886 f. und 4891 ff.; DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 158 f.; HAKTANIR, Diss., Nr. 25; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

¹⁰ BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierungsverbot, S. 868; HAKTANIR, Einschränkung, S. 63; HAKTANIR, Diss., Nr. 33, 107 und 110.

¹¹ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4892; DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 159 f.; HAKTANIR, Diss., Nr. 31 ff.

¹² Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4890 ff.; DIEBOLD, Preisdiskriminierung a.a.O.; HAKTANIR, Diss., Nr. 23 ff. und 39; ZÄCH, S. 407; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

¹³ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4879; MAMANE, S. 59.

¹⁴ BUCHSER, Nr. 637; MAMANE a.a.O.; HAKTANIR, Einschränkung, S. 64; ZIRLICK/BICKEL, S. 146.

¹⁵ HAKTANIR, Einschränkung, S. 63; HAKTANIR, Diss., Nr. 107.

rungs- und Konditionenzwang vorschreibt (Kap. 4.2). Anschliessend erfolgt ein Vergleich zwischen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und der Bestimmung Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG, da letzterer ein umfassendes Preisdiskriminierungsverbot kodifiziert (Kap. 5.1). Die lit. a stellt das lauterkeitsrechtliche Pendant des Tatbestands der Beschaffungsfreiheit dar. Zudem wird die Verfassungsmässigkeit der beiden Artikeln nach Art. 27 und 94 BV geprüft (Kap. 5.2).

Es gilt zu sagen, dass keine umfassende Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale der relativen Marktmacht vorgenommen. Die Erläuterung einiger einzelnen Tatbestandseigenschaften bleibt aber weiterhin nötig für die Beantwortung der gestellten Rechtsfragen, weswegen sich ihre Darstellung auf das Notwendige beschränkt.

2. Ziele der «Fair-Preis-Initiative»

Für die Analyse, die in dieser Arbeit vorgenommen wird, ist es sinnvoll, auf die Gründe bzw. die Ziele der Volksinitiative einzugehen, die ursprünglich zur Schaffung der Normen führte (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und Art. 3a UWG).

Nach der Meinung der Initianten und einiger Autoren genüge die Beseitigung **staatlicher Handels- bzw. Importhemmnisse** zur Offenhaltung der Märkte ggü. dem Ausland bzw. zur Gewährleistung des Wettbewerbs aus dem Ausland nicht, da auch **private Importhinder-nisse** zu schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen führen können, die u.a. an die Stelle der staatlichen Wettbewerbsverhinderungen treten würden.¹⁶

Die «Stop der Hochpreisinsel - für faire Preise» (**Fair-Preis-Initiative**) wurde von einem Komitee mit der Unterstützung von gewissen KMU-Kreisen, des Verbraucherschutzes und der Hotellerie lanciert. Am 12. Dezember 2017 wurde die Initiative eingereicht und mit Verfügung der Bundeskanzlei am 17. Januar 2018 mit 107'889 gültigen Unterschriften als zustande gekommen erklärt.¹⁷ Die Volksinitiative wollte die **Beschaffungskosten** der aus dem Ausland importierten Produkte und Dienstleistungen für Schweizer Unternehmen, öffentliche Institutionen und Konsumenten **senken**, womit im Grunde genommen die Verhinderung von privaten Importbeschränkungen bezweckt werden sollte.¹⁸ Nach der Idee der Initianten sollte die neue Regelung in erster Linie **Schweizer Unternehmen schützen**, indem sie die **Vorleistungsprodukte direkt im Ausland beziehen können**, ohne auf teure Schweizer Bezugsquellen zurückgreifen zu müssen. Die Lieferung zu Auslandskonditionen war gemäss Zielsetzung der Initiative nicht vorhergesehen.¹⁹ Durch die Behinderung bzw. Vermeidung der Preiszuschläge für die Schweiz sollten Nachteile der Unternehmen ggü. der ausländischen

¹⁶ Zum Ganzen ZÄCH, S. 408; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.2.3 S. 327 f.

¹⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 158 ff.; MAMANE, S. 59; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 922; ZIRLICK/BICKEL, S. 147.

¹⁸ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4901; LOACKER/BLUMER, S. 1056; ZÄCH, S. 407; ZIRLICK/BICKEL a.a.O.

¹⁹ DIEBOLD, Missbrauchskontrolle, S. 3; vgl. Vorprüfung Fair-Preis-Initiative, S. 7095.

Konkurrenz verringert werden und damit sollte die Wettbewerbsfähigkeit und die Exportwirtschaft der Schweiz gesteigert werden.²⁰ Die Initiative sollte indirekt auch zur **Senkung der Preise** für die von den «**Schweizer Zuschlägen**» betroffenen Produkten und Dienstleistungen beitragen, unter Annahme, dass die Beschaffung zu günstigeren Preisen insb. Europapreisen zu generellen Preissenkungen im Inland führen sollte.²¹

Diesbezüglich sollte der Tatbestand des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) mittels Anpassung des Art. 96 BV ausgedehnt werden, um neu ein Verbot bei bloss relativer Marktmacht (Art. 4 Abs. 2^{bis} und 7 KG) und ein Verbot kongruent dem heutigen Geoblocking (Art. 3a UWG), einzuführen.²²

Ein relativ marktmächtiges Unternehmen verhält sich aufgrund dieser Änderung dann missbräuchlich, wenn es schweizerische Nachfrager hindert, Waren oder Dienstleistungen, die sowohl in der Schweiz als auch im Ausland erwerbbar sind, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen zu beziehen.²³ In ihrer ersten Fassung hatte die Initiative kein Verbot der Unterbindung von Re-Importen ihrer Produkte für Schweizer Unternehmen vorgesehen. Es bestand aber eine sog. Heimatschutzklausel, die eine Strategie der Preisdifferenzierung zwischen schweizerischen Unternehmen und den ausländischen weiterhin ermöglicht hätte.²⁴ Die Legislative verzichtete in dieser Fassung aber auf die Heimatschutzklausel, da eine solche Diskriminierung gemäss den Regelungen der WTO und des FHA unrechtmässig (Art. III Abs. 4 GATT und Art. XVII GATS und Art. 13 Abs. 1 FHA) und politisch schwer vertretbar gewesen wäre. Die schweizerische Eidgenossenschaft hätte deswegen u.a. von ihren Handelspartnern stark unter Druck gesetzt werden können, wie dies in den letzten Jahren schon vorgekommen ist,²⁵ zu denken ist etwa an die Entwicklungen in der Pharmabranche.²⁶ Schliesslich wurde die Initiative fallen gelassen und die neu erlassenen Vorschriften von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und Art. 3a UWG eingeführt. Sie greifen eine **schweizerische Sonderproblematik** auf, weshalb vergleichbare ausländische Rechtsbestimmungen fehlen. Dies gilt sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Anwendungsebene, weswegen in der folgenden Arbeit kein Rechtsvergleich vorgenommen wird.²⁷

²⁰ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4901 f.

²¹ Vgl. ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 924.

²² Vgl. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4902 ff.; DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 174 f.; HAKTANIR, Diss., Nr. 163 ff.

²³ DIEBOLD, Missbrauchskontrolle, S. 3.

²⁴ DIEBOLD, Missbrauchskontrolle a.a.O.; m.w.H. STÄUBER/BURGER, S. 268.

²⁵ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4933; DIEBOLD, Missbrauchskontrolle a.a.O.

²⁶ Vgl. TSAKANAKIS, S. 185; Bundesrat, Faktenblatt, MRA (Mutual Recognition Agreement), 20. Dezember 2024, S. 1 f., <www.news.admin.ch/news/message/attachments/91291.pdf> (besucht am: 25.01.2025).

²⁷ Vgl. PICT, Leitlinien, S. 243; WASER/TRAVAGLINI, S. 46; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 923; ZIRLICK/BICKEL, S. 147.

3. Bestimmung branchenüblicher Bedingungen

Aus der Revision des KGs ist ein revidierter Art. 7 Abs. 2 KG hervorgegangen, welcher einen Beispielkatalog enthält für den Tatbestand des bestehenden Missbrauchs der relativen und marktbeherrschenden Stellung. In dieser Arbeit wird dabei besonders auf lit. g eingegangen. Es gilt aber weiterhin die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG, welche die Benachteiligungs- und Ausbeutungsmissbräuche verhindert.²⁸

Der Tatbestand gem. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG besagt, dass der Bezug im Ausland *zu den dortigen Marktpreisen und branchenüblichen Bedingungen* erfolgen muss. Da sich bei diesen Tatbestandselementen und insb. bei den dortigen branchenüblichen Bedingungen weitergehende Auslegungsfragen stellen, erfolgt in diesem Kap. eine eingehende Analyse.

Der Tatbestand in lit. g ist einzig auf **Waren und Leistungen** gerichtet, die **sowohl im schweizerischen Markt als auch im Ausland angeboten** werden und die **identisch** sind. Die Produkte hingegen, welche gar nicht offiziell in die Schweiz importiert werden, sind auch nicht Gegenstand dieses Tatbestandes.²⁹ Die Frage des Grades der Identität und der Übereinstimmung zwischen den im Ausland und in der Schweiz angebotenen Produkte ist von zentraler Bedeutung,³⁰ da dieses Tatbestandselement m.E. auch die Bestimmung der branchenüblichen Bedingungen beeinflusst.³¹ Ohne Identität oder mind. Vergleichbarkeit der Produkte, erübrigt sich der Vergleich der Konditionen, die im Ausland und in der Schweiz offeriert werden. Aufgrund der vorgenommenen Priorisierung kann jedoch in der vorliegenden Arbeit nicht weiter auf die Thematik eingegangen werden.

Die in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG umgeschriebene Fassung könnte sowohl bei der materiellen Beurteilung als auch bei der Beweisführung Herausforderungen für die Rechtsanwendung und die rechtsanwendende Behörde stellen.³²

3.1 Definition

Der Sinn der dortigen branchenüblichen Bedingungen in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG ist, dass eine Gewährleistung des Bezugs zu den im Ausland herrschenden Konditionen erfolgt, und nicht der grenzüberschreitende Bezug an sich. Die Bedingungen des hier in Bezug genommenen «dortigen» Auslands, d.h. die **Konditionen des massgebenden Landes** sind entschei-

²⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, 24 Juni 2024, Rz. 311, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (besucht am: 06. Januar 2024); u.a. vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2022 2C_596/2019 vom 2. November E. 8.2.1; BGE 146 II 217 E. 4.1 S. 226; 139 I 72 E. 10.1.1 S. 100 ff.; vgl. auch CLERC, CR Concurrence, N 91 ff. zu Art. 7 Abs. 1 KG.

²⁹ HAKTANIR, Einschränkung, S. 66; HAKTANIR, Diss, Nr. 411 f.; MAMANE, S. 64; STÄUBER/BURGER, S. 266; WASER/TRAVAGLINI, S. 46.

³⁰ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4909 f.; m.w.H. HAKTANIR, Einschränkung a.a.O.; HAKTANIR, Diss, Nr. 413 ff.; MAMANE a.a.O.; WASER/TRAVAGLINI a.a.O.

³¹ Vgl. STÄUBER/BURGER, S. 267.

³² HAKTANIR, Diss., Nr. 439 ff; vgl. REYMOND, CR Concurrence, N 11 Vor Art. 12 ff. KG; vgl. Kap. 3.2.

dend.³³ Nicht gemeint sind die **generell-abstrakten lokalen Bedingungen** für ein spezifisches Produkt. Hingegen meint die Umschreibung des Artikels, dass schweizerischen Abnehmern *i.c.* die Preise und Bedingungen zu gewähren sind, welche vergleichbaren Nachfragern bzw. Konkurrenten im Ausland gestatten werden.³⁴

Im Kontrast dazu hatte die «Fair-Preis-Initiative» hingegen ursprünglich die Referenz der für die im Ausland tatsächlich praktizierten Preise nicht vorgesehen. Nach Meinung der Initianten sollten die Nachfrager wählen dürfen, ob sie zu den praktizierten Preisen der im Ausland ansässigen Unternehmen beziehen wollten, oder nicht. Die bereits unbestimmte Formulierung der Initiative wurde in der geltenden Norm in weiter formulierte Kriterien abgeändert.³⁵

Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass den anbietenden Unternehmen die Möglichkeit einer internationalen Preisdifferenzierung weiterhin offensteht.³⁶

Im **Fall Fresenius Kabi vs. Galexis** hat die WEKO die dem Schweizer Unternehmen Galexis gewährten Preise und Bedingungen mit den an deutsche und niederländische Grossunternehmen gewährten Konditionen **ermittelt und verglichen**.³⁷ Aus Praktikabilitätsgründen muss **nicht ein vollkommen exakter Vergleich** zwischen den in der Schweiz herrschenden Konditionen und dem Marktpreis und den branchenüblichen Bedingungen im Ausland vollzogen werden. Neben den Preisen werden auch **z.B. die Rabatte, Rückerstattungen und Boni** verglichen.³⁸ Deswegen musste die Behörde auch **keine neuen Marktpreise oder branchenüblichen Bedingungen festsetzen**. Vielmehr wurden die im Ausland bereits bestehenden und somit feststellbaren Konditionen betrachtet, d.h. im Grundsatz waren nur die für die «dortigen» Nachfrager geltenden Auslandskonditionen von Interesse.³⁹

Welche Bedeutung der Begriff «**branchenüblich**» hat, kann man nur **sektorspezifisch** oder nur **im Einzelfall** bestimmt werden. Dementsprechend haben die schweizerischen Unternehmen *i.c.* einen gewissen Argumentationsspielraum, wenn sie das Vorliegen behaupten.⁴⁰

Für die Bestimmung der dortigen branchenüblichen Bedingungen gem. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG sind die Bedingungen im Ausland, welche in der entsprechenden Branche vor Ort als anzutreffenden Rahmenkonditionen gewährt sind, massgebend. *I.c.* bestehen oft **AGB's oder vergleichbare vorformulierte Vertragskonditionen**, die für eine grosse Menge von Verträgen gedacht sind.⁴¹ Aufgrund dieser inhaltlichen Nähe zum Art. 7 Abs. 2 lit. b KG wird von einem Teil der Lehre davon ausgegangen, dass Art. 7 Abs. 2 it. g KG einen Sondertatbe-

³³ Vgl. Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 204 f.; HAKTANIR, Diss., Nr. 445.

³⁴ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4910; HAKTANIR, Diss., Nr. 446.

³⁵ Vorprüfung Fair-Preis-Initiative, S. 7095; HAKTANIR, Diss., Nr. 440; ZIRLICK/BICKEL, S. 150.

³⁶ m.w.H. HAKTANIR, Diss., Nr. 442 ff; WASER/TRAVAGLINI, S. 46.

³⁷ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 209 f.

³⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 210 f.; HAKTANIR, Diss., Nr. 447.

³⁹ HAKTANIR, Diss. a.a.O.

⁴⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 452.

⁴¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 453.

stand von Ersterem darstellt.⁴² Der Schweizer Nachfrager darf somit erwarten, dass die an ausländische Nachfrager bzw. Konkurrenten angebotenen Produkte unter denselben Bedingungen auch ihm angeboten werden können. Die schweizerischen Unternehmen können indes aber nicht einfordern, dass der Anbieter seine ausländischen Konditionen speziell auf ihnen ausrichten muss, etwa durch das ein nicht angebotener Versand in die Schweiz oder eine der Schweizer Regelung entsprechende Gewährleistungsfrist angeboten wird.⁴³

Um im **Fall Madrigall vs. Payot** die relative Marktmacht zu beurteilen, berücksichtigte die WEKO auch die **Lieferfristen**, die **Zahlungsfristen** und **Retourenrechte**, die *i.c.* klar schlechter als die branchenüblichen Bedingungen waren. Dies aufgrund der Ansicht des Markts, der die Grossisten und andere Buchhandel-Akteure nur als Zwischenhändler sieht.⁴⁴

In der Praxis speziell zu berücksichtigen sind aber auch **lokalen Bezugsbedingungen**, die direkt mit den Tätigkeiten der lokalen Abnehmer verbunden sind, wie bspw. in Fällen, bei denen die Werbekostenzuschüsse besonders bedeutsam ausfallen. Unter diesen Umständen werden diese ausländischen Zuschüsse den schweizerischen Nachfragern verweigert, weil solche Werbekostenzuschüsse nur für die ausländischen Unternehmen gedacht sind und die von den Schweizer Nachfragern hergestellte Endprodukte in den Werbungen im Ausland nicht angezeigt werden.⁴⁵ Konkret hat sich die WEKO in ihrer Einstellungsverfügung im Fall **Fresenius Kabi vs. Galexis** zur Frage der **Werbekostenzuschüsse** geäußert: Bei anderen Konditionen wie bspw. Rücknahmebedingungen oder Werbekostenzuschüsse ist ebenfalls von Land zu Land zu unterscheiden. Im Fall dieser Konditionen ist es schwierig, einen exakten Vergleich der erforderlichen Informationen vorzunehmen. Soweit möglich, werden die unterschiedlichen Bedingungen bei der Beurteilung allfälliger Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland berücksichtigt.⁴⁶ Daraus folgt, wenn die Anbieter im Ausland keine Werbeaktionen in der Schweiz finanziell unterstützen und solange sie solche Werbebeiträge nur im Ausland bezahlen und die Schweizer Produzenten dort voraussichtlich keine Gegenleistung erbringen, werden die Werbebeiträge gem. MAMANE nicht zu den «dortigen branchenüblichen Bedingungen» gezählt.⁴⁷

Des Weiteren gelten die dortigen branchenüblichen Bedingungen auch in Konstellationen, in welchen der ausländische Hersteller der Beschaffungsfreiheit auf dem Schweizer Markt nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG nachkommt und entsprechende Zuwendungen auch für den eidgenössischen Markt vorsieht. In diesen Fällen werden die Bedingungen für den Schweizer Nach-

⁴² STÄUBER/BURGER, S. 267; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 925.

⁴³ HAKTANIR, Diss., Nr. 453 f.; WASER/TRAVAGLINI, S. 46; vgl. Lieferpflicht Kap. 4.1.

⁴⁴ WEKO, Presserohstoff, Missbrauch relativer Marktmacht bei französischsprachigen Büchern, 21. November 2024, S. 3 f., www.weko.admin.ch > Medienmitteilungen (besucht am: 08. Januar 2025); siehe weitere Details unten im Kap. 3.1.

⁴⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 455; MAMANE, S. 65.

⁴⁶ Einstellungsverfügung **Fresenius Kabi vs. Galexis AG**, Rz. 211 und 245 ff.

⁴⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 455; MAMANE, S. 65.

frager berücksichtigt.⁴⁸ Hingegen sollen die Zuschüsse in sämtlichen Fällen korrigiert werden, falls diese länderspezifisch definiert sind und der Schweizer Produzent einen nachweisbar anderen Aufwand hat. Dies ist eine Ausnahme des Grundsatzes, dass die Massgeblichkeit der ausländischen branchenüblichen Bedingungen zu beachten ist, die nur anzuwenden ist, falls der Hersteller für beide Länder solche Zuschüsse vorsieht.⁴⁹

Grundsätzlich definieren die Vertragsbedingungen des Auslands, was vom Gewährleistungsrecht garantiert wird. Der Umfang **der Garantie- und Serviceleistungen** in geografischer Hinsicht ist insb. in konzerninternen Verhältnissen relevant. Die mit diesen Leistungen zusammenhängenden Einschränkungen des Produzenten könnten die schweizerischen Unternehmen vom Bezug im Ausland abhalten und dieses Verhalten könnte unsachgemäss als indirekte Beschränkung der Beschaffungsfreiheit wahrgenommen werden. In solchen Fällen darf keine Verweigerung der Entgegennahme durch schweizerische Vertriebe erfolgen.⁵⁰ Zudem ist zu beachten, dass die ausländischen gesetzlichen Vorschriften einschlägig für die zu beziehenden Produkte sind.⁵¹

Ein Raum für **angebrachte gebietsbezogene Differenzierungen** bleibt weiterhin bestehen, solange sie sich nicht als indirekte Beschränkung (z.B. Lieferverweigerung) auswirken.⁵²

Was die **Lieferungsbedingungen** anbelangt, werden **Transportkosten und Verzollung** der Waren berücksichtigt.⁵³ Die Liefer- und Garantiebedingungen müssen mind. dem «dortigen» ausländischen Standard entsprechen. Es besteht jedoch keine Pflicht zur Gewährleistung der schweizerischen Bedingungen. Der Tatbestand verlangt keine komplette Ausschliessung von allen möglichen Beschaffungsschwierigkeiten, sondern begnügt sich mit der Beseitigung der Einschränkung der Beschaffung, die vom relativ marktmächtigen Unternehmen selbst ausgeht. Objektive Einschränkungen oder eine generelle Unattraktivität der Beschaffungsmodalitäten, die von äusseren Umständen abhängen und nicht im Einflussbereich des relativen marktmächtigen Unternehmens liegen, können diesen Unternehmen nicht zugerechnet werden.⁵⁴ Im **Fall von Fresenius Kabi vs. Galexis** waren Trinknahrungsprodukte aus Deutschland in der Schweiz zu importieren. Die WEKO hat festgehalten, dass die Zollgebühren von bestimmten äusseren Faktoren beeinflusst werden. Die **Höhe** der Zölle ist bspw. von der Herkunft der Zutaten der Trinknahrung abhängig. Weitere angeführte Beispiele sind der

⁴⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 455; MAMANE, S. 65.

⁴⁹ HAKTANIR, Diss. a.a.O.; MAMANE a.a.O.

⁵⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 454.

⁵¹ HAKTANIR, Diss. a.a.O.

⁵² Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4911; HAKTANIR, Diss., Nr. 461.

⁵³ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 232 und 245.

⁵⁴ Vgl. HAKTANIR, Diss., Nr. 454; MAMANE, S. 64 f.; STÄUBER/BURGER, S. 267.

