

§ 9: Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz

Inhaltsübersicht

I. Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz	223
A. Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft	223
B. Zweispurigkeit des Wettbewerbsrechts	224
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen	225
D. Gesetzliche Grundlagen	226
1. Kartellrecht	227
2. Preisüberwachungsrecht	229
3. UWG	230
II. Kartellrechtlicher Konsumentenschutz	231
A. Konsumenten in der Wettbewerbsordnung	232
1. Wettbewerb als Mittel oder als Zweck?	232
2. Institutions- oder Individualschutz?	234
B. Regelungsprinzipien des Kartellrechts	235
1. Wettbewerbsabreden	235
2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	236
3. Zusammenschlusskontrolle	238
4. Preisüberwachung	239
C. Standort der Konsumenten in KG und PüG	239
1. Kartellgesetz	239
2. Preisüberwachung	243
D. Reformbedarf im Kartellrecht aus Konsumentenperspektive	244
III. Lauterkeitsrechtlicher Konsumentenschutz	245
A. Geschäftsmoral und Funktionsschutz	245
B. Regelungsprinzipien des Lauterkeitsrechts	246
1. Unlauteres Verhalten gegenüber Kunden	247
2. Unlauteres Verhalten gegenüber Wettbewerbern	248
B. Standort der Konsumenten im UWG	250
1. Zivilrecht	250
2. Verwaltungs- und Strafrecht	252
C. Reformbedarf im UWG aus Konsumentenperspektive	252
IV. Komplementarität von Wettbewerbs- und Konsumentenrecht	253

I. Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz

A. Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft

Welchen Nutzen haben die Konsumenten vom Wettbewerbsrecht? Die Antwort auf diese Frage hängt eng mit dem wirtschaftspolitischen Grundentscheid zugunsten der Marktwirtschaft zusammen. Die historische Erfahrung zeigt, dass marktwirtschaftliche Systeme der Planwirtschaft weit überlegen sind, da sie eine effiziente Faktoralloka- 9.1

tion ermöglichen, für hohe Anpassungsgeschwindigkeit sorgen und die Hervorbringung von Innovationen begünstigen. Der dahinterstehende Mechanismus ist das Wettbewerbsprinzip: Dadurch, dass Unternehmen ständig versuchen, sich gegenseitig zu überflügeln, kommen die Abnehmer in den Genuss von Produkten, die so billig, qualitativ hochstehend und innovativ wie möglich sind. Die Unternehmen haben einen Anreiz, nur das herzustellen, was am Ende von den Konsumenten auch nachgefragt wird. Aus diesem Zusammenhang leitet sich der Grundsatz der *Konsumentensouveränität* ab: Nicht eine übergeordnete Planungsinstanz, sondern die Konsumenten entscheiden letztlich darüber, in welche Verwendungen die knappen Produktionsfaktoren fließen.¹ Die Parallele zum Demokratieprinzip ist augenfällig: So wie im politischen Bereich die Staatsgewalt vom Volk ausgeht, entscheiden in der Marktwirtschaft letztlich die Konsumenten.²

- 9.2 Wird der Wettbewerb beschränkt oder verfälscht, verlieren die Konsumenten ihre Souveränität. So ist für die Wettbewerbsordnung der aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage resultierende Preis von entscheidender Bedeutung: Er bildet die Knappheitsverhältnis ab und dient den Akteuren als Entscheidungsgrundlage.³ Ist der Wettbewerb eingeschränkt, sendet der Preis Fehlsignale über die Knappheitsverhältnisse aus. Es kommt zu Preisen oberhalb der Grenzkosten, was die Mengen und die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt reduziert.⁴ Ähnlich nachteilig ist die Verfälschung des Wettbewerbs durch täuschendes Verhalten. Unrichtige oder irreführende Informationen begründen die Gefahr nachteiliger Entscheidungen, die ebenfalls mit einer Wohlfahrtseinbusse einhergehen.

B. Zweispurigkeit des Wettbewerbsrechts

- 9.3 Das Wettbewerbsrecht hat die Aufgabe, solchen Fehlentwicklungen entgegenzusteuern. Es ist traditionell zweigeteilt: Das Kartellrecht schützt den freien Wettbewerb, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb (i.F. häufig *Lauterkeitsrecht* genannt) den fairen Wettbewerb. Zum Kartellrecht gehören das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) und das Preisüberwachungsgesetz (PüG). Zum Lauterkeitsrecht gehören das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und die Verordnung über die Bekanntmachung von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV). Das Lauterkeitsrecht ist älter als das Kartellrecht: Das erste UWG stammt aus dem Jahr 1943,⁵ während das erste Kartellgesetz erst 1962 erlassen wurde,⁶ zudem weitgehend wirkungslos blieb.