Fettgehalt, die **Geschmacksausrichtung**, usw.⁵⁵ Falls die Produkte Kakao enthalten, gilt etwa ein tieferer Zollsatz, während sich der Fettgehalt auf die Höhe der Zollgebühr auswirkt.⁵⁶ Was die Transportkosten anbelangt, wird von der WEKO in einem Fall festgehalten, dass die Kosten der Lieferung in die Schweiz beim Bezug in Deutschland von dem schweizerischen Unternehmen selbst übernommen werden müssen. Im erwähnten Fall hängen diese Kosten stark von der Anzahl der Flaschen Trinknahrungsmittel pro Lieferung ab, d.h. von der Bezugsmenge.⁵⁷ I.c. hat das Schweizer Unternehmen weniger Produkte als die anderen deutschen Konkurrenten bezogen. Das führt gem. der WEKO grds. zu höheren Lieferkosten, was im Ergebnis höhere Preise im Vergleich zur deutschen Konkurrenz rechtfertigt.⁵⁸

Die **Rückgabebedingungen**, die **Bestellfrist**, die **Zuverlässigkeit der Belieferung** und die **Haltbarkeit** der bezogenen Produkte können zu unterschiedlichen Modalitäten des Parallelimports führen. Man denke nur an die Haltbarkeit von Produkten, die sich unmittelbar auf die Rückgabe an den Hersteller/Verkäufer aufgrund des Verfallsdatums auswirkt.⁵⁹

Auch bzgl. der Lieferung kann das schweizerische Unternehmen nicht mehr fordern als sein ausländischer Konkurrent. Wenn der Hersteller im Ausland nur über ein Vertriebssystem liefert, kann auch der schweizerische Nachfrager keine direkte Belieferung verlangen.⁶⁰

Die **individuell im Einzelfall festgesetzten oder verhandelten** Bedingungen fallen **nicht** unter den Tatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, solange diese nicht aus anderen Gründen als branchenübliche Bedingungen zu qualifizieren sind.⁶¹ Die speziell gewährten Bedingungen sind daher keine geeignete Referenzgrösse und keine dortigen branchenüblichen Bedingungen, solange sie nicht mit den gewöhnlichen Auslandskonditionen übereinstimmen.⁶² Wie von HAKTANIR befürwortet worden ist, kann der Schweizer Nachfrager nach der hier vertretenen Meinung nicht mehr verlangen als die gemäss Gesetzeswortlaut genannten «dortigen Marktpreise» und die «dortigen branchenüblichen Bedingungen».⁶³

Die neue Bestimmung soll m.E. als eine Beschaffungsfreiheit interpretiert werden und **nicht** als eine «**Sowohl-als-auch**» Lösung. Der Nachfrager hat sich für diese Bedingungen im Ausland entschieden und kann nicht zusätzlich spezifische auf die Schweiz gerichtete «*on top*» Bedingungen erwarten. Das schweizerische Unternehmen muss somit in Kauf nehmen, dass der Bezug zu einem tieferen Einkaufspreis gewisse Zusatzanstrengungen mit sich bringt. Diese Argumentation findet ihre Grenze dort, wo die Beschaffungsmöglichkeit der

⁵⁵ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 232 ff.

⁵⁶ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 233.

⁵⁷ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 241 ff.

⁵⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 249.

⁵⁹ Vgl. Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 217, 227 und 255.

⁶⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 454; die Frage der Lieferpflicht wird im Kap. 4.1 ausführlich behandelt.

⁶¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 454 und 461.

⁶² HAKTANIR, Diss., Nr. 461.

⁶³ HAKTANIR, Diss., Nr. 463; vgl. STÄUBER/BURGER, S. 267.

Schweizer Unternehmen durch Massnahmen des Anbieters erschwert wird.⁶⁴ Trotzdem wäre es nach meinem persönlichen Rechtsgefühl auch u.U. **rechtsmissbräuchlich**, wenn die schweizerischen Unternehmen **zusätzlich einige besser gelagerte Inlandkonditionen** verlangen könnten. Der **Zweck** der Initiative und der daraus entstammten Regelung ist, allfällige **Diskriminierungen** zwischen ausländischen und inländischen Unternehmen **zu beseitigen** und damit beide Wirtschaftsteilnehmer auf dieselbe Ebene zu setzen. Die Möglichkeit des Zusatzes von vorteilhaften inländischen Bedingungen würde aber m.E. zu einer Besserstellung der schweizerischen Unternehmen führen, was m.E. zu weit gehen und mit dem eigentlichen Anliegen der Fair-Preis-Initiative unvereinbar ist.

3.2 Nachweis

Die branchenüblichen ausländische Bedingungen können nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern auch im zivilrechtlichen Verfahren ermittelt werden, ausser sie sind den betroffenen Unternehmen bereits bekannt und können anfangs vorgelegt werden.⁶⁵ In dieser Hinsicht muss man festlegen, wer die Beweislast trägt. Die branchenüblichen Konditionen im Ausland sind eine unbestimmte Tatbestandsvoraussetzung für Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und müssen daher in den zu beurteilenden Fällen bewiesen werden.⁶⁶

Zwischen Kartellverwaltungsverfahren nach Art. 18 ff. KG und Kartellzivilrechtprozess nach Art. 12 ff. KG besteht im Grundsatz **Parallelität**. Das bedeutet, dass keine Einrede der Rechtshängigkeit erhoben werden kann, falls vor Einreichung der Zivilklage ein Verfahren vor der WEKO eröffnet worden ist.⁶⁷ Ferner ist auch hervorzuheben, dass das zivilrechtliche Verfahren unabhängig vom Verwaltungsverfahren ist und dass keine formelle Bindung der kartellverwaltungsrechtlichen Entscheidungen vorliegt.⁶⁸

In der Folge bleibt dem Kläger die Entscheidung, wie er besser vorgehen möchte. Insbesondere bleibt es unbenommen, ob eine **stand alone-Klage** eingereicht werden soll, d.h. eine Klage isoliert von einem Verwaltungsverfahren; oder, ob eine **follow on-Klage** eingereicht werden soll, d.h. parallel zu einem allfälligen Verwaltungsverfahren.⁶⁹

Gem. Art. 39 KG sind die Bestimmungen des VwVG für **das Kartellverwaltungsverfahren (Art. 27 ff. KG)** anwendbar, soweit das KG keine Abweichungen vorsieht.⁷⁰ Es gelten somit die Verfahrensvorschriften des KGs und diejenigen des VwVG, die direkt oder sinngemäss

⁶⁴ Vgl. HAKTANIR, Diss., Nr. 463; siehe Kap. 4.

⁶⁵ ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 300.

⁶⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 456; zur Definition der Voraussetzung siehe Kap. 3.1 und vgl. auch Kap. 5.1.4.

⁶⁷ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 140 vor Art. 12–15 KG; VETTER, KG-Komm, N 3 vor Art. 12–15 KG.

⁶⁸ Vgl. HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 91 und 95 zu § 23; JACOBS/GIGER, BSK KG, N 21 vor Art. 12–15 KG.

⁶⁹ HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 93 zu § 23.

⁷⁰ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 20; vgl. DUCREY, Nr. 1822; HAKTANIR, Diss., Nr. 729; SCHOTT, BSK KG, N 10 f. vor Art. 39–44 KG; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1308.

anwendbar sind, einschliesslich der verfassungsmässigen Verfahrensgrundsätze. Diesen Vorschriften untersteht die WEKO während der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, der sog. Fusionskontrolle und der Begutachtung im Zivilverfahren, wohingegen der Bundesrat sie in der ausnahmsweisen Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüssen anwendet; zudem werden sie vom BVGer befolgt.⁷¹

Grundsätzlich gelten im **Verwaltungsverfahren** die **Offizialmaxime** und die **Untersuchungsmaxime (Art. 12 VwVG)**. Die Wettbewerbsbehörde muss den SV sowie auch allfällige Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG) v.A.w. abklären.⁷²

Die Parteien unterstehen aber sog. **Mitwirkungspflichten** an der Sachverhaltserhebung (Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 39 und Art. 40 KG) und können auch im Rahmen der verfassungsmässigen Verfahrensgarantie des rechtlichen Gehörs Beweise anbieten.⁷³

Anwendungsfälle der Mitwirkungspflichten marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen ist bspw. eine **Auskunftspflicht** vor der WEKO gem. Art. 40 KG.⁷⁴

Die Wettbewerbsbehörde lehnt tendenziell die eigene Daten- und Beweiserhebung und Auswertung von ausländischen Bedingungen ab. Diese Vorgehensweise ist auch im Hinblick auf eine kurze Verfahrensdauer und die Mitwirkungspflichten der Nachfrager angebracht und korrekt.⁷⁵ Nach HAKTANIR haben die **Parteien** beim Tatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG folglich eine sog. **verstärkte Mitwirkungspflicht**, das Erfordernis der relativen Marktmacht vor allem in ihrer Relativität die individuelle Abhängigkeit aus subjektiver Sicht untersucht.⁷⁶ M.E. ist dieser Meinung zu folgen, weil das Unternehmen, das den Tatbestand in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG geltend macht, aus praktischer Hinsicht über die für die Beurteilung des Falles nötigen Informationen und die besseren Kenntnisse verfügt. Auch die beschuldigte Partei sollte ihren Beitrag zur Feststellung dieser Bedingungen leisten.

Es wäre meiner Meinung nach für die Wettbewerbsbehörde bzw. die WEKO kompliziert und aufwendig, alle im konkreten Fall nötigen Umstände und Beweisstücke (u.a. auch die Beweise zu den dortigen branchenüblichen Bedingungen) zu erheben, die eine unzulässige Verhaltensweise des ausländischen Unternehmens nachweisen. Zur Bestimmung der Konditionen wird eine **grundlegende Kenntnis** der betroffenen Wirtschaftsbranche und des betroffenen Marktes vorausgesetzt, da die Einkaufsbedingungen grundsätzlich nicht öffentlich

⁷¹ Vgl. DUCREY, Nr. 1822; HAKTANIR, Diss., Nr. 730; SCHOTT, BSK KG, N 3 ff. zu Art. 39 KG; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1309.

⁷² Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 22; vgl. DUCREY, Nr. 1826; HAKTANIR, Diss., Nr. 459 und 733; MARTENET, CR Concurrency, N 31 f. zu Art. 39 KG; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1318; m.w.H. zur genannten Verfahrensmaximen KIENER/RÜTSCHKE, Nr. 83 f. und 92 ff.

⁷³ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 24; vgl. DUCREY a.a.O.; HAKTANIR, Diss., Nr. 459; KIENER/RÜTSCHKE, Nr. 703; WIEDERKEHR, Nr. 255 und 257 ff.; ZÄCH/HEIZMANN a.a.O.

⁷⁴ Statt vieler ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1320; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 300.

⁷⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 456.

⁷⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 734.

auffindbar sind. Ein Analyseprozess könnte in dieser Hinsicht nicht nur sehr aufwendig und lang sein, sondern auch nicht die für die Beurteilung im Verfahren benötigten Kenntnisse bringen.⁷⁷ Der Nachfrager weist m.E. ausserdem ein eigenes Interesse auf, in dieser Hinsicht tätig zu werden. Das Tätigwerden des Nachfragers wird auch von der Behörde gefördert. Das wird ebenfalls im Merkblatt der relativen Marktmacht in mehreren Punkten bestätigt, da die Behörde sich einen **proaktiven Anzeigesteller** wünscht, der die Sachverhaltsarbeit und Beweisführung detailgenau in Angriff nimmt.⁷⁸ Die positive Auswirkung schlug sich in der Rechtsprechung *Fresenius Kabi vs. Galexis* nieder, bei dem die beiden involvierten Unternehmen viele Dokumente, Verträge, usw. eingereicht haben, um ihre vorgebrachten Argumente zu belegen. Im vorweg zitierten Fall hatte bspw. Galexis einen Parteigutachter beigezogen und verschiedene Belege eingereicht.⁷⁹

Ferner kann die WEKO **Massnahmen** zur Beseitigung der Verstösse gegen Vorschriften der relativen Marktmacht ergreifen, wobei ihr etwa die Auferlegung von **Handlungs- und Unterlassungspflichten** als Instrumente zur Verfügung stehen (Art. 30 Abs. 1 KG).⁸⁰ Zu betonen ist, dass das missbräuchliche Verhalten eines relativ marktmächtigen Unternehmens **nicht sanktionierbar** ist (Art. 49a Abs. 1 KG), jenes eines marktbeherrschenden Unternehmens hingegen schon. Die Folge dieser Erkenntnis ist, dass die betroffenen Unternehmen kein Recht zur Verweigerung der Auskunft haben, womit der Grundsatz «**Nemo tenetur**» für diese Unternehmen nicht gilt.⁸¹ Es besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, Missachtungen der Verhaltensanordnungen der WEKO bzw. Wiederholungstaten zu büssen (Art. 50 KG).⁸²

Der Inhalt der Massnahmen ist von den konkreten Umständen sowie auch vom Verfahrensgegenstand abhängig. Die Verfügungen haben auch per Definition einen individuell-konkreten Charakter, der sich direkt auf den untersuchten Fall bezieht.⁸³ Aus diesen Grund müssen die Schweizer Nachfrager den SV mit der Benutzung des Meldeformulars möglichst präzise schildern, wobei sie Angaben zum ausländischen Unternehmen, den betroffenen Waren oder Dienstleistungen und zum vermuteten unzulässigen Verhalten machen müssen. Im Meldeformular sollen auch alle Umstände enthalten sein, die die Abhängigkeit des schweizerischen Unternehmens substantiieren können (z.B. Angaben zu fehlenden alterna-

⁷⁷ Vgl. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4927; HAKTANIR, Diss., Nr. 457.

⁷⁸ Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, Rz. 20 ff., <www.weko.admin.ch> Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare (besucht am: 21 Januar 2025); PICT, Leitlinien, S. 247.

⁷⁹ Einstellungsverfügung *Fresenius Kabi vs. Galexis AG*, Rz. 254.

⁸⁰ M.w.H. DUCREY/CARRON, CR Concurrence, N 19 zu Art. 30 KG; IZUMI/KRIMMER, KG-Komm, N 24 f. zu Art. 30 KG; ZIRLICK/BICKEL, S. 151; ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, N 57 ff. zu Art. 30 KG; vgl. Kap. 4.

⁸¹ Vgl. DUCREY, Nr. 1836; HAKTANIR, Diss., Nr. 757; LUWARSO, S. 54 f.; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 300 f.; ZIRLICK/BICKEL a.a.O.; m.w.H. Einstellungsverfügung *Fresenius Kabi vs. Galexis AG*, Rz. 21 und 24; WIEDERKEHR, Nr. 260.

⁸² Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4949; LUWARSO, S. 55; ZIRLICK/BICKEL a.a.O.

⁸³ ZIRLICK/BICKEL a.a.O.

tiven Produkten und Anbietern). Als entsprechende Beweismittel sind bspw. **Schriftstücke, Verträge, E-Mails** einzureichen.⁸⁴ Als Beweis könnten auch **vergleichbare Offerten oder eigene Kalkulationen** eingesetzt werden.⁸⁵

Im Fall Fresenius Kabi vs. Galexis hat die WEKO erstmals gezeigt, wie der **Konditionenvergleich** durchzuführen ist.⁸⁶ Dabei wurde ein Vergleich zwischen der Schweiz und den ausländischen Konkurrenten vorgenommen.⁸⁷ Wie beim Preisvergleich wurden die drei wichtigsten Produktgruppe festgestellt, die vom Anbieter hergestellt werden, auf der Basis seines Umsatzes.⁸⁸ Der Vergleich beruhte im Wesentlichen auf den Verträgen, die Fresenius Kabi mit ihren Grosshändlern in verschiedenen Ländern hatte, so wurde z.B. der Kooperationsvertrag zwischen Fresenius Kabi Schweiz und Galexis berücksichtigt.⁸⁹ In Anhang zum genannten Vertrag besteht eine Tabelle mit den relevanten Produkten, die die Listenpreise, Rabatte und Boni festhält. Diese Art von Tabelle hat Fresenius Kabi auch in die Verträge mit den Grosshändlern in den Niederlanden und Deutschland aufgenommen.⁹⁰ Die Bedingungen in Deutschland (wie in der Schweiz) werden im konkreten Fall individuell festgelegt, aber die Tabellen dienen gem. den Erhebungen der WEKO als Grundlage für die Beurteilung. Es wird *i.c.* aber zwischen Marktstufen unterschieden, u.a. *Pre-Wholesale*, Vollgrossisten, Teilgrossisten, Online-Apotheken, Internethandel, Homecare Anbietern, Kliniken und Spitälern.⁹¹

Die Bedingungen sind aber gem. den Angaben von Fresenius Kabi **von unterschiedlichen Aspekten beeinflusst** (auch in derselben Marktstufe): Verhandlungsmacht der Kundin (z.B. Einkaufsvolumen), Verhandlungsgeschick des Nachfragers, strategische Zusammenarbeit zwischen der Bezüger und Fresenius Kabi, Leistungen der Bezügerin (bspw. im Bereich von Marketing und Logistik), andere Bedingungen von der Herstellerin (bspw. Lieferfrequenz, Möglichkeit der Rückgabe nicht verkaufter Produkte oder weitere Produktbedingungen); ökonomische Rahmenbedingungen.⁹² Ferner hat die WEKO für die Transportkosten auch die Verzollung und sämtliche Transportkosten auf der Basis von z.B. schweizerischen Gebrauchstarifen Tares oder andere Einschätzungsmittel miteinbezogen.⁹³

Es muss weiter beachtet werden, dass viele für die Beurteilung der Fälle nötigen Informationen gerade auf **nicht öffentlich zugänglichen Geschäftsgeheimnissen und Firmenzah-**

⁸⁴ Merkblatt relative Marktmacht, Rz. 18.

⁸⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 458.

⁸⁶ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 204 ff. und 229 ff.

⁸⁷ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 210 f.; vgl. Kap. 3.1.

⁸⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 206.

⁸⁹ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 212.

⁹⁰ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 214 f. und 219.

⁹¹ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 216.

⁹² Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 217.

⁹³ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 241 ff.; Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit, Tares, Schweizerischer Gebrauchstarif, <<https://xtares.admin.ch>> (besucht am: 18. Januar 2024).

len beruhen.⁹⁴ Zudem sind die Marktpreise und die branchenüblichen Konditionen generell nicht öffentlich zugänglich und nur beschränkt auffindbar. Häufig werden diese Bedingungen nur «auf Anfrage» bekannt gegeben, wenn keine Geheimhaltungsvereinbarung die Weitergabe der Einkaufskonditionen an Dritte verbietet. Zudem ist es so, dass die Behörde mit einem Nischenprodukt noch grösseren Informationsbeschaffungsschwierigkeiten ausgesetzt sind als bei populären Produkten. Ferner ist ein Vergleich insb. im B2B-Bereich und im Fall von unterschiedlich ausgestalteten Rabattsystemen schwierig und eingeschränkt. In der Praxis könnten auch keine festen Bedingungen festgelegt sein, sondern nur blosse Bandbreiten, die die Bestimmung der konkreten Bedingungen erschweren.⁹⁵

Ausserdem haben die Unternehmen im Gegenteil zu den Wettbewerbsbehörden auch keine Untersuchungsmöglichkeit, insb. intern in die Gegenpartei und damit können sie die nötigen Informationen nicht immer erlangen. Nach HAKTANIR ist die **Ermittlung für die Nachfrager ungleich komplizierter als für die Behörde im Verwaltungsverfahren**, da die Vertragsinhalte und Zahlendaten meistens unbekannt bleiben, aber weiterhin vorausgesetzt werden, um die Geltendmachung der Ansprüche zu erreichen.⁹⁶

Dieses Argument wird durch **Verhältnismässigkeitsüberlegungen** unterstützt. Die WEKO analysiert im ersten Teil der Einstellungsverfügung im Fall Fresenius Kabi vs. Galexis die Verhältnismässigkeit der Ermittlungen. Sie behauptet, dass das Gegenparteiverhältnis vergleichbar mit den Konstellationen des Zivilprozesses sei. Die Parteien haben in dem zitierten Fall in Bezug auf Sachverhaltsfragen komplett und diametral gegensätzliche Positionen vertreten.⁹⁷ Ein beträchtlicher Aufwand fiele der Behörde zu, die diese Abklärungen in wesentlichen Punkten aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes durchzuführen hätte.⁹⁸ Da solche Ermittlungsbewegungen der Behörde auch immer das verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten haben,⁹⁹ erschliesst sich m.E., dass die **Verhältnismässigkeit des Untersuchungsaufwands für eine verstärkte Mitwirkungspflicht** spricht.

In der Einstellungsverfügung im Fall Fresenius Kabi vs. Galexis hat die WEKO aber festgehalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts **keine überhöhten Anforderungen an den Beweismass** zu stellen sind. Ein strikter Beweis sei wegen der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar. Dies gelte nach der Rechtsprechung insb. *«im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang [...], zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind»*, weswegen bei überspann-

⁹⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 457; m.w.H. MARTENET, CR Concurrency, N 42 zu Art. 25 KG; MERKT, CR Concurrency, N 45 zu Art. 40 KG.

⁹⁵ HAKTANIR, Diss. a.a.O.

⁹⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 457 f.

⁹⁷ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 29, 126 ff und 204 ff.

⁹⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 29 und 34.

⁹⁹ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 32 (Verweis zum Opportunitätsprinzip).

ten Anforderungen an das Beweismass die Darbringung praktisch unmöglich sei.¹⁰⁰ Somit wird eine strikte Beweisführung regelmässig durch die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte und Wirkungszusammenhänge ausgeschlossen. Hinsichtlich solcher Tatsachen genügt nach dem BGer das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.¹⁰¹

Die oben erläuterten Marktkenntnisse der beteiligten Nachfrager könnten die Problematiken entschärfen, da die branchenüblichen Bedingungen hier wesentlich sind. Das betroffene Unternehmen, welches die Missbräuchlichkeit behauptet, muss den Beweis dafür erbringen.¹⁰² Das gilt ebenfalls für andere Voraussetzungen vom Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, welche durch das beschränkte Unternehmen nachzuweisen sind. Letztlich gilt: Gelingt der Nachweis, kann das klagende Unternehmen auf dieser Grundlage seinen Anspruch begründen.¹⁰³ Die **Beweislast** der Auslandsbedingungen trägt somit i.d.R. der **Nachfrager**.¹⁰⁴

Wie bereits dargelegt wurde, gilt für die Behörde im Verwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime, es bestehen für Unternehmen aber auch Mitwirkungspflichten. Hingegen gilt im **Zivilverfahren** vor Gericht i.d.R. die **Verhandlungsmaxime**.¹⁰⁵ Nach diesem Verfahrensgrundsatz müssen die Behörden und Gerichte keine eigene Erhebung der ausländischen Marktverhältnisse erarbeiten. Die Erhebung wird daher überwiegend durch die betroffenen Unternehmen selbst erfolgen.¹⁰⁶ Die Verhandlungsmaxime gilt aber nicht absolut, da sie durch die gerichtliche Fragepflicht und durch allfällige Beweiserhebungen relativiert wird.¹⁰⁷

Im zivilrechtlichen Verfahren ist die beklagte Partei mitwirkungspflichtig (Art. 160 ZPO) und sie muss die notwendigen Informationen liefern.¹⁰⁸ Es ist aber zu beachten, dass die im Zivilrecht definierten Mitwirkungspflichten nicht mit denen des Kartellverwaltungsverfahrens vergleichbar sind (Art. 40 KG i.V.m. Art. 13 VwVG).¹⁰⁹

Diese Mitwirkungspflicht sollte *de lege ferenda* über die Wirkung von Art. 160 ZPO hinausgehen und nicht nur den Zugang zu den Akten der WEKO im Fall von einer sog. *follow on*-Klage gewähren. Eine weitere erwünschte, über die bereits erwähnten Punkte hinausgehende, zu regelnde Verpflichtung des beklagten Unternehmens, wäre m.E. die Herausgabe von Beweismitteln.¹¹⁰ Die klagende Partei besitzt nicht die Befugnisse der Wettbewerbsbehörde und in der Folge könnte die erforderliche Beweiserhebung verunmöglicht sein, wenn eine

¹⁰⁰ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 27; BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91 f. und E. 9.2.3.4 S. 94; m.w.H. ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, N 103 zu Art. 30 KG.

¹⁰¹ BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91 f.; Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 27.

¹⁰² HAKTANIR, Diss., Nr. 458.

¹⁰³ HAKTANIR, Diss., Nr. 395 f. und 456.

¹⁰⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 456.

¹⁰⁵ VETTER, KG-Komm, N 43 vor Art. 12–15 KG.

¹⁰⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 459.

¹⁰⁷ VETTER, KG-Komm, N 43 vor Art. 12–15 KG.

¹⁰⁸ VETTER, KG-Komm, N 50 f. vor Art. 12–15 KG; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 300.

¹⁰⁹ HAKTANIR, Diss., Nr. 787.

¹¹⁰ Vgl. HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 83 ff. zu § 23; REYMOND, CR Concurrence, N 22 vor Art. 12 ff. KG; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1122.

solche Pflicht nicht zukünftig eingeführt wird.¹¹¹ Ferner ist die Wettbewerbsbehörde grds. an ihr Amtsgeheimnis gebunden (Art. 25 KG).¹¹² Dieser Grundsatz wird z.B. vom Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG, Art. 8 und 19 DSG, Art. 6 BGÖ und Art. 29 Abs. 2 BV) relativiert. Gem. Praxis erlangen nicht nur die Beschuldigten Parteistellung, sondern auch die geschädigten oder betroffenen Unternehmen könnten Akten- und Einsichtsrechte geltend machen. Somit können auch betroffene Unternehmen ihr Einsichtsrecht dem Amtsgeheimnis der WEKO entgegenhalten. Zu beachten sind die Ausnahmen, die solche Grundsätze durchbrechen und eine Interessenabwägung vorsehen. Die Anwendung dieser Rechtsnormen bedarf noch weiterer Abklärungen im Bereich des Kartellrechts.¹¹³ Dem Kläger steht ansonsten die Möglichkeit offen, seine Auskunftsansprüche mit einer Stufenklage bzw. einer unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 ZPO) durchzusetzen.¹¹⁴

Die **allgemeine Beweislastregel nach Art. 8 ZGB** gilt auch im Kartellzivilverfahren, wie dies im Zivilrecht üblich ist.¹¹⁵ Nach dieser Regel hat derjenige das Vorhandensein einer von ihm behaupteten Tatsache nachzuweisen, der aus dem Vorliegen ihre Ansprüche ableitet. Die Ansprüche werden im Kartellzivilverfahren stets vom Kläger erhoben, der daher auch die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Aufgrund der hohen Komplexität der kartellrechtlichen Tatbestände und des individuellen Charakters der Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, sehen sich die Kläger mit hohen Anforderungen an die Beweisführung konfrontiert.¹¹⁶

Die klagende Partei muss aber auf den Grundlagen von **Zahlen und Tatsachen** darlegen, warum sie Waren oder Leistungen günstiger im Ausland zu beschaffen gedenkt, als es ihr mittels Beschaffung in der Schweiz möglich wäre. Das in der Auslandsbeschaffung beschränkte Unternehmen muss mind. die grundlegenden Informationen kennen und liefern können, da auf der Grundlage dieser Informationen die Behörden und Gerichte u.U. weitere Angaben beim beschränkenden Unternehmen einholen.¹¹⁷ Das beschuldigte Unternehmen kann hingegen mit einer schlüssigen Erläuterung und Beweisführung die Nichtdiskriminierung darlegen, sowie sich durch allfällige Differenzierungen von den Vorwürfen befreien. Diese Einwände können auch als Grundlage für sachliche Rechtfertigungsgründe dienen.¹¹⁸

¹¹¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 787; HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 81 zu § 23; vgl. TSCHUDIN, S. 1343 zur faktischen Begrenzung der Instrumente im Zivilverfahren.

¹¹² HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 84 zu § 23.

¹¹³ HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 85 zu § 23.

¹¹⁴ ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 301.

¹¹⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 786; HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 81 zu § 23; REYMOND, CR Concurrence, N 41 f. zu Art. 12 KG; VETTER, KG-Komm, N 33 vor Art. 12–15 KG; vgl. auch WIEDERKEHR, Nr. 253 und 259.

¹¹⁶ HAKTANIR, Diss. a.a.O.; WEBER/VOLZ, S. 171; HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung a.a.O.

¹¹⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 459.

¹¹⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 458 und 476 ff.; vgl. zur Rechtfertigung BGE 139 I 72 E. 10.1.2 S. 103 f.; AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 170 ff. zu Art. 7 KG; PICHT, Wettbewerbsrecht, S. 341; REYMOND, CR Concurrence, N 52 zu Art. 12 KG; STÄUBLE/SCHRANER, KG-Komm, N 97 ff. zu Art. 7 KG; ZIRLICK/BICKEL, S. 151.

Mit diesem Instrumentarium können die WEKO bzw. die Zivilgerichte Rechnungen des marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Unternehmens an Abnehmer im Ausland und an Abnehmer im Inland heranziehen, zur Eruierung und zum Vergleich der im Ausland und Inland praktizierten Preise und Bedingungen.¹¹⁹ Es muss aber aufgepasst werden, dass die Bedingungen für die ausländischen Nachfrager nicht einfach unverwehrt herbeigezogen werden, da bspw. ein allfälliges höheres Inkassorisiko beim grenzüberschreitenden Bezug berücksichtigt werden sollte.¹²⁰

Nach HAKTANIR verursachen die verstärkte Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren und die subjektive Relativität des Institutes der relativen Marktmacht eine **Angleichung der Verfahrensgrundsätze** an diejenigen des zivilrechtlichen Kartellverfahrens, dass grds. ansonsten auf entgegengesetzten Prinzipien beruht.¹²¹ Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen, weil die in diesem Kap. untersuchten Verfahrensarten unterschiedlichen Verfahrensmaximen unterliegen und deswegen gewisse Abweichungen unumgänglich sind. Das Kartellverwaltungsverfahren untersteht der Official- und Untersuchungsmaxime.¹²² Die Wettbewerbsbehörden müssen im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Beweise und den Sachverhalt v.A.w. erheben, trotz den beschriebenen rechtlichen, wirtschaftlichen und einzelfallbezogenen Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten schmälern die verfahrenstechnischen Pflichten der Behörde nicht, selbst wenn das einen Nachteil bzw. eine Erschwerung der Ermittlung darstellt.

Selbst wenn eine verstärkte Mitwirkungspflicht im Kartellrechtsverfahren aufgrund des Charakters des Tatbestands des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG gelten würde, wäre diese verstärkte Mitwirkungspflicht mit den jeweiligen, im Zivilrecht anzuwendenden Mitwirkungspflichten und der dort geltenden Verhandlungsmaxime **nicht vergleichbar**. Die Mitwirkungspflicht der ZPO ist als eine reine Obliegenheit zu betrachten,¹²³ und daher besteht m.E. keine vollständige Harmonisierung. Es ist jedoch so, dass in diesen Konstellationen, mit einem Gegenpartieverhältnis und derartig gelagerten Sachlagen, an privatrechtliche Fälle erinnert wird, weswegen eine gewisse Angleichung möglich ist.

Im Fall der relativen Marktmacht wird die Rechtsdurchsetzung schwierig, weil viele Rechtsfragen in diesem **Anfangsstadium** ungeklärt sind und die Risikobereitschaft der Unternehmen zu Zivilklagen mit der Geltendmachung dieses Rechtsinstitutes im Moment begrenzt sind.¹²⁴ Die Klärung wichtiger Rechtsfragen wird noch einige Probleme bereiten, weil die Behörden über wenige Ressourcen verfügen; die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche im Zivilverfahren ist aktuell noch prohibitiv und mit vielen Risiken verbunden (sog. Pionierkla-

¹¹⁹ ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 301.

¹²⁰ ZIRLICK/BICKEL, S. 150.

¹²¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 456 und 734.

¹²² ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1318.

¹²³ M.w.H. SUTTER-SOMM, Nr. 323 ff. und 880 ff.

¹²⁴ Vgl. LUWARSO, S. 60; PICT, Leitlinien, S. 246 f.; PICT, Wettbewerbsrecht, S. 342.

gen). Zudem ist bei den Zivilbehörden oft eine Vergleichsneigung auszumachen, welche zur Rechtsfortbildung nicht zwingend geeignet ist.¹²⁵ Die WEKO selbst hat ihre knappen Ressourcen sowie ihre fehlende Kompetenz zur Durchsetzung des Geoblocking-Verbots betont und den Zivilrechtsweg als Alternative bezeichnet, bei welcher die Kommission mit einem Gutachten am Prozess mitwirkt (Art. 15 KG).¹²⁶

Wie von der Mehrheit der Lehre festgestellt wurde, wird die Prüfung und Beweisführung für die rechtsanwendenden Instanzen und für die Kläger **mit nicht unbeachtlichen Komplikationen** verbunden sein.¹²⁷ Es bleibt abzuwarten, wie diese Aspekte von den verschiedenen Akteuren der Praxis begegnet werden und vor allem, ob die Beurteilung der Missbräuche in Bezug auf diesen Tatbestand in Zukunft zunehmend von Zivilgerichten vorgenommen wird.

4. Pflichten nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG

Nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG besteht ein Verbot der Einschränkung der Möglichkeit, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG besagt, dass ein Unternehmen als relativ marktmächtig zu betrachten ist, wenn es ein Unternehmen ist, *«von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen»*. Bei dieser Ausprägung der Marktmacht sind die vertikalen Verhältnisse zwischen den Unternehmen massgebend.¹²⁸ Fraglich ist, ob der Begriff «Bezug im Ausland» für die schweizerische Nachfrager als eine Lieferpflicht oder Bezugsrecht bzw. Beschaffungsfreiheit auszulegen ist. Eine Lieferpflicht der ausländischen Unternehmen inkl. Transport der Ware in die Schweiz wäre eine bequeme Lösung für die Schweizer Unternehmen, da dieses Verständnis die Pflicht des Imports ins Inland vorsähe. Mit einer solchen Pflicht würden die betroffenen Unternehmen die Aufrechterhaltung des Angebots in unserem Land kritisch hinterfragen.¹²⁹

Die schweizerischen Unternehmen versuchen regelmässig Produkte und Produktionsmittel im Ausland und insb. im nahen Europa zu beschaffen. In diesen Konstellationen sehen sich die Schweizer Unternehmen häufig mit Lieferverweigerungen aus dem Ausland und/oder Verweise an mit dem Vertrieb in die Schweiz betrauten Unternehmen konfrontiert.¹³⁰ Wenn

¹²⁵ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 11 vor Art. 12–15 KG; KAUFMANN, S. 194; LUWARSO, S. 60; PICT, Leitlinien, S. 247; PICT, Wettbewerbsrecht, S. 342; REYMOND, CR Concurrence, N 9 vor Art. 12 ff. KG.

¹²⁶ Merkblatt relative Marktmacht, Rz. 16; HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 96 ff. zu § 23.

¹²⁷ U.a. PICT, Leitlinien, S. 247; ZIRLICK/BICKEL, S. 150.

¹²⁸ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 269; m.w.H. ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 717 ff.

¹²⁹ HAKTANIR, Diss., Nr. 496 f.

¹³⁰ ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 923.

es hingegen um Abreden zwischen Produzenten und von unabhängigen Verteilern geht (Preisabschottungen), wäre dieses Vorgehen auch im Hinblick auf Art. 5 KG unzulässig.¹³¹

Ein solches Vertriebssystem lässt sich durchsetzen, wenn der schweizerische Nachfrager abhängig ist, d.h. wenn dem Nachfrager ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.¹³² Dieses Beurteilungskriterium der ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten kann auch in Fallgruppen unterteilt werden: sortimentsbedingte Abhängigkeit, Systemabhängigkeit (auch unternehmensbedingte Abhängigkeit), mangelbedingte Abhängigkeit, nachfragebedingte Abhängigkeit, Vertragshändlerabhängigkeit, usw. Die Begrifflichkeiten und Kategorien variieren je nach Lehrmeinung.¹³³

In Anbetracht der obigen Ausführungen ist daher zu prüfen, ob nach dem betreffenden Artikel eine Verpflichtung zur Belieferung oder ein reines Bezugsrecht besteht.

4.1 Lieferpflicht

4.1.1 Abgrenzung zwischen Belieferungspflicht und Beschaffungsfreiheit

Die Beschaffungsfreiheit ist nicht mit einer Belieferungspflicht vergleichbar. Die Beschaffungsfreiheit verpflichtet den Anbieter im Ausland zur Gewährung eines Bezugsrechts im Ausland zum schweizerischen Nachfrager.¹³⁴ Die Beschaffungsfreiheit im Ausland endet nämlich dort, wo eine Belieferungspflicht in die Schweiz beginnt. Als Lieferung wird die Versendung per Post an die Haustüre (am Sitz) der Unternehmen verstanden.¹³⁵

Im Falle einer herrschenden Beschaffungsfreiheit wird vom Anbieter im Ausland nicht gefordert, dass seine eigenen Vertriebssysteme zu einem mittelbaren Lieferdienst aus dem Ausland erweitert werden müssen, falls eine solche Lieferung vorher gar nicht vorgesehen war. Es besteht ausserdem keine Lieferpflicht, wenn der ausländische Anbieter in der Schweiz über kein eigenes Vertriebssystem verfügt, sondern die Verteilung an einen Dritten übertragen hat (vorbehalten bleibt aber Art. 5 Abs. 4 KG).¹³⁶ Im Kontrast dazu gilt für Unternehmen, die im Ausland und in der Schweiz tätig sind und Angebote in mehreren Ländern grenzüberschreitend verteilen und dasselbe Vertriebssystem einsetzen, aber die Schweizer Nachfrager mit einer separaten Schweizer Niederlassung gewollt zu höheren Preisen verpflichten wollen, potenziell eine Lieferpflicht.¹³⁷ M.E. ist diese aber nicht im Einklang mit dem Regelungsgedanken der Norm, wie im folgenden Unterkapitel dargelegt wird.

¹³¹ M.w.H. BGE 143 II 297 E. 6.3 ff. S. 328 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 531; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 566 ff.

¹³² LUWARSO, S. 53; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 923; m.w.H. HAKTANIR, Diss., Nr. 241 ff.

¹³³ Einstellungsverfügung Fresenius Kabi vs. Galexis AG, Rz. 278 ff.; M.w.H. ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 746 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 267 ff.; WEBER/VOLZ, S. 165 f.

¹³⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 496 f.

¹³⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 497.

¹³⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 530 ff.

¹³⁷ Vgl. HAKTANIR, Diss., Nr. 532; ZIRLICK/BICKEL, S. 158; vgl. Kap. 5.1.3.

4.1.2 Auslegung der Norm

Durch Auslegung sollte man den **Sinn des Gesetzes** ermitteln. Ein Bedarf der Auslegung liegt häufig vor, wenn der Gesetzeswortlaut unklar oder nicht eindeutig erscheint (wie z.B. bei hohem Abstrahierungsgrad der verwendeten Begriffe, bei einer Regelung dem Grundsatz nach, Regelung auf das Notwendigste beschränkt, fragliche Übereinstimmung der drei Amtssprachen). Es ist zu betonen, dass eine Bestimmung in gewissen Fällen auslegungsbedürftig sein könnte, auch wenn ein klarer Wortlaut vorliegt.¹³⁸ I.c. ist der Begriff «Bezug im Ausland» auslegungsbedürftig (siehe oben).

Die Doktrin betrachtet für die Auslegung die Methodenlehre und die zu beantwortenden Fragen sind daher die folgenden: mit welchem methodischen Vorgehen lässt sich der Sinn der Gesetzesbestimmung ermitteln, und wie ist die Norm auf den zu beurteilenden Einzelfall anzuwenden?¹³⁹ Das ultimative Ziel der Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist dabei, ihren objektiven Sinn zu eruieren («*objektive Auslegungsmethode*»)¹⁴⁰ In der Tradition wird die Auslegung mit Hilfe sog. **Auslegungselemente** vollzogen. Das Bundesgericht verweist dabei auf vier Elemente, nämlich das grammatikalische, das systematische, das teleologische und das historische Element.¹⁴¹ Es wird folglich einem **pragmatischen Methodenpluralismus** gefolgt und eine hierarchische Prioritätsordnung der einzelnen Auslegungselemente wird abgelehnt, es kommt auf die Abwägung im Einzelfall an.¹⁴²

Das grammatikalische Element ermittelt den Wortsinn der Vorschrift, wobei der Wortlaut zentral ist und die drei Amtssprachen gleichrangig sind.¹⁴³

Art. 7 Abs. 2 lit. g KG sieht in der deutschen Fassung konkret vor, dass «*die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen [...] im Ausland [...] zu beziehen*» verboten ist. Es wird nur von der Möglichkeit des schweizerischen Unternehmens gesprochen, Waren oder Leistungen im Ausland «*zu beziehen*». Die Verben «*beziehen*» und «*beliefern*» können u.U. denselben Sinn haben, aber bedeuten nicht zwingend stets dasselbe und sind damit zu unterscheiden.¹⁴⁴ Das Wörterbuch definiert das Verb «*beziehen*» als «[aufgrund einer Bestellung] *geliefert bekommen*», «*zugestellt bekommen*», «*erhalten*».¹⁴⁵ Nach dieser Definition ist die Bedeutung des Wortlauts als Belieferung eher zu bejahen. In der Schweiz wird demgegenüber «*beziehen*» als «*einfordern*» genutzt (bspw. «*die Steuern*

¹³⁸ M.w.H. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, N 40 ff. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 117 ff.

¹³⁹ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 120 f.

¹⁴⁰ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, N 18 f. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 123 ff.

¹⁴¹ BGE 149 V 224 E. 6 S. 231 f.; 240 I 354 E. 3.2 S. 357 f.; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, N 66 f. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 130 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, N 14 zu § 5.

¹⁴² BGE 149 V 224 E. 6 S. 231 f.; 240 I 354 E. 3.2 S. 357 f.; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 131.

¹⁴³ Vgl. HAKTANIR, Diss. Nr. 505 f.; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, N 69 ff. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 132 ff.

¹⁴⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 506.

¹⁴⁵ Duden, «beziehen», Bedeutungen <www.duden.de/rechtschreibung/beziehen#bedeutungen> (besucht am: 19.01.2025).

beziehen)). Dieser Aspekt würde stärker darauf hindeuten, dass der Begriff «*beziehen*» sinngemäss als «*erhalten*» oder «*einfordern*» auszulegen sei.¹⁴⁶

Der Vergleich mit den anderen sprachlichen Fassungen von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG zeigt eine Widerspiegelung der oben geführten Erläuterung bzgl. des deutschen Wortlauts und lässt uns weitere Feststellungen machen: Die italienische Fassung spricht von «*della possibilità per i richiedenti di approvvigionarsi all'estero*» und auf Französisch lautet die Bestimmung «*la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger*». Die beiden Ausdrücke «*se procurer*» auf Französisch und «*di approvvigionarsi*» auf Italienisch lassen deutlich auf eine «Beschaffung» schliessen. Die beiden Fassungen meinen einen Bezug, keine Belieferung.¹⁴⁷

Der Bezug muss gem. dem Wortlaut des Tatbestands «*im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen*» erfolgen. Das bedeutet, dass der die Beschaffungsfreiheit betreffende Bezug erstens «im Ausland» und zweitens zu «den dortigen branchenüblichen Bedingungen» erfolgen muss. Die Ware oder Dienstleistung wird somit **nicht aus dem Ausland in die Schweiz bezogen, sondern im Ausland selbst durch den schweizerischen Nachfrager eingeholt**. Das deutet auf eine Beschaffung ohne Lieferpflicht hin. Zu beachten ist jedoch, dass die im Ausland vorliegenden branchenüblichen Bedingungen massgebend sind. Keine Lieferpflicht liegt somit vor, wenn keine aus Verhandlungen resultierenden Bedingungen bestehen, die eine Lieferung in die Schweiz vereinbaren und wenn diese Bedingung auch nicht als branchenüblich betrachtet werden kann. Ist letzteres der Fall und ist es branchenüblich, eine Lieferpflicht ins Ausland als Vertragsbedingung zu enthalten, so besteht auch in die Schweiz eine Lieferpflicht, da sich diese durch die Anwendung der Branchenüblichkeit ergibt.¹⁴⁸ M.E. ist dieser Meinung zuzustimmen, besonders da diese Ansicht auch durch die anderen sprachlichen Fassungen des Gesetzes bestätigt wird. Insb. aus der italienischen Fassung geht klar hervor, dass die Lieferung sowie die Gewährleistung der Konditionen «an dem Ort dort» («*ivi*») erfolgen muss.¹⁴⁹

Aufgrund der obigen Ausführungen ist die nicht einschränkbare Möglichkeit eines Einkaufs im Ausland zu dortigen Preisen und dortigen branchenüblichen Konditionen als eigentliches Bezugs- oder Beschaffungsrecht zu verstehen und nicht als eine Belieferungspflicht des ausländischen Unternehmens in die Schweiz.¹⁵⁰

Das systematische Auslegungselement folgt der Idee der Einheit der Rechtsordnung. Die Bestimmungen sollten sich nicht im Widerspruch miteinander befinden, stattdessen sollen

¹⁴⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 507.