1 AVERITT/LANDE, 65 *Antitrust Law Journal* 713 (1997).

2 HEINEMANN, in: OJHA/VULLIEMIN, 45.

3 VON HAYEK, 35 *American Economic Review*, 519 ff. (1945).

4 Zu den wirtschaftlichen Folgen der Kartellierung s. beispielsweise BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 99 ff.

5 Zur Geschichte des UWG s. THIER, in: HEIZMANN/LOACKER, *Historische Entwicklungen*, § 2 N 13 ff.

6 Zur Geschichte des KG s. KLEY, in: ZÄCH et al., Vor Art. 1 KG N 41 ff.

Die Unterschiede in der historischen Akzeptanz der beiden Rechtsgebiete hängen mit der verschiedenen Eingriffsintensität zusammen. Während es leicht vermittelbar ist, warum Unternehmen im Wettbewerb nicht täuschen oder zwingen sollen (UWG), schränken Regeln gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und über die Kontrolle von Zusammenschlüssen (KG) Handlungsmöglichkeiten stark ein. Es bedurfte einer längeren Entwicklung, um auf die Komplexität des *Freiheitsparadoxons* angemessen zu reagieren: Freiheit sollte nicht in einem Umfang gewährt werden, der auch die Abschaffung dieser Freiheit beispielsweise durch Kartellabreden umfasst.⁷ Das Kartellrecht schränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht grundatzwidrig ein, sondern zielt darauf, sie nachhaltig zu sichern.⁸ Es reagiert damit auf die Fragilität des Wettbewerbssystems: Wie bereits ADAM SMITH erkannte, ist der Wettbewerb in hohem Mass der Gefahr der Kartellbildung ausgesetzt.⁹ Es ist eine wichtige staatliche Aufgabe, diesem Risiko entgegenzusteuern.¹⁰ 9.4

C. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die totalrevidierte Bundesverfassung von 1999 (die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist) hat auf diesen Zusammenhang reagiert. Während der Bund nach der alten Bundesverfassung lediglich zur Kartellgesetzgebung «befugt» war, «erlässt» der Bund gem. Art. 96 Abs. 1 BV nun solche Vorschriften. Nach dem «Wettbewerbsartikel» besteht also eine klare Verpflichtung des Bundesgesetzgebers, aktiv gegen die Kartellbildung und andere Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen.¹¹ Eine andere wichtige Änderung besteht darin, dass der Vorbehalt, zu diesem Zweck nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, in der Neuformulierung entfallen ist. Die Bundesverfassung akzeptiert also das Freiheitsparadoxon auch auf wirtschaftlichem Gebiet, «denn Ziel der Wettbewerbspolitik ist die Sicherung einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung; sie dient der Stützung und Stärkung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit»¹². Wettbewerbsgesetzgebung und Wirtschaftsfreiheit verfolgen also dasselbe Ziel.¹³ Schliesslich hat Art. 96 BV die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Kartell-, Preisüberwachungs- und Lauterkeitsrecht in einer Vorschrift zusammengeführt. 9.5

Inhaltlich fällt am Wettbewerbsartikel auf, dass er für das Kartellrecht (nicht aber in Bezug auf das Lauterkeitsrecht) als «Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive»¹⁴ 9.6

7 S. SCHLUEP, AJP 1996, 795, 808: «Nun ist aber Wettbewerb rechtlich nichts, aber auch gar nichts anderes als juristisch vor Selbstaufhebung bewahrte Freiheit.»

8 HEINEMANN, ZSR 135 I, 431, 453 ff.

9 SMITH, *Wealth of Nations*, 152.

10 MIKSCH, Wettbewerb.

11 Bot. BV, BBl 1997 I, 1, 301.

12 Bot. BV, BBl 1997 I, 1, 301.

13 S. hierzu näher HEINEMANN, in: ZÄCH et al., Nach Art. 1 KG N 85 ff.

14 BGE 143 II 297, 322 f.

ausgestaltet ist. Art. 96 Abs. 1 BV räumt dem Bund nämlich nicht lediglich die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Kartellrechts ein, sondern stellt gleichzeitig inhaltliche Anforderungen auf: Der Bund soll nämlich «Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» erlassen.¹⁵