¹⁴⁷ Larousse, *se procurer*, <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/procurer> (besucht am: 19. Januar 2025); Vocabolario Treccani, *approvvigionare*, <www.treccani.it/vocabolario/approvvigionare> (besucht am: 19. Januar 2025); gl.M. HAKTANIR, Diss. Nr. 508.

¹⁴⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 509; vgl. zum Ganzen Kap. 3.1.

¹⁴⁹ Vocabolario Treccani, *ivi*, <www.treccani.it/vocabolario/ivi> (besucht am: 08. Januar 2025).

¹⁵⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 509 f.

sie logisch zueinanderstehen und ein einheitliches System darstellen.¹⁵¹ Die Untersuchung in diesem Hinblick beschränkt sich nicht nur auf die Verbindungen mit demselben oder anderen Gesetzen, sondern auch auf die Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht (d.h. mit der BV und dem Völkerrecht).¹⁵² Gesetzesentwürfe können dabei berücksichtigt werden.¹⁵³

Mit der Einführung des lit. g wurde der Katalog der Regelbeispiele (Art. 7 Abs. 2 KG) für unzulässige Verhaltensweisen und die Systematik der Missbrauchskontrolle mit einem neuen Regelbeispiel ausgeweitet. Der Gesetzgeber wollte die Einschränkung des Auslandsbezugs unter Art. 7 KG einordnen, sodass die Beschaffungsfreiheit für marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen gleichermassen erfasst ist. Zudem soll der Behinderungsmissbrauch wie auch der Ausbeutungsmissbrauch dadurch vorgesehen sein. Rein systematisch handelt es sich indes um ein weiteres Regelbeispiel des Katalogs von Art. 7 KG und hilft in der Auslegung und insb. im Hinblick auf der Frage der Lieferpflicht nicht weiter.¹⁵⁴

Der **Sinn und Zweck** des auszulegenden Gesetzesartikels wird vom **teleologischen Element** analysiert. Nach diesem Element sollte man die sog. «*ratio legis*» und die von der Bestimmung geschützten Interessen und Wertungen untersuchen.¹⁵⁵

Sinn und Zweck der neuen Gesetzesbestimmung waren die einseitigen **privaten Importbeschränkungen aufzuheben und die versperrten Vertriebswege ins Ausland zu erschliessen**. Die vom Tatbestand erfassten Offerenten im Ausland dürften sich gegen eine Bezugsanfrage im Ausland seitens schweizerischer Verkäufer nicht mehr entgegenstemmen, die Lieferung verweigern und die Nachfrager an ihre schweizerischen Vertreiber binden. Die Nachfrager müssen nicht mehr mit einem faktischen Beschaffungszwang im Inland vorliebnehmen, sondern verfügen über ein Bezugsrecht i.S.d. Beschaffungsfreiheit im Ausland. Die fehlende Gleichbehandlung erzeugt für ausländische Unternehmen und für die betroffenen schweizerischen Nachfrager in Form des «Schweizer Zuschlags» einen Wettbewerbsnachteil. Eine Auslegung des Telos in Richtung der Belieferungspflicht wäre überdehnt.¹⁵⁶

Schliesslich befasst sich **das historische Element** mit der **Entstehungsgesichte** einer Norm und untersucht die Gründe und Zusammenhänge, die zur Konstituierung der Normierung geführt haben. Der Schwerpunkt der Untersuchung dieses Elementes liegt in den Materialien wie den Vorentwürfen, den Protokollen der Expertenkommissionen, der Dokumente aus dem Vernehmlassungsverfahren, Botschaften des Bundesrates und aus Protokollen der parlamentarischen Beratungen.¹⁵⁷ *I.c.* und allgemein für vor kurzem in Kraft getretenen Ge-

¹⁵¹ HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, N 77 zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 140 ff.

¹⁵² HAKTANIR, Diss., Nr. 511; vgl. HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, N 77 ff. und 80 f. zu § 2.

¹⁵³ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 144.

¹⁵⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 512 f.

¹⁵⁵ HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, N 103 ff. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 145 f.

¹⁵⁶ GI.A. HAKTANIR, Diss., Nr. 522; zu den Zielen der Fair-Preis-Initiative siehe Kap. 2.

¹⁵⁷ M.w.H. HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, N 92 ff. zu § 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 147 ff.

setzesnormen spielen die Materialien eine sehr wichtige Rolle, da sie insb. eine wichtige Unterstützung zur Klärung einer strittigen Auslegungsfrage leisten können.¹⁵⁸

Die Vorprüfung der Fair-Preis-Initiative zeigt, dass in der vorgeschlagenen Fassung von Art. 96 BV verlangt wird, «*Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden*» einzuführen. Weiter wurde in der alten Fassung des Art. 197 Ziff. 12 BV die grundsätzliche Unzulässigkeit des marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmens gefordert, da es den Bezug des Nachfragers von Waren oder Dienstleistungen einschränkt, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, «*im Staat ihrer Wahl zu den dort von den Unternehmen praktizierten Preisen zu beziehen*».¹⁵⁹

Gem. diesen Materialien liegt der Fokus in der Beschaffungsfreiheit im Ausland, verbunden mit einer **Bezugsmöglichkeit** im gewünschten Staat. Auch aus diesen früheren Bestimmung kann keine Lieferpflicht des anbietenden ausländischen Unternehmens eruiert werden.¹⁶⁰

Ebenfalls finden sich in der Botschaft zur Fair-Preis-Initiative keine Andeutungen zur Belieferungspflicht.¹⁶¹ Im Zusammenhang mit der Reimportklausel wird der Unterschied zwischen Bezug im Inland und Bezug im Ausland in der Einleitung der Botschaft genauer umschrieben. Gemäss dieser Unterscheidung seien die schweizerischen Unternehmen im Vergleich zu ausländischen Unternehmen nicht dazu verpflichtet, «*Unternehmen aus der Schweiz über Lieferkanäle im Ausland zu beliefern*».¹⁶² Daraus könnte man *e contrario* eine Belieferungspflicht in den Fällen einer Beschaffungsfreiheit ohne die Reimport-Klausel ableiten. Allerdings zielt die Beschränkung auf bereits bestehende Lieferkanäle im Ausland ab und es wird folglich nicht verlangt, dass Lieferstrukturen speziell für die Schweiz gebaut werden müssen. Das Bsp. in der Botschaft bezieht sich auf einen «grenzüberschreitenden Bezug» oder eine «Bezugsmöglichkeit» und daher auf keine Belieferungspflicht in die Schweiz.¹⁶³

Die **Botschaft** zur Initiative hält zudem fest, dass die **Wettbewerbsverzerrung kausal durch die Verweigerung der «Belieferung im Ausland»** entstehe.¹⁶⁴ Bei den Auswirkungen des indirekten Gegenvorschlags wird später ausgeführt, dass gem. dem Tatbestand abhängige Schweizer Unternehmen eine Lieferung im Ausland zu den dort geltenden Konditio-

¹⁵⁸ Vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.1 S. 482; 146 II 201 E. 4.1 S. 209; HAKTANIR, Diss., Nr. 519.

¹⁵⁹ Vorprüfung Fair-Preis-Initiative S. 7095; HAKTANIR, Diss., Nr. 516.

¹⁶⁰ HAKTANIR, Diss. a.a.O.

¹⁶¹ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4877 ff.

¹⁶² Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4878; HAKTANIR, Diss., Nr. 517.

¹⁶³ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4910 ff; HAKTANIR, Diss. a.a.O.

¹⁶⁴ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4942; HAKTANIR, Diss. a.a.O.

nen einfordern könnten.¹⁶⁵ Es wird daher weder in der Initiative noch in ihrem Gegenvorschlag von einer Belieferung aus dem Ausland in die Schweiz gesprochen.¹⁶⁶

In den **parlamentarischen Debatten** zeigt sich **kein klares Bild**.¹⁶⁷ In der vorberatenden Kommission des Nationalrates findet sich einzig eine Äusserung, welche die Situation gem. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG ohne Reimport-Klausel grundsätzlich und soweit die restlichen Anforderungen erfüllt sind, so einschätzt, dass die Belieferung verlangt werden könne.¹⁶⁸ Die Voten während der parlamentarischen Debatten sind m.E. nicht immer einheitlich. Es bestehen Voten, sowohl im Nationalrat¹⁶⁹ als auch im Ständerat¹⁷⁰, die allenfalls einzeln für die Belieferungspflicht plädieren. Es gilt dabei aber zu relativieren, dass diese Meinungen der Parlamentarier sich auf die Debatten zum Entwurf von Art. 7 Abs. 2 lit. g E-KG 2019 beziehen. Die Ansicht der Parlamentsmitglieder, welche eine Lieferpflicht befürworten, könnte sich nach HAKTANIR auf ein m.E. unzutreffendes Verständnis des Vorschlags der Bestimmung beziehen. Nach dem vorweg zitierten Autor sei überdies möglich, dass dieses «Missverständnis» auf eine umgangssprachlich erfolgte Gleichsetzung der Begriffe «Bezug» oder «Beschaffung» und «Beliieferung» fusst.¹⁷¹ M.E. kann sich nicht allein auf letztere Argumentation gestützt werden, da in den Beratungen auch Voten auf Französisch durchgeführt wurden, und dies besonders von den zwei Berichterstatter Feller und Regazzi – beides Initianten¹⁷² – welche für ihre Kommission dem Tatbestand zustimmten. Dabei meinten sie, ebenso wie der gewählte Wortlaut der Bestimmung, einzig von Bezug oder Beschaffung und nicht von einer Belieferung zusprechen.¹⁷³ Es kann m.E. daher nicht von einer sprachlichen Verwirrung ausgegangen werden, da auch auf Französisch diese Unterscheidung vorgetragen wurde.

Ein weiterer möglicher Zweifel wird durch die eindeutige Stellungnahme von Nationalrat Feller ausgeräumt. Die Initiative und der indirekte Gegenvorschlag wollen nach Feller eine Lieferpflicht nicht einführen, sondern eine Beschaffungsfreiheit im Ausland etablieren.¹⁷⁴

Somit ist erwiesen, dass gem. der historischen Auslegung die Regelungsabsichten des Gesetzgebers nicht auf eine Lieferpflicht im Ausland für schweizerische Unternehmen gerichtet waren, sondern auf die Ermöglichung eines freien Bezugs im Ausland (Beschaffungsfreiheit)

¹⁶⁵ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4945.

¹⁶⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 517.

¹⁶⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 518; ZIRLICK/BICKEL, S. 150.

¹⁶⁸ WAK-N, Geschäft des Bundesrats Nr. 19.037 «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise. Volksinitiative und indirekter Gegenvorschlag», Protokoll der Sitzung der WAK-N vom 4. November 2019, S. 4 zitiert nach HAKTANIR, Diss. a.a.O.

¹⁶⁹ Votum De Courten Thomas, AB 2020 N 220; Votum Ritter Markus, AB 2021 N 143; Votum Birrer-Heimo Prisca, AB 2021 N 145.

¹⁷⁰ Votum Hegglin Peter, AB 2020 S 1129; Votum Germann Hannes, AB 2021 S 147.

¹⁷¹ Gl.M. HAKTANIR, Diss., Nr. 518; MAMANE, S. 65; ZIRLICK/BICKEL, S. 150.

¹⁷² Vorprüfung Fair-Preis-Initiative, S. 7094.

¹⁷³ Votum Feller Olivier, AB 2020 N 205; Votum Regazzi Fabio, AB 2021 N 146 f.; Votum Regazzi Fabio, AB 2021 N 485; HAKTANIR, Diss., Nr. 518.

¹⁷⁴ Votum Feller Olivier, AB 2020 N 205.

abzielen. Dies primär um die Problematik der «Hochpreisinsel Schweiz» einzudämmen. Es bestehen keine gegenteiligen Anhaltspunkte, womit davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber die Bestimmung nicht als eine Lieferpflicht konzipiert hat.¹⁷⁵

Die vorweg vorgenommene Auslegung führt folglich zum Ergebnis, dass der Art. 7 Abs. 2 lit. g KG eine **Beschaffungsfreiheit i.S. eines Bezugsrechtes** der schweizerischen Unternehmen vorsieht **und keine Lieferpflicht** in die Schweiz begründet.

Beim Vorliegen der Beschaffungsfreiheit dürfen die Schweizer Unternehmen die direkte Belieferungspflicht in die Schweiz als solche somit nicht geltend machen.¹⁷⁶ Je nach Perspektive handelt es sich daher um eine Beschaffungsfreiheit oder um ein Bezugsrecht. Die Beschaffungsfreiheit erlaubt dem Schweizer Nachfrager, selbst frei zu entscheiden, in welchem Land bei welchem Unternehmen die Produkte oder Dienstleistungen bezogen werden sollen. Entscheidet er sich für einen ausländischen Anbieter, besteht ein Bezugsrecht darauf, die Produkte unter den gleichen Konditionen beziehen zu dürfen.¹⁷⁷

Somit ist ersichtlich, dass das ausländische Unternehmen verpflichtet wird, die Lieferung für den schweizerischen Nachfrager sicherzustellen, indem es ein rein taugliches Bezugsrecht im Ausland gewährleisten muss. Dieses Bezugsrecht zur freien Auslandsbeschaffung ist nicht einzuschränken. Eine Versendung an den Sitz des schweizerischen Unternehmens («an die Haustüre») wird von dieser Pflicht nicht erfasst.¹⁷⁸

4.2 Kontrahierungs- und Konditionenzwang

Fraglich ist, ob die Beschaffungsfreiheit nach Art. 7 Abs. 2 KG einen Kontrahierungszwang bzw. eine Kontrahierungspflicht nach sich zieht. Wie bereits aufgeführt, sollen die ausländischen Unternehmen den schweizerischen Nachfragern ein Bezugsrecht gewähren.

Dies könnte zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit der ausländischen Unternehmen führen, nämlich potenziell zu einem Kontrahierungszwang. Zu untersuchen ist somit, ob die Beschaffungsfreiheit und die Gewährung dortiger branchenüblicher Bedingungen eine Kontrahierungspflicht für ausländische Unternehmen darstellt.

4.2.1 Vertragsfreiheit der Unternehmen

Eine der Grundvoraussetzungen der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung ist die Vertragsfreiheit. Sie wird in der Verfassung als **Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)** gezählt bzw. bildet ein **zentrales Element** dieses Grundrechts.¹⁷⁹

¹⁷⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 524; vgl. Kap. 2.

¹⁷⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 525.

¹⁷⁷ Vgl. HAKTANIR, Diss. a.a.O.

¹⁷⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 526 f.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41; BUOB, Nr. 13; DUBEY, Nr. 2768 und 2844 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 612; HAKTANIR, Diss., Nr. 539; KIENER/KÄLIN, Nr. 1520 und 1529.

Die Vertragsfreiheit ist zudem mit der Privatautonomie verflochten. Letztere beruht auf der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Diese besagt, dass jeder Mensch frei ist, die eigenen und gegenseitigen Beziehungen selbstbestimmt und selbständig zu gestalten.¹⁸⁰ Aus diesem Grundprinzip erfolgen weitere Grundrechte und Freiheiten, u.a. die Vertragsfreiheit.¹⁸¹ Die Vertragsfreiheit selbst hat grds. folgende Teilgehalte: die Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhaltsfreiheit (siehe Art. 19 OR), Formfreiheit und Aufhebungsfreiheit.¹⁸² Die Vertragsfreiheit muss auch für marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen gewährt werden.¹⁸³ Insbesondere sollte das marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen über die freie Entscheidung verfügen, ob, mit wem und zu welchen Konditionen es Verträge abschliesst.¹⁸⁴ U.U. können die Abschlussfreiheit und Partnerfreiheit durch vertragliche oder gesetzliche Kontrahierungszwänge beschränkt werden.¹⁸⁵

4.2.2 Kontrahierungszwang für ausländische Unternehmen

Eine Kontrahierungspflicht statuiert, dass eine oder beide Vertragsparteien die Pflicht haben, mit einer bestimmten Person einen Vertrag oder ein bestimmtes Vertragsverhältnis abzuschliessen.¹⁸⁶ Dieses Prinzip durchbricht die negative Abschlussfreiheit,¹⁸⁷ in dem die dazu verpflichtete Partei den Vertrag auch gegen ihren eigenen Willen eingehen muss.¹⁸⁸

Dieser Kontrahierungszwang schränkt die Vertragsfreiheit ein, in dem u.U. ein oder mehrere Elemente der Vertragsfreiheit betroffen sein können.¹⁸⁹ So wird etwa das Element der Abschlussfreiheit angetastet, wenn bspw. der Abschluss eines Rechtsverhältnisses mit einem bestimmten Inhalt nicht dem Willen eines Vertragspartners entspricht. Hingegen wird die Partnerwahlfreiheit beschränkt, wenn z.B. ein Vertrag zwingend mit einer bestimmten Person zu schliessen ist.¹⁹⁰ Weiter besteht bspw. eine Beschränkung der Inhaltsfreiheit, wenn ein Vertrag nur zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen ist.¹⁹¹

¹⁸⁰ BUOB, Nr. 15.

¹⁸¹ BUOB a.a.O.; m.w.H. KRAMER, BK, N 20 zu Art. 19-20 OR.

¹⁸² M.w.H. BUOB, Nr. 21 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 614 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 539; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 44 zu Art. 27 BV.

¹⁸³ Vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 215 zu Art. 7 KG; HAKTANIR, Diss., Nr. 540; STÄUBLE/SCHRANER, KG-Komm, N 191 f. zu Art. 7 KG.

¹⁸⁴ ARNET GANTNER, S. 189; vgl. STÄUBLE/SCHRANER, KG-Komm, N 192 zu Art. 7 KG.

¹⁸⁵ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4898 f.; BGE 129 III 35 E. 6.1 ff. S. 42 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 539; vgl. zum Ganzen Kap. 4.2.2.

¹⁸⁶ FURRER/MÜLLER-CHEN, N 41 zu Kap. 3 zitiert nach BUOB, Nr. 40; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1102; KRAMER, BK, N 94 zu Art. 19-20 OR.

¹⁸⁷ BUOB, Nr. 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1103.

¹⁸⁸ FURRER/MÜLLER-CHEN, N 41 zu Kap. 3 zitiert nach BUOB, Nr. 40; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID a.a.O.

¹⁸⁹ Siehe BUOB, Nr. 41.

¹⁹⁰ BUOB a.a.O.; vgl. FURRER/MÜLLER-CHEN, N 53 zu Kap. 1.

¹⁹¹ BUOB, a.a.O.; vgl. auch KRAMER, BK, N 95 zu Art. 19-20 OR; KRAMER, BK, N 94 zu Art. 22 OR.

In einigen Fällen bedeutet eine Kontrahierungspflicht eine starke Einschränkung der Vertragsfreiheit.¹⁹² Dabei handelt es sich auch um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, was auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss (Art. 27 BV i.V.m. Art. 36 BV). Im Grundsatz zielen kartellrechtliche Bestimmungen auf den Schutz und Erhalt des Wettbewerbs als öffentliche Interesse ab, beruhen auf dem KG und sind meistens verhältnismässig. Damit können diese Grundrechtseingriffe durch Art. 36 BV gerechtfertigt werden.¹⁹³ Ob spezifisch Art. 7 Abs. 2 lit. g KG auf den Wettbewerbsschutz anstrebt und daher ebenfalls gerechtfertigt ist, ist umstritten.¹⁹⁴

In der schweizerischen Praxis bestehen zwei Formen von Kontrahierungspflichten: die gesetzlichen und die vertraglichen.¹⁹⁵ Grundsätzlich befinden sich die gesetzlich begründete Kontrahierungspflichten im Privatrecht und im öffentlichen Recht, u.a. im Kartellrecht.¹⁹⁶

Gem. Art. 13 lit. b KG kann ein Kontrahierungszwang als Korrektur des Missbrauchs der Vertragsfreiheit angeordnet werden, wenn letzterer in einer Wettbewerbsbehinderung resultiert, um so einen wirksamen Wettbewerb zu garantieren.¹⁹⁷ Dies kommt vor allem dann in Frage, wenn man es mit einem Fall von Lieferverweigerung (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), von Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), von missbräuchlichen Einschränkungen (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) und von Zugangsverweigerungen zu einer «*essential facility*» eines marktbeherrschenden Unternehmens zu tun hat.¹⁹⁸ I.d.R. wollen die Hersteller möglichst viel verkaufen und an jeden Nachfrager anbieten. Wie in den vorherigen Kap. festgestellt worden ist, verweigern die ausländischen Offerenten typischerweise den Vertrag, welcher vergleichbaren ausländischen Unternehmen angeboten wird, um schweizerischen Nachfragern einen Vertrag mit dem «Zuschlag Schweiz» anzubieten. Dies insb. in Anbetracht dessen, dass Art. 7 Abs. 2 lit. g KG ein Sondertatbestand der Bestimmung zu den Lieferverweigerungen in lit. a darstellt.¹⁹⁹ Dabei ist die Kontrahierungspflicht keine Dauerlösung, sondern soll befristet angeordnet werden.²⁰⁰

Aufgrund dessen ist es m.E. notwendig zu klären, ob ein Kontrahierungszwang nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG gültig bestehen kann, obwohl das Rechtsinstitut der relativen Markt-

¹⁹² BUOB, Nr. 42.

¹⁹³ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178; HAKTANIR, Diss., Nr. 540; vgl. auch HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen, S. 54 f.

¹⁹⁴ HAKTANIR, Diss. a.a.O.; vgl. Kap. 5.1.1 und 5.2.

¹⁹⁵ BGE 129 III 35 E. 6.1 S. 42; BUOB, Nr. 43; KRAMER, BK, N 100 zu Art. 19-20 OR.

¹⁹⁶ BUOB a.a.O.; FURRER/MÜLLER-CHEN, N 44 zu Kap. 3; KRAMER, BK, N 106 f. zu Art. 19-20 OR.

¹⁹⁷ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 183 f. zu Art. 7 KG; BUOB, Nr. 231; DUCREY, Nr. 2000; HAKTANIR, Diss., Nr. 551.

¹⁹⁸ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 184 zu Art. 7 KG; BUOB, Nr. 218 ff. und 231; DUCREY, Nr. 2001; HAKTANIR, Diss. a.a.O.

¹⁹⁹ STÄUBER/BURGER, S. 259 und 267; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 925.

²⁰⁰ AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 184 zu Art. 7 KG; DUCREY, Nr. 2004.

macht m.E. mehr auf die individuellen Verhältnisse gerichtet ist und kaum auf die Betrachtung des Wettbewerbs als System abstellt.²⁰¹

Nach HAKTANIR geht es bei Art. 7 Abs. 2 lit. g KG nicht darum, die Abschlussfreiheit oder die Inhaltsfreiheit zu beschränken. Für das erste Element vertritt der Autor die Ansicht, dass die Produkte in solchen Konstellationen allgemein und öffentlich im Geschäftsverkehr offeriert werden, sowohl in der Schweiz als auch im Ausland, weswegen die Abschlussfreiheit nicht tangiert ist. Für die Inhaltsfreiheit hingegen macht der Autor geltend, dass die Bedingungen vom Hersteller bzw. Anbieter selbst erlassen werden. Es handle sich um eine reine Gegenleistung, welche die Offerenten von den Nachfragern verlangen.²⁰²

M.E. ist diese Ansicht aber fraglich, mind. in Bezug zur **Inhaltsfreiheit**. Selbst wenn der Hersteller die Bedingungen selbst erlässt, heisst dies in der Folge nicht, dass sie bei vorliegendem Auslandsbezug weiterhin frei bestimmt werden können. Ausländische Anbieter werden gem. Tatbestand dazu verpflichtet, dieselben Bedingungen wie den anderen Nachfragern, auch den schweizerischen Unternehmen zu offerieren (**Konditionenzwang**). Dieses Element der Vertragsfreiheit wird folglich **eingeschränkt**. Damit wird m.E. auch die **negative Abschlussfreiheit** der ausländischen Unternehmen beschränkt, indem sie nicht mehr frei entscheiden können, ob sie eine Lieferverweigerung vornehmen möchten.

Eine Verletzung der Vertragsfreiheit sei gem. HAKTANIR nicht zu erblicken, da die Schweizer Nachfrager lediglich die Bezugsmöglichkeit zu dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen geltend machen können. Im Gegenteil ist die Beschränkung dieser Bezugsmöglichkeit durch ausländische Anbieter mit dem Ziel, Schweizer Nachfrager abzuzocken und anderer Konditionen für denselben Vertrag zu verlangen, durch den Schutz der Vertragsfreiheit nicht gerechtfertigt. Die **Vertragsfreiheit** gilt folglich **nicht absolut** und uneingeschränkt.²⁰³ M.E. ist dieser Ansicht zuzustimmen, in dem sie in ihrem systematischen und konzeptuellen Gehalt zu verstehen ist: das objektive Recht gibt nicht nur einen Rahmen vor oder schränkt die Vertragsfreiheit ein, sondern trägt auch dazu bei, sie zu schützen und effektiv zu machen. Ein Kontrahierungszwang (wie der in Art. 7 Abs. 2 lit. a und 13 KG) richtet sich gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen. In diesen Fällen mag die Vertragsfreiheit der Unternehmen eingeschränkt werden, da die Einschränkung darauf abzielt, die wirtschaftliche Freiheit des Opfers einer missbräuchlichen Lieferverweigerung zu verwirklichen und einen Vertrag abzuschliessen.²⁰⁴ Dasselbe sollte somit auch im Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG gelten.

²⁰¹ Vgl. Kap. 5.1.1. und 5.2.

²⁰² HAKTANIR, Diss., Nr. 542 f.

²⁰³ HAKTANIR, Diss., Nr. 544; vgl. VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 57 zu Art. 27 BV.

²⁰⁴ Vgl. MARTENET, CR BV, N 57 zu Art. 27 BV.

Nach HAKTANIR liegt deshalb keine eigentliche Einschränkung der Vertragsfreiheit vor, doch sei die Anordnung an die ausländischen Unternehmen, dem schweizerischen Nachfrager ein Bezugsrecht zu gewährleisten, eine **faktische Einschränkung des geschäftlichen Handelns**. Wenn von einer solchen Einschränkung beim Vorliegen aller Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG auszugehen ist, könnte das Konstrukt des Kontrahierungszwang als Rechtsfolge angewendet und geprüft werden.²⁰⁵

Gem. der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das gewichtige Prinzip der Privatautonomie nur ganz ausnahmsweise, beim Vorliegen von vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen, eingeschränkt werden.²⁰⁶ Wenn diese Voraussetzungen bejaht werden, besteht in der Folge eine Kontrahierungspflicht und somit die Verpflichtung, einen Vertrag mit einem Abnehmer zu den allgemeinen und üblichen Bedingungen bzw. zu den an Dritten gewährten Bedingungen abzuschliessen. Dies lehnt sich an den in dieser Arbeit untersuchten Tatbestand der Beschaffungsfreiheit an, da Waren oder Leistungen erfasst sind, die sowohl in der Schweiz als auch im Ausland angeboten werden und letztlich, weil für diese Produkte ein Bezugsrecht im Ausland geltend gemacht wird.²⁰⁷

Zuerst einmal muss das Unternehmen die offerierten Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbieten. Das kann in vielen potenziellen Konstellationen der Fall sein.²⁰⁸

Als zweite Voraussetzung darf die Kontrahierungspflicht sich nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören, namentlich auf Waren und Leistungen, die für jedermann im Alltag verfügbar sind. Wie bei der ersten Voraussetzung erläutert, können die Waren und Leistungen häufig jedermann im Geschäftsverkehr zur Verfügung stehen.²⁰⁹

Die dritte Voraussetzung sieht vor, dass ein Mangel von zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Erfüllung des Normalbedarfs aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters besteht. Es handelt sich somit um eine Machtkonstellation, wo entweder nur ein einziges Unternehmen hinreichend erreichbar ist oder alle möglichen in Betracht kommenden Offerenten sich ggü. dem Interessenten genauso abweisend verhalten.²¹⁰ Das Aufgreifkriterium für den Tatbestand der Beschaffungsfreiheit ist daher per Definition die relative Marktmacht oder Marktbeherrschung. Diese Marktmachtpositionen begründen die vom Bundesgericht verlangte starke Machtstellung des Anbieters, die für den Kontrahierungszwang nötig ist.²¹¹

Schliesslich dürfen für die Anwendung des Tatbestands **keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses** seitens des Anbieters vorliegen.

²⁰⁵ BGE 129 III 35 E. 6.3. S. 45 f. zitiert nach HAKTANIR, Diss., Nr. 545.

²⁰⁶ BGE 129 III 35 E. 6.3. S. 45 f. zitiert nach HAKTANIR, Diss., Nr. 546.

²⁰⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 547.

²⁰⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 546 und 549.

²⁰⁹ HAKTANIR, Diss., Nr. 546 und 549.

²¹⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 546.

²¹¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 549.

Zudem sind die Rechtfertigungsgründe auch für das Regelbeispiel der Beschaffungsfreiheit zu berücksichtigen, wie z.B. die objektiven Rechtfertigungsgründe der «*legitimate business reasons*».²¹² Diese sind aber nicht gänzlich geklärt und müssen im Einzelfall betrachtet werden. Unterschiedliche Preise und Bedingungen können auch mit betriebswirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden wie bspw. quantitativ begründbare Mengenrabatte, Abnahmezusagen, aber auch strategische Überlegungen wie die Erschliessung neuer Märkte oder eine bessere Verhandlungsposition, oder das Vorhandensein von zulässigen Vertriebssystemen.²¹³ Nichtsdestotrotz sollen die Rechtfertigungsgründe stets verhältnismässig sein.²¹⁴

Ein Kontrahierungspflicht kann somit u.U. bejaht werden.²¹⁵ Je nach Ansicht kann aber vertreten werden, dass nur eine faktische Beschränkung des geschäftlichen Handelns oder eine eigentliche Beschränkung der Vertragsfreiheit vorliegt.

Meiner Meinung nach spricht die Verpflichtung an Madrigall seitens der WEKO, Payot im Rahmen einer Direktversorgung im Ausland grds. die dortigen branchenüblichen Bedingungen anzubieten,²¹⁶ eher für einen **Kontrahierungszwang**. Das französische Unternehmen wurde nämlich verpflichtet, seinen Vertrag gem. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG anzupassen. Einen solchen Kontrahierungszwang kann als negatorischer Abwehranspruch gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a KG durch Leistungsklage (Art. 84 ZPO) geltend gemacht werden.²¹⁷ Neben diesem Anspruch kann man auch reparatorische Ausgleichsansprüche für den «Zuschlag Schweiz» nach Art. 12 Abs. 1 KG, wie auch Schadenersatz nach Massgabe der Art. 41 ff. OR (lit. b) und Genugtuung (lit. c) geltend machen.²¹⁸

5. Das Verhältnis zwischen Art. 3a UWG und dem KG

Nach dem Prinzip der sog. **Doppelkontrolle** werden in überschneidenden Anwendungsbereichen lauterkeitsrechtliche und kartellrechtliche Bestimmungen **parallel angewendet**.²¹⁹

Wenn der lauterkeitsrechtliche Tatbestand verletzt ist, bedeutet es nach der Meinung einiger Autoren noch nicht, dass eine Missachtung der kartellrechtlichen Bestimmungen zwingend vorliegt und umgekehrt. M.E. kommt es aber i.d.R. vor, dass eine kartellrechtswidrige Dis-

²¹² HAKTANIR, Diss., Nr. 476 ff., 546 und 549; WASER/TRAVAGLINI, S. 44; m.w.H. zur Rechtfertigungsgründe AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 170 ff. und 463 ff. zu Art. 7 KG; REYMOND, CR Concurrence, N 52 zu Art. 12 KG.

²¹³ BGE 139 I 72 E. 10.2.3 S. 106; M.w.H. DUCREY, Nr. 1643 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 479 ff. und 492 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, KG-Komm, N 100 f., 133 ff. und 287 f. zu Art. 7 KG; ZÄCH, S. 414.

²¹⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 486 ff.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Nr. 514 ff.

²¹⁵ Vgl. BUCHSER, Nr. 331.

²¹⁶ WEKO, Presserohstoff, Missbrauch relativer Marktmacht bei französischsprachigen Büchern, S. 4.

²¹⁷ HAKTANIR, Diss., Nr. 790 ff.

²¹⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 792; JACOBS/GIGER, BSK KG, N 53 ff. zu Art. 12 KG; VETTER, KG-Komm, N 42 ff. zu Art. 12 KG.

²¹⁹ BGE 107 II 277 E. 5 S. 286; vgl. BIRKHÄUSER, BSK KG, N 10 zu Art. 1 KG; BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierung, S. 106; JUNG, SHK UWG, N 25 zur Einleitung; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 370.

kriminierungsmassnahme auch gegen Art. 3a UWG verstösst, hingegen aber nicht, dass ein Verstoß gegen das UWG sich zwangsläufig im KG niederschlägt, da die Voraussetzungen des KGs enger als die von Art. 3a UWG gefasst sind.²²⁰

Die parallele Anwendung von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht heisst, dass Verstössen gegen Art. 3a UWG nicht nur lauterkeitsrechtlich im Wege eines Zivilverfahrens, sondern auch mit einem Verwaltungsverfahren und allfällige verwaltungsrechtlichen Sanktionen des Kartellrechts begegnet werden kann. Zudem steht der Zivilweg auch im Kartellrecht offen (Art. 12 ff. KG), ist aber wegen der Beweisschwierigkeiten und dem verbundenen Prozesskostenrisiko häufig keine gute Lösung. Deshalb wird oft versucht, mit einem verwaltungsrechtlichen Verfahren zu erzielen, was man vor Zivilgericht einklagen würde.²²¹

Dem KG unterstehen zudem gem. Art. 2 Abs. 1 KG nur Unternehmen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG), damit sind Konsumenten vom persönlichen Anwendungsbereich nicht erfasst.²²² Ferner gilt das Kartellgesetz aufgrund des sog. Auswirkungsprinzips (Art. 2 Abs. 2 KG) auch im Falle von grenzüberschreitenden Sachverhalten, sofern die von einem ausländischen Unternehmen veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen sich auf die Schweiz auswirken.²²³

5.1 Vergleich zwischen den beiden Rechtsnormen

5.1.1 Einordnung der Vorschriften

In der vorliegenden Arbeit wurde das Ziel der Beschaffungsfreiheit (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) wiederholt thematisiert. Das Kartellgesetz schützt gem. Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG das Institut des wirksamen Wettbewerbs (sog. Institutionsschutz) und auch die individuellen Interessen aus Wettbewerbsbeschränkungen (sog. Individualschutz) als öffentliches Interesse.²²⁴ Wie an verschiedenen Stellen bereits dargelegt, steht beim Konzept der relativen Marktmacht der Individualschutz im Vordergrund. Es ist trotzdem von entscheidender Bedeutung, dass das zentrale Anliegen des Institutsschutzes nicht vernachlässigt wird.²²⁵

DIEBOLD und STÄUBER/BURGER vertreten die Auffassung, dass der Tatbestand der Beschaffungsfreiheit nicht dem Schutz des Wettbewerbs (Art. 96 BV) dient, sondern dem Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der (einzelnen) schweizerischen Unternehmen ggü Unternehmen im

²²⁰ Vgl. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 24 zu Art. 3a UWG; BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierung, S. 106 ff.; Kap. 5.1 und insb. Kap. 5.1.2 zu dem Erfordernis der Marktmacht des KGs.

²²¹ Vgl. DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 177; JACOBS/GIGER, BSK KG, N 10 f. vor Art. 12–15 KG; LUWARSO, S. 60; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 1119; vgl. auch Kap. 3.2, 5.1.3 und 5.1.4.

²²² HEIZMANN/MAYER, KG-Komm, N 36 zu Art. 2 KG; WEBER/VOLZ, S. 14; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 309 f.; vgl. Kap. 5.1.2 und 5.1.4.

²²³ Vgl. AMSTUTZ/GOHARI, BSK KG, N 149 zu Art. 2 KG; HEIZMANN/MAYER, KG-Komm, N 55 zu Art. 2 KG.

²²⁴ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178; M.w.H. DUCREY, Nr. 1371 ff.; JACOBS, SG-Komm, N 20 f. zu Art. 96 BV; DIEBOLD/RÜTSCH, S. 352 ff.

²²⁵ Vgl. ZIRLICK/BICKEL, S. 147.

Ausland, insb. in der EU. Es wird empfohlen, diesen Tatbestand unter den Deckmantel der Aussenwirtschaftspolitik gem. Art. 101 BV zu sehen, weswegen er damit als grundsatzwidrige Massnahme in seiner Verfassungsmässigkeit geprüft werden muss (Art. 94 Abs. 4 BV).²²⁶ Weiter wird kritisiert, dass die Regelung aufgrund der Zielsetzung der Initiative zu viel am Preis angelegt sei. Das Kartellrecht zielt auf die wirtschaftliche Wohlfahrt (Effizienz), Wettbewerbsfreiheit oder auf unverfälschten Wettbewerb ab. *I.c.* sei Art. 7 Abs. 2 lit. g KG nach STÄUBER/BURGER zu viel an die Senkung der Preise ausgerichtet, wobei das Kartellrecht eigentlich kein Recht der tiefen Preise darstellen soll.²²⁷

Die **Aussenwirtschaftspolitik** umfasst sämtliche grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeiten (Produkte- und Produktionsfaktorenaustausch, aber auch geldwirtschaftlicher Austausch über die Grenzen).²²⁸ Die Aussenwirtschaftspolitik sollte grds. dank ihres liberalen Grundgedankens den Freihandel ohne Beschränkungen ermöglichen. Der Bund ist aber nach Art. 101 Abs. 1 BV (mit ausschliesslicher Kompetenz gem. Art. 54 Abs. 1 BV) verpflichtet, die Interessen der Schweizer Wirtschaft im Ausland zu wahren. Zur Zielsetzung gehören somit die Verbesserung des Zugangs zum Markt für in der Schweiz produzierte Güter und Dienstleistungen oder (wie *i.c.*), die Vermeidung unnötiger Diskriminierungen zu Lasten schweizerischer Unternehmen im Bereich der Exportwirtschaft und letztlich der **Schutz der schweizerischen Wirtschaft oder einzelner Branchen vor ausländischer (Import-)Konkurrenz**.²²⁹ Zur Wahrung dieser Interessen werden typischerweise Massnahmen angeordnet (wie bspw. handelsbeschränkenden Massnahmen und Fördermassnahmen). Dabei ist das Ziel der Massnahme massgebend und nicht deren Wirkung.²³⁰ Der dem Bund gelassene Gestaltungsspielraum wird durch völkerrechtliche Freihandelsverträge wie z.B. das FHA mit der EWG oder mit anderen Drittstaaten eingeschränkt (Art. 5 Abs. 4 BV).²³¹ Diese Abkommen enthalten Klauseln und Vorschriften über Schutzmassnahmen. Ausserdem besteht die Möglichkeit nach Art. 1 AWG, Schutzmassnahmen zu erlassen, wenn wesentliche schweizerische Wirtschaftsinteressen durch ausländische Massnahmen oder ausserordentliche Verhältnisse im Ausland beeinträchtigt sind.²³² Der Bund muss dabei aber beachten, dass er nur in besonderen Fällen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. 94 BV) abweichen

²²⁶ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178; STÄUBER/BURGER, S. 251; vgl. auch BUCHSER, Nr. 213 ff. und 223 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 403.

²²⁷ STÄUBER/BURGER, S. 251 f.; vgl. JACOBS, SG-Komm, N 30 ff. zu Art. 96 BV; Kap. 5.2.

²²⁸ OESCH, BSK BV, N 3 zu Art. 101 BV; ZIEGLER, CR BV, N 5 f. zu Art. 101 BV.

²²⁹ Vgl. LEHNE, SG-Komm, N 5 und 17 zu Art. 101 BV; OESCH, BSK BV, N 7 ff. und 14 zu Art. 101 BV; ZIEGLER, CR BV, N 10 und 15 zu Art. 101 BV.

²³⁰ M.w.H. LEHNE, SG-Komm, N 17 zu Art. 101 BV; OESCH, BSK BV, N 10 ff. zu Art. 101 BV; ZIEGLER, CR BV, N 9 und 12 zu Art. 101 BV.

²³¹ OESCH, BSK BV, N 20 und 23 ff. zu Art. 101 BV.

²³² M.w.H. OESCH, BSK BV, N 34 ff. zu Art. 101 BV.

und Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Wirtschaft anordnen kann (Art. 101 Abs. 2 BV).²³³

Unter Berücksichtigung des Erklärten ist nach meiner Einschätzung der Preis in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG eine wesentliche Komponente, allerdings ist er nicht das einzige Element, dass im Zentrum der damaligen Initiative stand und seine Verwirklichung in lit. g fand.²³⁴ Gleichzeitig gilt es zu konstatieren, dass die Initiative letztlich darauf abzielt, **Schweizer Unternehmen künstlich besser zu positionieren**, was eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit ggü. dem Ausland zur Folge haben sollte. Dadurch wird aber m.E. der Wettbewerb zwischen der Schweiz und dem Ausland verzerrt. Die Regelungen greifen im Wettbewerb als Steuerungsmechanismus ein, mit dem Ziel, eine bessere Wirtschaftssituation zu schaffen. Insofern kann m.E. die Initiative als wirtschaftspolitische und damit grundsatzwidrige Massnahmen qualifiziert werden.²³⁵

Das Preisdiskriminierungsverbot nach Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG verfolgt grds. zwei Zielrichtungen: Erstens wird dem Schweizer Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, Produkte und Leistungen zu identischen Preisen und Konditionen zu beziehen wie seine Konkurrenten im Ausland. Zweitens sollen auch schweizerische Konsumenten von dieser Möglichkeit profitieren («shop like a local»).²³⁶ Diese Ziele können zusammenfassend als Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen mittels fortgeschrittenem Mitbewerberschutz und Konsumentenschutz definiert werden.²³⁷

Des Weiteren wird nach Art. 1 UWG und Art. 96 Abs. 2 lit. BV der laute und unverfälschte Wettbewerb geschützt. Art. 2 UWG definiert als Grundsatz, dass unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Geschäftsgebarren ist, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Zunehmend wurden deshalb Tatbestände im UWG erfasst, welche den Konsumentenschutz als primäres Ziel haben.²³⁸

In der Lehre besteht Einigkeit über die Schutzrichtung des UWGs gem. Art. 1 UWG, die den Systemschutz (ordnungspolitische Funktion des Wettbewerbs) und den Individualschutz der Wirtschaftsfreiheit ohne systemrelevante Bedeutung erfasst. Das Gesetz dient folglich dem Schutz der **Wettbewerbsqualität**, d.h. des fairen Wettbewerbs im Markt, welcher von grundlegender Bedeutung für die Verwirklichung des Wohlstands ist. In komplementärer, jedoch

²³³ OESCH, BSK BV, N 46 ff. zu Art. 101 BV.