- 9.7 Gerade auch im Hinblick auf den Konsumentenschutz stellt sich die Frage, was mit dieser Vorgabe gemeint ist. Während der Formulierung teilweise immer noch das kartellfreundliche Missbrauchsprinzip entnommen wird, ist die Vorschrift richtigerweise als «Zielnorm» zu interpretieren, die dem Gesetzgeber das Ziel vorgibt, Schaden von Wirtschaft und Gesellschaft fernzuhalten, ihm die Wahl der hierfür erforderlichen Mittel aber anheimstellt.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass bereits mit der Vereinbarung wettbewerbsfeindlicher Kernbeschränkungen und nicht erst mit deren Praktizierung ein wettbewerbsfeindliches Klima geschaffen wird, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist.¹⁷ Die konsequentere Kartellbekämpfung kommt gerade auch den Konsumenten zugute.
- 9.8 Aus der Perspektive des Konsumentenschutzes ist hervorzuheben, dass ursprünglich (nämlich im Verfassungsentwurf von 1995) vorgesehen war, die Bundeskompetenz für den Konsumentenschutz in den Wettbewerbsartikel der Bundesverfassung zu integrieren.¹⁸ Letztlich blieb es aber, wie schon in Art. 31^{sexies} der alten Bundesverfassung, bei einem eigenen Konsumentenschutzartikel, nämlich Art. 97 BV.¹⁹ Die Botschaft zur Bundesverfassung erwähnt die Kritik an der «Marginalisierung» des Konsumentenschutzes aufgrund der «Unterbringung im Wettbewerbsartikel» und spricht sich für eine separate Bestimmung aus, denn die «berührten Fragen betreffen mehr als nur die Wettbewerbspolitik»²⁰.
- 9.9 Der Konsumentenschutzartikel stellt in Art. 97 Abs. 2 Satz 2 BV einen direkten Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht her, indem er den Konsumentenorganisationen «im Bereich der Bundesgesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb die gleichen Rechte [...] wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden» einräumt. Für das Kartellrecht findet sich eine solche Garantie nicht, worauf zurückzukommen sein wird (s.u. N 9.62).

15 Die Einräumung der Bundeskompetenz zur Preisüberwachung verbindet Art. 96 Abs. 2 lit. a BV mit dem Auftrag, «Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts» entgegenzutreten.

16 Vgl. Bot. KG 1995, BBl 1995 I, 468, 501 f. Zum Ganzen s. HEINEMANN, in: ZÄCH et al., Nach Art. 1 KG N 94 ff. *De lege ferenda* sollte Art. 96 BV geändert, nämlich die materielle Direktive entfernt werden, s. HEINEMANN, in: FS Mader, 179, 182.

17 BGE 143 II 297, 324.

18 Und zwar im Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht. Art. 78 Abs. 3 VE 95 lautete: «Er [scil. der Bund] trifft Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb sowie zum Schutze der Konsumentinnen und Konsumenten.»

19 S. HETTICH § 1 in diesem Band.

20 Bot. BV, BBl 1997 I, 1, 302.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bundesverfassung – entgegen dem Vor- 9.10
entwurf von 1995 – klar zwischen Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV) und Konsumenten-
schutz (Art. 97 BV) unterscheidet. Es bestehen aber Verbindungslinien, die auch durch
die unmittelbare Nachbarschaft der beiden Vorschriften betont werden. Der Blick auf die
gesetzlichen Grundlagen lässt diese Zusammenhänge noch klarer hervortreten.

D. Gesetzliche Grundlagen

Im Folgenden sollen Ingress und – soweit vorhanden – Zweckartikel der zentralen wett- 9.11
bewerbsrechtlichen Gesetze auf ihren konsumentenschutzrechtlichen Bezug untersucht
werden. Die hier getroffenen Grundaussagen sind aufschlussreich für das Verhältnis von
Wettbewerbs- und Konsumentenschutzrecht. Eine nähere Untersuchung der Stellung der
Konsumentinnen und Konsumenten im Wettbewerbsrecht ist an dieser Stelle noch nicht
beabsichtigt. Sie folgt in den Teilen II. und III., die den kartellrechtlichen und den lauter-
keitsrechtlichen Konsumentenschutz konkretisieren.

1. Kartellrecht

a) *Ingress des Kartellgesetzes*

Das Kartellgesetz führt in seinem Ingress vier verfassungsrechtliche Grundlagen auf, und 9.12
zwar neben Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht), Art. 96 BV (Wettbewerbs-
artikel) und Art. 122 BV (Zivilrecht) auch Art. 97 Abs. 2 BV, also den Konsumenten-
schutzartikel, allerdings nur den zweiten Absatz, der die Rechtsmittel von Konsumenten-
organisationen betrifft. Die grundlegende Programmaussage in Art. 97 Abs. 1 BV zum
Konsumentenschutz wird also vom Kartellgesetz nicht in Bezug genommen. Das Kartell-
gesetz von 1985 und das Kartellgesetz von 1995 in seiner ursprünglichen Fassung ver-
zichteten noch vollständig auf die Erwähnung des verfassungsrechtlichen Konsumenten-
schutzes. Der Bezug auf Art. 97 Abs. 2 BV wurde erst durch die KG-Revision von 2003 in
den Ingress des Gesetzes aufgenommen und geht auf eine kontroverse Abstimmung in
der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats zurück.²¹