²³⁴ Vgl. Bedingungen, Kap. 3 und Kap. 5.1.2.

²³⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 3.2; BUCHSER, Nr. 223 ff.; UHLMANN, BSK BV, N 7 und 24 f. zu Art. 94 BV; vgl. BIAGGINI, S. 23; Kap. 5.1.2. unten zum Art. 3a UWG.

²³⁶ HEIZMANN, S. 77; MEIER, S. 874.

²³⁷ HEIZMANN a.a.O.; MEIER, S. 876.

²³⁸ Vgl. BIAGGINI, S. 190; JACOBS, SG-Komm, N 49 ff. zu Art. 96 BV; MEIER a.a.O.; DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 432 f.

anders gearteter Weise, schützt das KG die **Wettbewerbsquantität**, d.h. den freien Zugang zum Markt und den freien Wettbewerb.²³⁹

Uneinigkeit besteht aber darüber, ob der Tatbestand den Schutz der Geschäftsmoral bezweckt und, sofern dies der Fall ist, in welcher Form dieser Schutz zu gewährleisten ist. Dabei ist strittig, ob es sich bei dem Schutzgegenstand um ein eigenständiges Subjekt handelt, oder, ob der Schutz der Geschäftsmoral im Rahmen des Systemschutzes gewährleistet werden muss. Als Fairness deutet die Lehre die normativen Regeln des kaufmännischen Anstands hin. Die Preisdifferenzierungen sind nicht per se unzulässig und verstossen auch nicht zwingend gegen geschäftliche Anstandsregeln, es sei denn, der Verstoss wird durch eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht.²⁴⁰

M.E. gehört das Ziel des Preisdiskriminierungs- und Geoblockingsverbots nicht zu den objektiven Schutzzwecke des UWGs und insb. nicht zum Schutz der Geschäftsmoral.²⁴¹ Meiner Ansicht nach gehören allfällige Preisdiskriminierung nicht zu den täuschenden Handlungen, und selbst wenn die Täuschung angenommen wird, so ist sie gem. h.L. nicht notwendig für den Tatbestand.²⁴² Die Argumentation von MEIER, welche die These aufstellt, dass das Ziel des Konsumentenschutzes korrekt in das UWG eingeordnet sei, wird von mir nicht vollständig geteilt. Die Autorin selbst gibt zu erkennen, dass ein Fokus auf Konsumenten dazu führen würde, dass die Unternehmen nicht mehr unter den Tatbestand fallen würden, was m.E. störend ist. Zudem bezeichnet sie die Problematik von Preisdiskriminierungsmassnahmen als allgemein bekannt und somit nicht als Täuschung der Kunden.²⁴³ In Anbetracht der vorangehend dargelegten Ausführungen lässt sich die Einführung des Art. 3a UWG als Beleg dafür anführen, dass m.E. der Gesetzgeber das UWG als eine in sich **widersprüchliche und ohne Zusammenhang geprägte Ansammlung von unterschiedlichen, politisch motivierten Bestimmungen** gestaltet hat.²⁴⁴

Wie DIEBOLD/RÜTSCHÉ zu Recht ausführen, wurde diesem Tatbestand fälschlicherweise eine lauterkeitsrechtliche Bedeutung mittels pauschalisierten Verweises zu Art. 96 Abs. 2 lit. b BV zugeordnet, stellt er doch eher eine **Marktregulierung** dar.²⁴⁵ Dieser Tatbestand sollte günstige Vorleistungsprodukte den schweizerischen Unternehmen zugänglich machen, damit sie eine bessere Position ggü. den ausländischen Konkurrenten erhalten und ihre Wettbewerbsfähigkeit auf den globalen Märkten durch günstigere Auslandskonditionen und -preisen ge-

²³⁹ Siehe BIAGGINI, S. 189; DIEBOLD/RÜTSCHÉ, S. 433 f.

²⁴⁰ Vgl. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 16 ff. zu Art. 3a UWG; MEIER, S. 876; vgl. 3.1 (Fn. 36).

²⁴¹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 15 ff., 17 und 21 ff. zu Art. 3a UWG; MEIER a.a.O.; a.M. HEIZMANN, S. 74, die «Abzockerei» entspreche nicht der erwünschten Fairness im Wettbewerb.

²⁴² Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4924; Votum Walti Beat, AB 2020 N 231; BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 19 zu Art. 3a UWG; MEIER a.a.O.

²⁴³ HEIZMANN, S. 74; MEIER, S. 876 f.

²⁴⁴ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 20 zu Art. 3a UWG; MEIER, S. 879; DIEBOLD/RÜTSCHÉ, S. 435.

²⁴⁵ DIEBOLD/RÜTSCHÉ, S. 436.

stärkt wird.²⁴⁶ In konzeptioneller Hinsicht zeigt sich eine gewisse Ähnlichkeit zwischen Art. 3a UWG und dem kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauch sowie dem Preisüberwachungsrecht. Nach den letzten Revisionen schützt das UWG **nicht mehr nur die Qualität, sondern auch die Quantität des Wettbewerbs**.²⁴⁷ Der wesentliche Unterschied zwischen Art. 3a UWG und Art. 7 KG besteht in der Abwesenheit des Erfordernisses eines Marktversagens und von fehlendem Wettbewerb für ersteren. Art. 3a UWG schützt demnach nicht das Preis-Leistungs-Verhältnis vor Auswirkungen von fehlendem Wettbewerb, sondern reguliert den Wettbewerb selbst. Folglich stellt dieser Art. nicht eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift dar, sondern eine sektorspezifische Marktregulierung, die m.E. eher in einem Spezialgesetz geregelt sein sollte.²⁴⁸

5.1.2 Anwendungsbereich und Voraussetzungen

Räumlich-persönlich schützt der Art. 3a UWG neben Konsumenten (B2C-Bereich) auch Zwischenhändler und Weiterverarbeiter (B2B-Bereich) in der Schweiz und damit auch Personen ausländischer Staatsangehörigkeit, die aber in der Schweiz Wohnsitz bzw. Sitz haben.²⁴⁹ Die Unzulässigkeit der Beschränkung wird nach Art. 3a UWG damit begründet, dass der Preisdiskriminierungsgrund unmittelbar mit Wohnsitz, Niederlassungsort des Kunden oder des Sitzes des Bezahlendienstleisters oder Zahlungsmittel-Ausgabeorts zusammenfällt.²⁵⁰ Die Norm richtet sich grds. gegen Anbieter im Ausland (Verbotsadressaten).²⁵¹ Die Anwendbarkeit dieser Norm in der Schweiz ist umstritten, aber meistens wird sie in der Lehre zu Recht verneint.²⁵² Hier besteht eine **Differenz** zwischen KG und UWG, da der Tatbestand der Beschaffungsfreiheit gem. Wortlaut der Bestimmung neben Auslandssachverhalten auch reine Inlandsachverhalte erfasst, die nur juristische Personen, d.h. im B2B-Bereich, betreffen.²⁵³

Nach hier vertretener Auffassung sollte somit der **kartellrechtliche Unternehmensbegriff** (Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG) gelten,²⁵⁴ womit die Umschreibung des Wortlauts («Nachfrager») nur auf Unternehmen hindeutet und Konsumenten nicht erfasst werden.²⁵⁵ Dies gilt im Falle

²⁴⁶ DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 453; HEIZMANN, S. 76.

²⁴⁷ Vgl. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4924; MEIER, S. 877; DIEBOLD/RÜTSCHKE a.a.O.; m.w.H. zum Preisüberwachungsrecht BIAGGINI, S. 196 f.

²⁴⁸ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4924; DIEBOLD/RÜTSCHKE a.a.O.; vgl. auch die Regelungsvorschläge von MEIER, S. 879 ff.; zum Unterschied im Erfordernis des Marktversagens vgl. Kap. 5.1.2.

²⁴⁹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 37 zu Art. 3a UWG; HEIZMANN, S. 76; LOACKER/BLUMER, S. 1062; WASER/TRAVAGLINI, S. 47.

²⁵⁰ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 134 ff. zu Art. 3a UWG.

²⁵¹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 40 zu Art. 3a UWG; LOACKER/BLUMER, S. 1063.

²⁵² LOACKER/BLUMER, S. 1062 f.; WASER/TRAVAGLINI, S. 47; a.M. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 43 zu Art. 3a UWG.

²⁵³ U.a. BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierungsverbot, S. 874; MEIER, S. 873.

²⁵⁴ HAKTANIR, Diss., Nr. 424; m.w.H. zum Unternehmensbegriff ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 297 ff.

²⁵⁵ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4909; HAKTANIR, Diss., Nr. 423 f.

des Tatbestandes der Beschaffungsfreiheit sowohl für die Verbotsadressaten als auch für die Schutzadressaten. Dies stimmt auch generell mit dem Zweck des KGs überein, da in Art. 2 Abs. 1 KG nur Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts umfasst sind, die Kartelle bilden oder Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG) treffen, Marktbeherrschung oder relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2 und 2^{bis} KG i.V.m. Art. 7 KG) ausüben oder sich auf Unternehmenszusammenschlüsse einigen (Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 9 KG). Vom Tatbestand der Beschaffungsfreiheit selbst werden allerdings nur marktbeherrschende (Art. 4 Abs. 2 KG) sowie relativ marktmächtige (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) Unternehmen erfasst, welche ihre Marktstellung missbrauchen.²⁵⁶ Man kann ein Unternehmen als marktbeherrschend qualifizieren, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in Wesentlichen unabhängig zu verhalten.²⁵⁷ Ein Unternehmen ist hingegen relativ marktmächtig, wenn der Nachfrager von ihm in einer Weise abhängig ist, dass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.²⁵⁸

Diese **Marktpositionen** müssen dann vom Unternehmen missbraucht werden. Der Missbrauch stellt eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG dar, wenn das marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen durch den Missbrauch der Marktstellung andere Unternehmen in der Wettbewerbsaufnahme oder Wettbewerbsausübung behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt und ein solches Verhalten nicht gerechtfertigt werden kann (Art. 7 Abs. 1 KG).²⁵⁹ Der Tatbestand der Beschaffungsfreiheit ist nur einer der Regelbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG und knüpft sich daher an die Voraussetzungen der Generalklausel in Abs. 1.²⁶⁰

Die Erfordernisse der Marktmacht und des Marktversagens sieht **Art. 3a UWG nicht** vor. **Gemeinsam** ist Art. 3a UWG und Art. 7 Abs. 2 lit. g KG aber, dass sie KG die **geografische Preisdiskriminierungen** ins Visier nehmen: Im Art. 7 Abs. 2 lit. g KG geht es um eine territoriale Preis- und Konditionenspaltung, die nur gestützt auf das Kriterium des Sitzes des inländischen Unternehmens vorgenommen wird.²⁶¹

Art. 7 Abs. 2 lit. g KG erfasst dabei neben dem Preis auch die Diskriminierung in den Vertragsbedingungen. In Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG hingegen **ist nur von Preis und Zahlungsbedingungen** die Rede. Sämtliche Vertragsbedingungen fallen nicht unter die Bestimmung, es sei denn, der Anwendungsbereich wird durch Lückenfüllung erweitert. Eine Erfassung

²⁵⁶ Vgl. HAKTANIR, Diss., Nr. 218; REINERT, S. 186 ff.; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 299.

²⁵⁷ M.w.H. AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 12 ff. und 22 zu Art. 7 KG; DUCREY, Nr. 1623 ff.; HAKTANIR, Diss., Nr. 218 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 652 ff. und 703 ff.; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, S. 299 f.

²⁵⁸ M.w.H. HAKTANIR, Diss., Nr. 241 ff. und 262 ff.; KAUFMANN, S. 185 ff.; PICT, Leitlinien, S. 244 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 717 ff.; vgl. auch Kap. 3 am Anfang (Fn. 128 und 133).

²⁵⁹ HAKTANIR, Diss., Nr. 367 und 371.

²⁶⁰ HAKTANIR, Diss., Nr. 392; vgl. Kap. 3 (Fn. 28).

²⁶¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 392 und 423 ff.; PICT, Wettbewerbsrecht, S. 338 f.

sämtlicher Bedingungen wäre m.E. in einer Revision sehr wünschenswert, eine erweiternde Auslegung ist aber ohne gesetzliche Grundlage gem. dem aktuellen Wortlaut nicht möglich.²⁶² In der parlamentarischen Beratungen haben lediglich zwei Voten die Bedingungen behandelt.²⁶³ Des Weiteren wird im **sachlichen Anwendungsbereich** des Art. 3a UWG der Fernhandel erfasst. Unter Fernhandel fallen jegliche Formen des Verkaufs, in denen Anbieter und Nachfrager sich nicht am gleichen Ort befinden und daher etwa durch Online-Handel oder Bestellungen via Telefon, Brief und Fax miteinander den Kauf abschliessen.²⁶⁴

Es wurde in den vorherigen Kap. nicht ausdrücklich erläutert, aber implizit aufgezeigt, dass die Einschränkung der Bezugsmöglichkeiten ein Tatbestandselement der KG-Bestimmung sind. Die **Bezugsoptionen** müssen aber schon **bevor deren allfälligen Einschränkung** bestanden haben.²⁶⁵ Es geht folglich meistens um Bezugs- und Importsituationen, die eine gewisse Ferne aufweisen. In diesem Punkt haben somit die zwei Bestimmungen Überschneidungspunkte, aber die Differenz besteht darin, dass die Beschaffungsfreiheit den Fernhandel im Wortlaut nicht erwähnt. Dieser Begriff könnte auch strikter ausgelegt werden. Es gilt zudem zu erwähnen, dass der Nachfrager nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG schlechter als andere vergleichbare Bestellungen behandelt worden sein muss, um unter den Tatbestand zu fallen. Das passiert vor allem, wenn das ausländische Unternehmen die Beschaffung mit Verweis an seine Schweizer Tochtergesellschaft bzw. Händlerin verweigert, oder die Beschaffung zwar nicht verunmöglicht, aber nicht zu den dortigen Marktpreisen und branchenüblichen Bedingungen anbietet.²⁶⁶ Eine Schlechterstellung begrenzt auf die Bedingungen begründet eine indirekt auswirkende Lieferverweigerung und könnte **eventuell den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG** erfüllen. Wichtig ist, dass der Anbieter in irgendeiner Form (passiv oder aktiv) eine greifbare Verweigerungshaltung aufweist.²⁶⁷

Bei der **Preisdiskriminierung** nach Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG hingegen muss der Schweizer Nachfrager anders als die ausländischen Nachfrager behandelt worden sein, was aber die Lieferverweigerung in die Schweiz nicht mitumfasst.²⁶⁸ Zudem wird keine Preisharmonisierung (mitsamt Aktionen, Rabatte und Sonderpreise) gefordert. Das Ziel der Regelung ist das **«shop-like-a-local-Prinzip»**, welches die ausländischen Anbieter verpflichtet, zum gleichen

²⁶² LOACKER/BLUMER, S. 1065; WASER/TRAVAGLINI, S. 47; vgl. Kap. 3.

²⁶³ Voten Gutjahr und Pult, AB 2020 N 213.

²⁶⁴ LOACKER/BLUMER, S. 1064; PICT, relative Marktmacht, S. 317; WASER/TRAVAGLINI, S. 47; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁶⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 429.

²⁶⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 432; vgl. Kap. 3.

²⁶⁷ M.w.H. auch zur Erfüllung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG HAKTANIR, Diss. Nr. 431 ff.; vgl. auch STÄUBER/BURGER, S. 267; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 925; vgl. Quellen Fn. 199.

²⁶⁸ BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierungsverbot, S. 871.

Nettopreis anzubieten oder dem Schweizer Nachfrager den Zugang zu einem günstigeren Angebot im Ausland zu dortigen Preisen und Konditionen zu gewähren.²⁶⁹

Ausserdem fallen unter den UWG-Tatbestand u.a. vollständig digital-erbringbare Leistungen, stationäre Leistungen und nicht-digitale Produkte.²⁷⁰ Das KG sieht im Hinblick auf die davon erfassten Produkte keine speziellen Beschränkungen, **vorbehalten bleibt u.U. Art. 3 KG**.²⁷¹ Auch gem. Art. 3a UWG müssen die Waren sowohl in der Schweiz als auch im Ausland angeboten werden, um unter den Tatbestand zu fallen.²⁷²

Im Art. 3a Abs. 2 UWG ist ein abschliessender **Ausnahmekatalog** vorgesehen, der die dort aufgeführten Bereiche vom Anwendungsbereich der Bestimmung ausnimmt.²⁷³ Eine zusätzliche Rechtfertigung durch eine «sachliche Rechtfertigung» steht gem. LOACKER/BLUMER im Raum, wenn der Ausnahmekatalog des Abs. 2 nicht ohnehin (vorrangig) greift. Die sachliche Rechtfertigung ist dabei ähnlich wie im KG ausgestaltet: höhere Versand- und Verzollungskosten oder unterschiedlichen Mehrwertsteuern oder Importzöllen, nicht dazu gehören aber *sog. ex-factory-Preise* oder ein vorgängiger vollständiger Ausschluss der Dienstleistungserbringung in der Schweiz.²⁷⁴ Bei einer uneingeschränkten Anwendbarkeit solcher Rechtfertigungsmöglichkeiten ist nach ZIRLICK/BICKEL die **Verhältnismässigkeit** begrenzt, da die Schlechterstellung der Schweizer Unternehmen verhältnismässig sei, insoweit als die höheren Versand- und Verzollungskosten durch den «Schweiz-Zuschlag» kompensiert werden.²⁷⁵ M.E. ist dieser Meinung zuzustimmen, vorbehalten bleiben muss aber die Möglichkeit zur korrekten und rechtmässigen Gewinnerzielung der Anbieter. Die Behörden sollen daher in Zukunft während der Evaluation der Verhältnismässigkeit einer sachlichen Rechtfertigung eine allfällige Marge beachten. Würden die Behörden nicht auf diese Weise beurteilen, könnte dieses Vorgehen auf eine krasse Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit hindeuten und auf einen Verstoß gegen das **Recht auf einen Gewinn**.²⁷⁶

Der Art. 7 KG selbst enthält **keinen solchen Ausnahmekatalog**. Bei einer näheren Betrachtung des Ausnahmekatalogs von Art. 3a Abs. 2 UWG scheinen einige Bereiche den u.U. durch **Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG oder Art. 3 KG** beschriebenen Konstellationen des Anwendungsausschlusses im KG **zu ähneln**. In diesen Bereichen könnten u.U. eine Markt- oder Preisordnung oder ein Unternehmen fallen, die mit der Erfüllung von öffentlichen Auf-

²⁶⁹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierungsverbot, S. 871 f.; BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 3 zu Art. 3a UWG; HEIZMANN, S. 77.

²⁷⁰ PICT, relative Marktmacht, S. 316.

²⁷¹ m.w.H. WINISTÖRFER, S. 337 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 328 ff.

²⁷² Siehe WASER/TRAVAGLINI, S. 47; Kap. 2 und 3 (Fn. 29).

²⁷³ M.w.H. MEIER, S. 875; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁷⁴ LOACKER/BLUMER, S. 1064; vgl. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 158 f. zu Art. 3a UWG; MEIER a.a.O.; WASER/TRAVAGLINI, S. 47.

²⁷⁵ ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁷⁶ Vgl. BGE 137 I 167 E. 3.1 S. 172; 135 I 130 E. 4.2 S. 135; 128 I 19 E. 4c/aa S. 29.

gaben betraut sind (Art. 3 Abs. 1 lit. a oder b KG).²⁷⁷ Zudem könnte sich die Frage stellen, inwiefern die privaten oder öffentlichen Unternehmen in diesen Bereichen am Wirtschaftsprozess teilnehmen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).²⁷⁸

In einigen Bereiche scheint ein gewisser Parallelismus zwischen den Bestimmungen vorhanden zu sein, aber nicht durchgehend, weswegen der Ausnahmekatalog von Art. 3a UWG mit den Ausschlüssen des KG nicht deckungsgleich ist.

5.1.3 Ansprüche

Art. 3a UWG ist nicht in Art. 23 Abs. 1 UWG genannt, womit ein Verstoss gegen diesen Art. **keine strafrechtlichen Folgen** bzw. kein lauterkeitsstrafrechtliches Verfahren auslöst.²⁷⁹ Die Verstösse gegen diese Rechtsnorm können daher nur durch Zivilklage geltend gemacht werden.²⁸⁰ Gem. Art. 9 Abs. 1 UWG kann eine drohende Verletzung verboten (lit. a), eine bestehende beseitigt (lit. b) und die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer sich weiterhin störend auswirkenden Verletzung (lit. c) geltend gemacht werden. Ferner kann eine aktivlegitimierte Person die Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils (Art. 9 Abs. 2 UWG) sowie Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe (Art. 9 Abs. 3 UWG) nach Massgabe des OR verlangen. M.E. sind diese Ansprüche in ihrer Substanz **deckungsgleich** mit denen des Art. 7 KG i.V.m. Art. 12 KG.²⁸¹

Fraglich ist, ob die ausländischen Unternehmen eine Lieferpflicht in die Schweiz gem. **Art. 3a UWG** haben. Wie auch die h.L. bin ich der Meinung, dass sich **keine solche Lieferpflicht** aus Art. 3a UWG ableiten lässt.²⁸² ZIRLICK/BICKEL theorisieren trotzdem eine Belieferungspflicht, z.B. wenn ein deutsches Unternehmen die Produkte europaweit durch einen Webshop anbietet und sie aus einem einzigen europäischen Logistikzentrum grenzüberschreitend liefert, mit dem gewollten Ausschluss der Schweizer Nachfrager, um letztere über eine teurere Schweiz-spezifische Webseite abzuhandeln.²⁸³ M.E. ist hier die Auffassung von PICHT²⁸⁴ zielführend, dass ein **potenzieller Regelungsunterschied** bzgl. der Lieferpflicht zwischen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und Art. 3a UWG inkohärent zu betrachten ist. Falls eine solche Pflicht im Kontrast dazu aber in Art. 3a UWG vorgesehen wäre, würde die EU-Geoblocking-Verordnung ins Leere laufen und ein Rosinenpicken an Stelle des «shop-like-a-

²⁷⁷ Vgl. BIAGGINI, S. 163; SCHOTT, BSK KG, N 18 ff. zu Art. 3 Abs. 1 KG; WINISTÖRFER, S. 337 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Nr. 335 ff.

²⁷⁸ M.w.H. AMSTUTZ/GOHARI, BSK KG, N 71 ff. zu Art. 2 KG; WEBER, KG-Komm, N 3 ff. zu Art. 3 KG.

²⁷⁹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 162 zu Art. 3a UWG; LOACKER/BLUMER, S. 1066.

²⁸⁰ Vgl. zum Ganzen BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 162 f. zu Art. 3a UWG.

²⁸¹ Vgl. Kap. 4.2.2.

²⁸² BIRKHÄUSER/CONSTAM, Geodiskriminierung, S. 106; FERRARI HOFER/VASELLA, CHK UWG, N 4 zu Art. 3a UWG; HEIZMANN, S. 76 f.; LOACKER/BLUMER, S. 1065; MEIER, S. 875; zur Lieferpflicht im KG vgl. Kap. 4.1.

²⁸³ ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁸⁴ PICHT, relative Marktmacht, S. 320.

local-Prinzips» erlauben.²⁸⁵ Neben dieser Auffassung erläutert PICT den Mechanismus der bereits erwähnten EU-Geoblocking-Verordnung, die eine Lieferpflicht ermöglicht, wenn ein Anbieter keine spezifizierten, in sich geschlossenen Transaktionskonditionen vorsieht (bspw. sich an eine Benutzung einheitlicher Geschäftsbedingungen für den europäischen Raum hält). Um sich davor zu schützen, muss der Anbieter abweichende nationale Konditionen mit dem ausdrücklichen Ausschluss anderer Länder ansetzen.²⁸⁶ Wenn man diesen Mechanismus auf Art. 3a UWG überträgt, kann das Unternehmen sich von einer Lieferpflicht schützen, wenn es keine vorherige Lieferungs- und Transaktionsstruktur in der Schweiz besitzt, und wenn die Schweiz als Lieferdestination in den Bedingungen explizit ausgeschlossen wird. Das kann zweifach erfolgen, entweder zum gänzlichen Ausschluss der Offerten in der Schweiz oder sonst zu den ausschliesslichen schweizerischen Bedingungen.²⁸⁷

Ausserhalb einer allfällige Lieferpflicht gilt es zudem zu beurteilen, ob ein **Kontrahierungszwang nach Art. 3a UWG** vorliegen könnte. LOACKER/BLUMER sind der Meinung, dass eine Kontrahierungspflicht sich im Einzelfall möglicherweise aus dieser Bestimmung ergeben kann. Sie vertreten aber die Ansicht, dass ein solcher Kontrahierungszwang in der Praxis kaum vorstellbar sei, da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist und ein solcher Zwang deshalb einen unilateralen Alleingang eines Drittstaates ohne nützliche Wirkung der Normen der europäischen Gemeinschaft darstellen würde.²⁸⁸ Im Kontrast dazu ist m.E. aufgrund der vorherigen **Aussage von PICT** ein Kontrahierungszwang gem. Art. 3a UWG zu befürworten. Die Hypothese eines Kontrahierungszwanges wurde bereits nach Art. 7 Abs. 2 lit. g KG untersucht. Es hat sich dabei gezeigt, dass eine solche Kontrahierungspflicht nach dem Tatbestand der Beschaffungsfreiheit möglich ist.²⁸⁹ Aufgrund der **gewünschten kohärenten Anwendung der beiden Bestimmungen** ist m.E. daher eine gleichförmige Anwendung des Kontrahierungszwanges zu begrüssen. Bedenklich bleibt aber m.E., dass das KG ein Marktversagen verlangt und engere Voraussetzungen vorsieht, was aber später untersucht wird.

5.1.4 Durchsetzung

Nach Art. 9 Abs. 1 UWG hat **jede Person** ein Recht darauf, ihre Ansprüche geltend zu machen, wenn sie durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt worden ist.²⁹⁰ **Kunden** werden auch erfasst, da sie gesondert gem. Art. 10 Abs. 1 UWG klageberechtigt sind.²⁹¹ Ansonsten sind auch nach Art. 10 Abs. 2 UWG

²⁸⁵ Vgl. MEIER, S. 875; PICT, relative Marktmacht, S. 320; vgl. Kap. 4.1 und 5.1.1 (Fn. 269).

²⁸⁶ PICT, relative Marktmacht, S. 319 f.

²⁸⁷ PICT, relative Marktmacht, S. 320; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁸⁸ LOACKER/BLUMER, S. 1065; gl.M. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 63 zu Art. 3a UWG.

²⁸⁹ Zum Ganzen Kap. 4.2 und insb. 4.2.2 über den Kontrahierungszwang im KG; siehe Fn. 284.

²⁹⁰ DOMEJ, UWG-Komm, N 3 zu Art. 9 UWG; SPITZ, SHK UWG, N 13 zu Art. 9 UWG.

²⁹¹ DOMEJ, UWG-Komm a.a.O.; JUNG/SPITZ, SHK UWG, N 7 zu Art. 10 UWG.

die **Berufs- und Wirtschaftsverbände** (lit. a), **Konsumentenschutzorganisationen** (lit. b), sowie der **Bund** durch die Vertretung des **SECO** gem. Abs. 3 desselben Art. klagelegitimiert.²⁹² Die letztere Klageberechtigung hat aber eine begrenzte Wirkung, da sie sich nur auf die Ansprüche nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG erstreckt.²⁹³ Im KG hingegen bezieht sich die Aktivlegitimierung auf **Unternehmen**, sofern diese in besonderem Masse von dem tatbestandsmässigen Verhalten betroffen sind (Art. 12 Abs. 1 KG), da nur Unternehmen dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterliegen.²⁹⁴

Da wir es in den anwendbaren Konstellationen mit **grenzüberschreitenden Sachverhalten** zu tun haben, wird nach Lauterkeitsrecht das Vorliegen eines internationalen SVs mit einer relevanter Auslandsberührung vorausgesetzt. Die Internationalität ist nach BGer stets zu bejahen, wenn die involvierten Parteien in unterschiedlichen Ländern domiziliert sind.²⁹⁵ Das wird i.d.R. in den von Art. 3a UWG umfassten Situationen ebenfalls der Fall sein.²⁹⁶

Schweizer Gerichten können sich mit der internationalen Durchsetzung dieses Art. befassen, wenn ihre Zuständigkeit entweder aus einem vorrangig anwendbaren Staatsvertrag oder subsidiär aus dem IPRG begründet wird (Art. 1 Abs. 2 IPRG).²⁹⁷ Für Fälle mit einem Bezug in der EU oder Skandinavien wird daher primär das LugÜ angewandt.²⁹⁸ Die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb werden unter Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 LugÜ) subsumiert, weswegen sie in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen.²⁹⁹ Damit sich schliesslich die Zuständigkeit aus dem LugÜ ergibt, muss diese im Übereinkommen begründet werden, was grundsätzlich der Fall ist, solange sich der Beklagten(wohn)sitz in einem Vertragsstaat befindet (Art. 59 f. i.V.m. Art. 2 Abs. 1 LugÜ).³⁰⁰ Die vorrangig zu prüfenden ausschliesslichen Gerichtsstände gem. Art. 22 LugÜ sind für solche Fälle nicht einschlägig. Falls Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen vorliegen, sollte man im Einzelfall auslegen, ob solche Vereinbarungen sich ebenso auf solche ausservertraglichen Ansprüche beziehen und somit gem. Art. 23 LugÜ als vorrangig gelten.³⁰¹ Für die Beurteilung der hier behandelten Ansprüche werden Zuständigkeiten vordergründig durch die **Sondergerichtsstände** von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (Ort der unerlaubten Handlung) und Art. 5 Ziff. 5 LugÜ (Ort der

²⁹² DOMEJ, UWG-Komm, N 8 zu Art. 9 UWG; DOMEJ, UWG-Komm, N 10 ff. zu Art. 10 UWG; JUNG/SPITZ, SHK UWG, N 1 ff. zu Art. 10 UWG; vgl. zum Ganzen MEIER, S. 878; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁹³ SPITZ, SHK UWG, N 13 zu Art. 9 UWG; JUNG/SPITZ, SHK UWG, N 2 zu Art. 10 UWG.

²⁹⁴ JACOBS/GIGER, BSK KG, N 12 ff. und 23 zu Art. 12 KG; vgl. Kap. 5.1.2.; a.M. DUCREY, Nr. 1980.

²⁹⁵ Statt vieler BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 79 f.; GROLIMUND/CAPPAUL, SHK UWG, N 106 zur Einleitung; GROLIMUND/LOACKER/SCHNYDER, BSK IPRG, N 1 zu Art. 1 IPRG; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

²⁹⁶ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 167 f. zu Art. 3a UWG.

²⁹⁷ Vgl. GROLIMUND/CAPPAUL, SHK UWG, N 99 zur Einleitung; LOACKER/BLUMER, S. 1068 f.

²⁹⁸ Zum Ganzen GROLIMUND/CAPPAUL, SHK UWG, N 125 zur Einleitung; LOACKER/BLUMER, S. 1067.

²⁹⁹ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 167 f. zu Art. 3a UWG; m.w.H. LOACKER/BLUMER, S. 1069 ff.

³⁰⁰ Vgl. DALLAFIOR/SCHUMACHER, BSK LugÜ, N 1 ff. zu Art. 2 LugÜ; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Nr. 924 ff.

³⁰¹ LOACKER/BLUMER, S. 1069; MONNIER, UWG-Komm, N 14 zu § 4.

Niederlassung) begründet.³⁰² **Alternativ** dazu kann sich auf die **allgemeine Zuständigkeit** gem. Art. 2 Abs. 1 LugÜ berufen werden, welche besagt, dass Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates vor dessen Gerichten beklagt werden können.³⁰³ Art. 5 Ziff. 3 LugÜ regelt sowohl die internationale, wie die örtliche Zuständigkeit, wobei die klagende Partei **wahlweise am deliktischen Handlungs- oder Erfolgsort** klagen kann³⁰⁴ (falls sie auseinanderfallen, was bei einem Erfolgsdelikt stets der Fall ist).³⁰⁵ Bei Preisdiskriminierungen, die auf die Abschöpfung der schweizerischen Kaufkraft abzielen, ist davon auszugehen, dass sich der Erfolgsort in der Schweiz befindet.³⁰⁶ In diesen Konstellationen entspricht das Handlungsort hingegen dem Ort, an dem der Betrieb des preisdiskriminierenden Unternehmens liegt, d.h. ausserhalb des schweizerischen Territoriums.³⁰⁷

Für Ansprüche aus Widerhandlungen des KGs gelten ebenfalls die Art. 2 Abs. 1 LugÜ, Art. 5 Ziff. 3 LugÜ und Art. 5 Ziff. 5 IPRG gem. denselben Prinzipien vom Art. 3a UWG.³⁰⁸

In Fällen, in denen kein Staatsvertrag Anwendung findet, richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 129 Abs. 1 IPRG. Dort besteht i.d.R. eine alternative Zuständigkeit im Handlungs- oder Erfolgsort, wobei letzterer auch in der besprochenen Konstellation in der Schweiz liegt. Dasselbe gilt für die Kartellrechtsverstösse.³⁰⁹ Auch in diesen Fällen stellt sich dieselbe Frage bzgl. der Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, die auch hier nicht behandelt wird.

Wenn die schweizerischen Gerichte zuständig sind, wird das **anwendbare materielle Recht** (*lex causae*) nach Art. 136 Abs. 1 IPRG bestimmt. Es gilt das *Marktauswirkungsprinzip* was heisst, dass der Markt massgebend ist, auf welcher die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.³¹⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass die Wirkung der Preisdiskriminierungen *i.c.* in der Schweiz zu beobachten ist, wird das schweizerische materielle Recht Anwendung finden (u.a. UWG). Diese Ausführungen lassen sich auch auf die Verbandsklage übertragen.³¹¹

Wie zuvor bereits dargelegt, findet im KG das Auswirkungsprinzip nach Art. 2 Abs. 2 KG Anwendung. Dieses Prinzip wird auf kartellzivilrechtliche und kartellverwaltungsrechtliche Bestimmungen angewendet (einseitige Kollisionsnorm; verweist nur auf das Recht der Schweiz).

³⁰² LOACKER/BLUMER, S. 1069; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Nr. 1099 und 1104; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

³⁰³ ZIRLICK/BICKEL a.a.O.; m.w.H. zum Art. 2 Abs. 1 LugÜ SCHNYDER/LIATOWITSCH, Nr. 924 ff.

³⁰⁴ M.w.H. HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, N 568 f. zu Art. 5 LugÜ; LOACKER/BLUMER, S. 1069; anders Urteil des BGer 4C.329/2005 vom 5. Mai 2006 E. 2.1.

³⁰⁵ LOACKER/BLUMER a.a.O.; ZIRLICK/BICKEL, S. 153; m.w.H. BGE 125 III 346 E. 4b S. 348 ff.; HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, N 553 zu Art. 5 LugÜ; OBERHAMMER, SHK LugÜ, N 114 zu Art. 5 LugÜ.

³⁰⁶ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 169 zu Art. 3a UWG; LOACKER/BLUMER, S. 1069.

³⁰⁷ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG a.a.O.; LOACKER/BLUMER, S. 1070.

³⁰⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 815 ff.; HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, N 479 zu Art. 5 LugÜ; JACOBS/GIGER, BSK KG, N 146 vor Art. 12–15 KG.

³⁰⁹ Vgl. LOACKER/BLUMER, S. 1070 f.; RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT, BSK IPRG, N 5 und 12 ff. zu Art. 129 IPRG; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Nr. 1099 und 1106.

³¹⁰ Vgl. BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 170 ff. zu Art. 3a UWG; LOACKER/BLUMER, S. 1071; ZIRLICK/BICKEL, S. 153.

³¹¹ LOACKER/BLUMER a.a.O.; DASSER, BSK IPRG, N 6 zu Art. 136 IPRG

Hingegen wird Art. 137 IPRG **nur** in Fälle von zivilrechtlichen deliktischen Ansprüchen aus Wettbewerbsbeschränkungen angewendet und fungiert als allseitige Kollisionsnorm, sprich verweist abstrakt auf die Rechtsordnung. Damit ist die *lex causae* das Recht am Markort, wo der Geschädigte von der Wettbewerbsbehinderungen unmittelbar betroffen ist.³¹²

Die Abgrenzungsfragen innerhalb des Marktauswirkungsprinzips des IPRGs wird aufgrund der fortschreitenden **Konvergenz der Rechtsgebiete** des Kartell- und Lauterkeitsrechts mit zunehmenden Schwierigkeiten verbunden sein.³¹³ In der Hinsicht der Durchsetzung des KGs im Ausland aufgrund der Wirkung des **Auswirkungsprinzips** ist es zudem fraglich, inwiefern die extraterritoriale Anwendung des KGs **effektiv Wirkung** zeigen könnte und gerechtfertigt sein könnte. Aufgrund des **völkerrechtlichen Souveränitäts- und Territorialitätsprinzips** dürfen die schweizerische Wettbewerbsbehörden im Ausland nur schwierig selbst Beweise erheben. Das behindert die Sachverhaltsermittlung und auch den Nachweis erheblich.³¹⁴

Wie bereits festgehalten, kann die WEKO durch einen Endentscheid bestimmten Verhaltenspflichten auferlegen (etwa Kontrahierungs- und Konditionenzwang).³¹⁵ Daraus könnten sich auch **Schwierigkeiten** bei der **Zustellung amtlicher Dokumente im Ausland** ergeben, da diese Dokumente als staatliche Hoheitsakte betrachtet werden, die in die Souveränität des betroffenen Staates eingreifen.³¹⁶ Die Zustellung ist in der Regel nichtig, sofern keine Einwilligung des betroffenen Staates vorliegt oder keine anderslautenden Staatsverträge bestehen.³¹⁷ Die Schweiz hat zwei Koop.Abk. mit der EU (Europäische Kommission als Wettbewerbsbehörde), sowie mit Deutschland, unterzeichnet. Sie dienen ausschliesslich der Rechtshilfe und dem Informationsaustausch in wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten (vgl. Art. 1 Koop.Abk. CH-EU).³¹⁸ Die amtlichen Dokumente können in Deutschland nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 Koop.Abk. CH-DE rechtsgültig zugestellt werden. Mit der europäischen Union fehlt eine solche Regelung. Es stellen sich weiterhin Fragen bzgl. der Vollstreckung allfällige Verpflichtungen (seien sie geldlicher Natur oder rein rechtlicher und vertraglicher Natur).³¹⁹ Die Vollstreckung wird **unproblematisch**, wenn die Unternehmen eine Schweizer **Tochtergesellschaft oder eine Niederlassung** besitzen. Bei anderweitigen Konstellationen ist die Rechtslage unklar.³²⁰

³¹² HAKTANIR, Diss., Nr. 829 ff.; HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung, N 72 ff. zu § 23; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Nr. 106 ff.

³¹³ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 172 f. zu Art. 3a UWG; DASSER, BSK IPRG, N 7 zu Art. 136 IPRG; vgl. Kap. 5.1.1 und 5.2.

³¹⁴ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178; HAKTANIR, Diss., Nr. 773.

³¹⁵ HAKTANIR, Diss., Nr. 762 ff.; vgl. Kap. 4.2.

³¹⁶ HAKTANIR, Diss., Nr. 773.

³¹⁷ HAKTANIR, Diss. a.a.O.

³¹⁸ HAKTANIR, Diss., Nr. 762 und 774 f., der auch auf das EÜZV94 verweist.

³¹⁹ HAKTANIR, Diss., Nr. 775; HIRSBRUNNER, S. 331.

³²⁰ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178.

Zurückkommend auf das Auswirkungsprinzip: dabei handelt es sich um nichts anderes als eine extraterritoriale Anwendungserstreckung des Kartellgesetzes und wird nach einem Teil der Lehre in jeden Fall Anwendung finden, wie die Praxis in den Fällen «Gaba», «Nikon» und «BMW» gezeigt hat.³²¹ Diese Ansicht ist m.E. **nur teils richtig** und in der Praxis von anderen Aspekten abhängig. In den erwähnten Fällen besitzen die ausländischen Unternehmen auch eine Schweizer Niederlassung.

DIEBOLD und ein Teil der Lehre besagen im Grundsatz, dass das Auswirkungsprinzip eine **Ausnahme zum völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip** darstellt, wenn die schweizerischen anzuwendenden Bestimmungen (wie etwa Art. 5 Abs. 4 und 7 KG) ihrer Gegenfassung im EU-Kartellrecht entsprechen. Die aktuelle Fassung des Tatbestands der Beschaffungsfreiheit geht aber weiter als das europäische und deutsche Pendant der Norm. Das hat zur Folge, dass eine extraterritoriale Anwendung gem. Art. 2 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 23 FHA nicht mehr ins Spiel kommen kann, da für diese kartellrechtliche Qualifikation kein Konsens von der europäischen Union gegeben worden ist.³²²

In den in Kap. 3.1, 3.2 und 4.2.2 erwähnten Fällen, bei denen die relative Marktmacht betroffen war, bleibt abzuwarten, ob die angeordneten Verpflichtungen sich praktisch verwirklichen lassen. M.E. könnten die ausländischen Unternehmen ein Interesse haben, sich freiwillig unter die Massnahmen zu stellen (z.B. aus wirtschaftlichen und/oder Reputationsgründen).³²³ Auf einer Seite bleibt folglich zu hoffen, dass die neuen Entscheide der WEKO und der Gerichte eine generalpräventive Wirkung aufzeigen. Andererseits stimme ich DIEBOLD zu: das Thema der Bekämpfung der Abschottung des schweizerischen Markts sollte an erster Stelle in den Verhandlungen mit der EU platziert werden und somit mit einem **bilateralen Ansatz** gelöst werden. Derzeitig ist es unklar, inwiefern die letzte Bilateralen-Verhandlungen Fortschritte zeigen.³²⁴ Ein Unterbleiben dieser Vorgehensweise würde dazu führen, dass der Tatbestand lediglich eine marginale Bedeutung aufweist.

Wie zuvor dargelegt, wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass das schweizerische Kartellrecht beim kartellrechtlichen Geodiskriminierungsverbot (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) aufgrund des Auswirkungsprinzips auch international Anwendung finden sollte. Nach der Lehre bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht auch auf die lauterkeitsrechtliche Verbotsnorm übertragbar sei.³²⁵ Dem ist m.E. zuzustimmen.

³²¹ HAKTANIR, Diss., Nr. 768 ff. und 777; ZIRLICK/BICKEL, S. 151; BGE 143 II 297 S. 299 ff.; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016; Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017.

³²² BUCHSER, Nr. 341; DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 157 und 178; HIRSBRUNNER, S. 331; STÄUBER/BURGER, S. 245; TAGMANN/ZIRLICK, N 105 f. zu Art. 49a KG.

³²³ Vgl. DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 178; HIRSBRUNNER a.a.O.; zu den Verpflichtungen Kap. 4.

³²⁴ DIEBOLD, Preisdiskriminierung, S. 179; vgl. MEIER, S. 880 ff.; NZZ Nr. 298 vom 21. Dezember 2024 S. 1 und 8 f.

³²⁵ BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 173 zu Art. 3a UWG; LOACKER/BLUMER, S. 1073.

Sollte ein Entscheid dann erfolgen, gilt zu prüfen, wie dieser vollstreckt wird. Das LugÜ kennt eine rechtliche Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung der Entscheide: ausländische Entscheide dürfen nicht in der Sache selbst nachgeprüft werden (Art. 36 LugÜ), es werden keine hohen Voraussetzungen für die Anerkennung gesetzt (Art. 34 f. LugÜ).³²⁶ Ausserhalb des LugÜ-Raums gestaltet sich die Anerkennung und Vollstreckung schwieriger. Dies stellt die Praxis vor keine grossen Herausforderungen, da die Lebensnähe in solchen Konstellationen meistens nicht vorhanden ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass für Schweizer Nachfrager die Anbieter ausserhalb von Europa vielfach für ihre Billigprodukte gewählt werden, weswegen normalerweise Einwendungen bspw. gegen Vietnam, Indonesien oder China wegen «Schweiz-Zuschläge» sehr selten sind.³²⁷ Diese Problematik ist heutzutage wichtiger für Konsumenten, statt für Nachfrager im B2B Bereich.

5.2 Verfassungsmässigkeit der Regelungen

I.c. ist es fraglich, ob die beiden untersuchten Rechtsnormen verfassungskonform sind (Art. 27 BV i.V.m. Art. 94 BV).

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit enthält den Individualschutz (verfassungsmässiges Recht) und den Grundsatz des marktwirtschaftlichen Prinzips des Wirtschaftssystems.³²⁸

Persönlich sind sowohl natürliche als auch juristische Personen erfasst, was in der zu beurteilenden Situationen gegeben ist, da es vorrangig um Unternehmen geht.³²⁹ **Ausländer** werden ebenfalls geschützt, sofern sie niedergelassen sind und fremdpolizeilich (Art. 18 ff. AIG) oder durch einen Staatsvertrag einen Anspruch auf wirtschaftliche Tätigkeit in der Schweiz besitzen (Art. 5 FZA und Art. 17 ff. FZA). Nach dem BGer kann dies durch das FZA der Fall sein. Ob dies auch unabhängig vom FZA und namentlich in Bezug auf das WTO Recht gilt, liess das BGer offen und ist somit bis jetzt nicht endgültig geklärt.³³⁰

Nach der Meinung von DIEBOLD, die ich teile, sollten diese Grundsätze auch für ausländische Personen gelten, deren Marktzugangsanspruch sich auf einen anderen bilateralen oder multilateralen Staatsvertrag (bspw. GATS) beruht. Ferner sollten ausländische Unternehmen gem. Rechtsprechung des BGer zumindest über einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang verfügen (Art. 2 FZA, Art. XVII GATS). Wie daher zurecht behauptet wird, spricht nichts dagegen, die Wirtschaftsfreiheit auf alle auf dem Schweizer Markt tätigen ausländischen juristischen Personen zu übertragen. Die Unternehmen geniessen den Anspruch

³²⁶ M.w.H. HEIZMANN, S 79; LOACKER/BLUMER, S. 1067.

³²⁷ HEIZMANN, S. 79; LOACKER/BLUMER a.a.O.; vgl. Votum Walti Beat, AB 2020 N 231; NZZ Nr. 268 vom 16. November 2024 S. 1 und 23 zu den Problematiken mit Billigprodukten aus China.

³²⁸ BIAGGINI, S. 17; m.w.H. KIENER/KÄLIN, Nr. 1500 ff.; DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 148 ff.

³²⁹ BGE 137 I 167 E. 3.1 S. 172; KIENER/KÄLIN, Nr. 1508.

³³⁰ Vgl. BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 225 ff.; DIEBOLD, Habil., Nr. 332 f.; DUBEY, Nr. 2785; KIENER/KÄLIN, Nr. 1509 f.; DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 153; UHLMANN, BSK BV, N 30 zu Art. 27 BV.

ohnehin bereits, falls sie eine Niederlassung in der Schweiz besitzen. Das Vorhandensein einer schweizerischen Niederlassung darf m.E. keine Voraussetzung der Anwendung der Wirtschaftsfreiheit sein, was aber faktisch so ist, wenn nur ausländische Unternehmen mit Schweizer Niederlassungen in den Anwendungsbereich fallen.³³¹ Zudem spricht für diese Argumentation der menschenrechtliche Gehalt des Art. 27 BV und der pragmatische Aspekt, da die Ausdehnung des Marktzutrittsrechts auf Ausländer auch Wohlfahrtsgewinne mit sich bringt.³³² Das FHA sollte daher als Rechtsgrundlage genügen, denn das Abkommen beinhaltet ein Recht zum freien Warenhandel, was aber nicht gänzlich eindeutig ist (Art. 1 FHA).³³³

Sachlich sind nur privatwirtschaftlich tätige Personen erfasst. Wer öffentliche Aufgaben erfüllt, darf die Wirtschaftsfreiheit nicht geltend machen.³³⁴ Dies ist grds. i.c. der Fall.

Die beiden Bestimmungen **beruhen unmittelbar den Wettbewerb** als Schutzobjekt. Staatliche Marktregulierungen (wie Preisvorschriften, usw.) können den Wettbewerb als Ordnungsprinzip in verschiedenen Weisen verletzen. Preisvorschriften und anderen starken Eingriffen verletzen regelmässig die Systemgarantie (Art. 94 BV) als auch die Individualfreiheit (Art. 27 BV). Die Individualfreiheit schützt den freien Zugang zum Markt der Unternehmen und die freie Gestaltung der Wettbewerbsparameter durch die Unternehmen.³³⁵

Gem. dem BGer wird zudem die **Gleichbehandlung der Konkurrenten** nach Art. 27 BV gewährleistet. Dieser individualrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung zwischen direkten Konkurrenten entspricht dem systembezogenen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.³³⁶

Die Gleichbehandlung der Konkurrenten gilt zwischen direkten Konkurrenten, wenn sie der gleichen Branche angehören, wenn sie sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten und zur Befriedigung der gleichen Bedürfnisse beitragen.³³⁷ Damit der Anspruch auf Gleichbehandlung gewahrt wird, sollten Regeln für einen fairen und unverfälschten Wettbewerb festgesetzt werden. Dieser individualrechtliche Teilgehalt und das Gebot der Wettbewerbsneutralität haben gem. BGer daher eine «*Scharnierfunktion*».³³⁸

Weiterhin fraglich bleibt aber die Bestimmung eines allfälligen Eingriffs in das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten. In den Anwendungsfällen von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG liegt dieser Eingriff nicht vor. Von der Konzeption des Tatbestands aus wird zur Bejahung der Missbräuchlichkeit der Handlungen mind. die Abhängigkeit vom ausländischen Anbieter sei-

³³¹ DIEBOLD, Habil., Nr. 332 f.

³³² MARTENET, CR BV, N 33 zu Art. 27 BV; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 53 zu Art. 27 BV.

³³³ Vgl. DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 291.

³³⁴ KIENER/KÄLIN, Nr. 1511; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 10 zu Art. 27 BV

³³⁵ DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 149 f.; vgl. Kap. 5.1.1.

³³⁶ DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 150; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 29 ff. zu Art. 27 BV.

³³⁷ Vgl. BIAGGINI, S. 24 f.; MARTENET, CR BV, N 74 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 64 zu Art. 27 BV; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 32 zu Art. 27 BV.

³³⁸ BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385; Vgl. BIAGGINI, S. 17; MARTENET, CR BV, N 73 zu Art. 27 BV; DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 150; VALLENDER/HETTICH, SG-Komm, N 29 ff. zu Art. 27 BV.

tens des schweizerischen Unternehmens verlangt. Die Anforderung dieser qualifizierten Markstellung erstellt m.E. eine relevante Eingriffsschwelle und verleiht der Bestimmung einen wettbewerblichen Bezug.³³⁹ Nach HAKTANIR würde das Fehlen dieser Voraussetzung einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschafts- und Vertragsfreiheit der Unternehmen darstellen.³⁴⁰ Ausserdem sieht die relative Markmacht vor, dass der Nachfrager wegen der relativ stärkeren Markstellung des Anbieters keine Ausweichmöglichkeiten (Abhängigkeit) haben darf und damit auch keine Wahl vorliegt. Dadurch **fehlt de facto Konkurrenz**, sodass per Definition kein Eingriff in die Gleichbehandlung der Konkurrenten vorliegen kann.

Im Kontrast dazu kann durch Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG der untersuchte Teilgehalt tangiert sein. Die Bestimmung kodifiziert ein **umfassendes Preisdiskriminierungsverbot** und sieht keine Voraussetzung für die Markstellung oder für das Marktversagen vor. Da Unternehmen derselben Branche als direkte Konkurrenten bezeichnet werden können, wenn sie auf das gleiche Publikum Offerten über identischen Produkten zur Befriedigung derselben Bedürfnisse richten, kann folglich Konkurrenz vorliegen. Die Ungleichbehandlung könnte sodann auch zwischen europäischen Unternehmen bestehen, die in der Schweiz anbieten. Ein deutsches und ein französisches Unternehmen dürfen die Schweizer Nachfrager «nicht mit dem Preis diskriminieren» und müssen daher für die Schweizer Offerte den gleichen schweizerischen Preis anbieten. Die Unternehmen müssen ihre Offerte grds. auf ihr eigenes internes Preisverhältnisse anpassen, aber sie kommen aus Ländern mit unterschiedlichen Preisniveaus, was sich normalerweise auf die Preisbestimmung auswirkt. Rechtlich würden Unternehmen aus verschiedenen Ländern durch die UWG-Vorschrift gleichbehandelt, da sie die gleiche Vorschrift einhalten müssten und derselben Ungleichbehandlung bzw. Position unterlägen. Es könnte aber trotzdem zu einem faktischen Eingriff³⁴¹ führen, da die Preisniveaus innerhalb der Länder individuell sind und sich dies in der Wirkung auf die Profitmarge der Unternehmen niederschlägt, was zu einer ungleichen wirtschaftlichen Positionierung führt.

Des Weiteren ist zu erwähnen, dass im Falle einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle in die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen mehrfach eingegriffen wird, da ihre Vertragsfreiheit (*i.c.* durch Kontrahierungs- und Konditionenzwang) und Preissetzungsfreiheit tangiert wird, in dem die individuelle Wahl der Gegenleistung im Einzelfall eingeschränkt wird.³⁴² Auch im Falle von Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG würde die Vertragsfreiheit durch einen allfälligen Kontrahierungszwang in Form einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit tangiert werden. Dies lässt sich aus dem Wortlaut ableiten, der die Zahlungsbedingungen erfasst.³⁴³

³³⁹ HAKTANIR, Einschränkung, S. 65; HAKTANIR, Diss., Nr. 405.

³⁴⁰ HAKTANIR, Einschränkung a.a.O.

³⁴¹ Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.2.2 S. 386 f.; UHLMANN, BSK BV, N 65 zu Art. 27 BV

³⁴² BUCHSER, Nr. 104; vgl. auch Kap. 4.2.

³⁴³ Vgl. Kap. 5.1.2.

Aufgrund der bisherigen Ausführungen ist daher festzustellen, dass die Wirtschaftsfreiheit tangiert ist. Es gilt folglich zu prüfen, ob der Eingriff rechtmässig ist. Der Kerngehalt des Grundrechts wird *in casu* nicht berührt (Art. 27 und 36 Abs. 4 BV).³⁴⁴ Nachdem die gesetzliche Grundlage (Art. 101 BV) sowie das öffentliche Interesse der Massnahme bereits untersucht wurden,³⁴⁵ ist es letztlich erforderlich, die Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Die Eignung einer Massnahme ist gegeben, wenn sie den angestrebten Zweck fördert, wobei es nicht erforderlich ist, dass es sich um das optimale Mittel handelt.³⁴⁶ Zunächst ist zu prüfen, ob der Eingriff geeignet ist, die im öffentlichen Interesse liegende Ziele der Fair-Preis-Initiative, der Wohlfahrt und der schweizerischen Wirtschaft im Ausland zu erreichen.

Meiner Meinung nach ist die Eignung dieser Regelungen höchst fraglich. Am Anfang dieser schriftlichen Arbeit habe ich andere Massnahmen zitiert, die die Bekämpfung der Hochpreisinsel anvisieren. Zu denken ist an die Bestimmungen des THG und des MRA über den Abbau von technischen Handelshemmnissen im Rahmen des FHA zur gegenseitigen Anerkennung der technischen Vorschriften und Konformitätsverfahren, die Einführung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips (Art. 16a ff. THG), und die einseitige Abschaffung der verbliebenden Grenzmassnahmen wie z.B. Zöllen und Kontingente. Dies sind nur einige Beispiele, die (vielversprechendere) Resultate in dieser Hinsicht zeigen.³⁴⁷ Die Wirksamkeit der beiden Bestimmungen des KGs und UWG ist nicht bewiesen und unterlag verschiedene Kritiken und Zweifel noch bevor deren Einführung.³⁴⁸ Die Einführung dieser Regulierungsmassnahmen könnte sich m.E. ausserdem als kontraproduktiv erweisen und dazu führen, dass die Anbieter im Ausland abgeschreckt werden und auf die Bedienung des Schweizer Marktes verzichten, da sie die Herausforderungen, die mit der Behandlung des kleinen Schweizer Marktes einhergehen, als nicht lohnenswert erachten. Als Folge könnte sich die Offerte der Güter vermindern und die Preise erhöhen.³⁴⁹ Aufgrund dieser Argumente könnten sich die Regelungen nicht nur ungeeignet zeigen, sondern auch potenziell kontraproduktiv sein.

Auch die Erforderlichkeit des Eingriffs ist m.E. fraglich. Die Massnahme ist als erforderlich einzustufen, wenn es kein alternatives, milderes Mittel gibt, welches den Zweck im gleichen Masse zu fördern vermag und es in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendigste hinausgeht.³⁵⁰ In meinen vorherigen Ausführungen habe ich Beispiele für Massnahmen aufgeführt, die sich in Bezug auf die Bekämpfung der Hoch-

³⁴⁴ KIENER/KÄLIN, Nr. 1543.

³⁴⁵ Vgl. Kap. 5.1.1.

³⁴⁶ KIENER/KÄLIN, Nr. 403 und 1598.

³⁴⁷ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4894 f.

³⁴⁸ Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4878; BIRKHÄUSER/CONSTAM, SHK UWG, N 17 zu Art. 3a UWG.

³⁴⁹ BÜHLMANN, Webinar Drei Jahre Anti-Geoblocking-Regulierung im UWG, Min. 14:39 ff.

<lexcausae.blog/drei-jahre-anti-geoblocking-regulierung-in-der-schweiz> (besucht am: 06. Januar 2025); vgl. HAKTANIR, Diss., Nr. 530; DIEBOLD/RÜTSCHKE, S. 6 f.

³⁵⁰ KIENER/KÄLIN, Nr. 408 ff. und 1598.

preisinsel Schweiz als wirtschaftlich besonders effektiv erweisen, gleichzeitig aber weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, als die zu besprechenden Bedingungen. Meiner Ansicht nach könnte man die Erforderlichkeit des Eingriffs u.U. daher verneinen.³⁵¹

Die Massnahme muss schliesslich für die betroffene Person zumutbar sein. Zumutbar ist eine Massnahme, wenn sie angemessen im Verhältnis zum angestrebten Ziel steht. Für die Zumutbarkeit braucht es also eine angemessene Mittel-Zweck-Relation, demnach muss zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung abgewogen werden.³⁵²

M.E. muss man in diesen Punkt zwischen den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und von Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG unterscheiden. Das KG sieht das Erfordernis der relativen Marktmacht vor, um die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens und damit auch die Zulässigkeit des Eingriffs in der Wirtschaftsfreiheit zu begründen.³⁵³ Im Art. des UWGs ist der Tatbestand so weit formuliert, dass er keine speziellen Anforderungen an die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens ansetzt und damit als ein umfassendes Preisdiskriminierungsverbot gilt. Dieses Verbot greift so weit in die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen ein, dass es als unzumutbar erscheint. Meiner Ansicht nach ist die mangelnde Missbrauchsschwelle ein Indiz dafür, dass die angemessene Mittel-Zweck-Relation in Zweifel gezogen werden sollte. Zudem kann die Zumutbarkeit weiter dadurch beeinträchtigt werden, dass ausländische Unternehmen es aufgrund der Regelung vorziehen könnten, in der Schweiz nicht anzubieten und so den Markt beeinträchtigen. Damit ist die Zumutbarkeit m.E. nicht gegeben und in der Folge wird die Verfassungsmässigkeit der Regelungen in Frage gestellt, wenn nicht sogar verneint.

Da die behandelten Regelungen in Bundesgesetzen enthalten sind (vgl. Art. 190 BV), ist es *i.c.* unwahrscheinlich, dass die Gerichte ihre Verfassungsmässigkeit prüfen werden. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass eine solche Prüfung zukünftig vorgenommen wird, trotz unterstützenswerter Ansätze in der Lehre, die für ein Prüfungsgebot plädieren.³⁵⁴

6. Schlussbemerkungen

Die untersuchte Hochpreis-Problematik berührt verschiedene Aspekte des wirtschaftlichen Substrats der Schweiz und des Alltags massiv. Während dem Verlauf dieser Arbeit konnten nur einigen «Hotspots» der Bestimmungen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und Art. 3a UWG analysiert werden, die bewusst gewählt wurden, um die Komplexität der Tatsachen, des Gesetzge-

³⁵¹ A.M. ZÄCH, 408 f.; Stiftung für Konsumentenschutz, Fair-Preis-Initiative zeigt Wirkung: Bücher werden in der Schweiz günstiger, <www.konsumentenschutz.ch> Aktuell (besucht am: 23. Januar 2025).

³⁵² KIENER/KÄLIN, Nr. 418 f. und 1598.

³⁵³ HAKTANIR, Einschränkung, S. 65; vgl. BUCHSER, Nr. 651 ff.: Die durch relative Marktmacht bedingte individuelle Wettbewerbsbehinderung führt nicht automatisch zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung; REINERT, S. 187 zur Diskussion über die Missbräuchlichkeit im Ständerat.

³⁵⁴ U.a. BGE 146 V 271 E. 8.2 S. 289; EPINEY, BSK BV, N 8, 21 f. und 35 zu Art. 190 BV; LOOSER, SG-Komm, N 10 und 15 zu Art. 190 BV; TSCHANNEN, Nr. 101; vgl. Botschaft Fair-Preis-Initiative, S. 4932: GATT und FHA werden von der Initiative nicht verletzt.

ungsprozesses und Regelungen aufzuzeigen. Um ein besseres Verständnis von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG zu erhalten, wurde die unbestimmte Voraussetzung der dortigen branchenüblichen Bedingungen untersucht. Diese Bedingungen sind eine Reihe von Konditionen, die von ausländischen Unternehmen sektorenspezifisch für identische Produkte und Dienstleistungen gewährt werden. Sie werden i.d.R. nicht individuell verhandelt, sind vielfältig (betreffen u.a. Liefer- und Garantiebedingungen, Retourenrechte, Werbung, etc.) und sind von verschiedenen Faktoren abhängig (m.w.H. Kap. 3). Schon der Nachweis dieser Bedingungen ist mit einigen Schwierigkeiten verbunden und obliegt vor allem dem Nachfrager. Im Moment steht nicht fest, inwiefern die Unternehmen im Ausland «dem Zwang» der WEKO unterstehen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann die WEKO völkerrechtlich nämlich kaum Verwaltungszwang (bspw. Untersuchungen vor Ort) durchsetzen. Noch weitere Problematiken zeigt das Kartellzivilprozessrecht auf. Die Sachverhalte der relativen Marktmacht weisen per Definition einen individuellen Charakter auf. Die beiden beteiligten Unternehmen haben generell eine grössere Kenntnis über die Sachlage, was zu einer Komplikation für die Behörden führt. Nach der im Kap. 4 vorgenommenen Auslegung des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG lässt sich daher feststellen, dass der Tatbestand kein Lieferpflicht für ausländische Unternehmen vorschreibt. Aus diesem Art. kann aber eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Unternehmen in der Form eines Kontrahierungs- und Konditionenzwanges subsumiert werden. Dasselbe gilt m.E. für den Art. 3a Abs.1 lit. a UWG. Die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den zwei Art. wurden in Kap. 5.1 näher untersucht. Sie haben einige Gemeinsamkeiten (z.B. die zahlreichen Schwierigkeiten während der Beweisführung), da sie parallel und für die parallele Anwendung konzipiert wurden. Unterschiedlich bleiben aber u.a. Aspekte des Anwendungsbereichs der beiden Normen, ihre Rechtsdurchsetzung (das KG kennt sowohl das Verwaltungs- als auch das Zivilverfahren, das UWG nur das Zivilverfahren), usw. Viele Rechtsfragen bleiben daher offen. Da die Regelungen nur seit wenige Jahren in Kraft getreten sind, bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung dahingehend entwickelt. In Abhängigkeit zur Rechtsprechung und eventuell *de lege ferenda* wird sich demnach zeigen, welcher Erfüllungsgrad die Rechtsnormen bei der Bekämpfung der Hochpreisproblematik aufweisen. Leider lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt festhalten, dass die Preise im Vergleich zu unseren Nachbarländern nicht gesunken sind (was auch nicht durch Konjunktur, Krieg, etc. zu begründen ist). Folglich wird die Eignung der behandelten Art. aus verschiedenen Gründen angezweifelt (Kap. 5.2), da sie kaum nachweislich einen Beitrag zur Verringerung der Preisen leisten, sich gleichzeitig aber negativ auswirken können. Zusätzlich sind sie fälschlicherweise dem Art. 96 BV statt Art. 101 BV zugeordnet worden und verstossen ausserdem gegen wichtige Prinzipien der Bundesverfassung (Wirtschaftsfreiheit, Gleichbehandlung der Konkurrenten und Wettbewerbsneutralität). Für die Preissenkung bleibt daher der bilaterale Weg entscheidend.