Die isolierte Bezugnahme auf Art. 97 Abs. 2 BV wird überwiegend kritisiert, gar als 9.13
gesetzgeberischer Fehler qualifiziert.²² Die Konsumentenschutzorganisationen haben im
Kartellrecht nämlich gar keine Rechtsmittel: Nach Art. 43 Abs. 1 lit. c KG können sie
lediglich ihre Beteiligung an einer kartellrechtlichen Untersuchung anmelden. Ein ideel-
les Verbandsbeschwerderecht ist mit diesem Status nicht verbunden.²³ Aus den im Fol-
genden gemachten Ausführungen folgt, dass der Bezug auf Art. 97 BV nicht etwa zu strei-
chen ist; vielmehr sollte der Verweis auf den gesamten Konsumentenschutzartikel (oder

21 S. die Nachweise bei HEIZMANN, Unternehmen, N 73.

22 S. z.B. CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Intro. LCart N 114; MOECKLI, in: ZÄCH et al., Art. 1
UWG N 26.

23 BSK KG-BILGER, Art. 43 N 19; WYSSLING/BICKEL, in: ZÄCH et al., Art. 43 KG N 22.

zumindest seinen ersten Absatz) ausgedehnt werden.²⁴ Im Zuge der 2014 gescheiterten KG-Revision wurde ein solcher Anlauf bereits einmal gemacht.²⁵ Immerhin lässt sich der geltenden Rechtslage entnehmen, dass das Kartellgesetz auch Konsumenteninteressen dient.²⁶ Insofern kann selbst ein fehlerhafter Verweis Nutzen stiften.

b) Zweckartikel

- 9.14 Das Kartellgesetz bezweckt nach Art. 1, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Mit dieser Formulierung nimmt der Zweckartikel einerseits die «materielle Direktive» von Art. 96 Abs. 1 BV auf (zu ihrer Problematik s. bereits oben N 9.6), andererseits fügt er einen (in der Verfassung nicht vorhandenen) Systementscheid für Wettbewerb und Marktwirtschaft hinzu.
- 9.15 Das Kartellgesetz von 1995 hat durch das eindeutige Bekenntnis zum Schutzobjekt «wirksamer Wettbewerb» einen Paradigmenwechsel vollzogen: Während nach dem Kartellgesetz von 1985 der Stellenwert des Wettbewerbs noch stark relativiert war, es nämlich lediglich darum ging, «dem Interesse an wirksamem Wettbewerb erhöhtes Gewicht beizumessen», das aber immer im Zusammenhang mit dem «Gesamtinteresse» zu bewerten war,²⁷ enthält das aktuelle Kartellgesetz einen ordnungspolitischen Grundentscheid für eine kartellfreie Wirtschaft, die allen, nicht nur den Unternehmen, sondern auch den Konsumenten zugutekommen soll.²⁸ Die Abschaffung der Saldothese (Art. 29 KG 1985) unterstreicht den Eigenwert des Wettbewerbs: Nur wettbewerbsbezogene Faktoren dürfen bei der kartellrechtlichen Untersuchung berücksichtigt werden. Andere öffentliche Interessen sind dem Verfahren der Ausnahmegenehmigung durch den Bundesrat vorbehalten (Art. 8 und 11 KG).

c) Fazit

- 9.16 Das Kartellgesetz hat ein ambivalentes Verhältnis zum Konsumentenschutz. Einerseits erkennt der Gesetzgeber an, dass der Wettbewerb die besten Ergebnisse für alle Wirtschaftssubjekte, also auch die Konsumenten, hervorbringt. Andererseits hat er im Ingress zum Kartellgesetz zunächst auf einen Bezug zum Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung gänzlich verzichtet, diese Unterlassung dann durch die KG-Revision von 2003 halbherzig, nämlich durch einen Verweis auf den gar nicht einschlägigen zweiten

24 In diesem Sinn z.B. HEINEMANN, Durchsetzung, 125; CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Intro. LCart N 114; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 263 Fn. 427.

25 Bericht KG, 27 f.

26 HEIZMANN, Unternehmen, N 74.

27 Bot. KG 1981, BBl 1981 II, 1293, 1316.

28 Bot. KG 1995, BBl 1995 I, 468, 473; grundlegend zum Systemwandel BALDI, in: FS Blankart, 351 ff.; BALDI/SCHRANER, AJP 2015, 1529 ff.

Absatz von Art. 97 BV, korrigiert. Dieses konsumentenschutzrechtliche Trostpflaster veranschaulicht die konzeptionelle Unsicherheit des Kartellrechts: Entstanden aus der Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts, die das Persönlichkeitsrecht der Gewerbetreibenden in den Mittelpunkt stellte,²⁹ hat es sich zu einem selbständigen Rechtsgebiet mit ordnungspolitischem Anspruch entwickelt, das sich mit der Erweiterung des geschützten Personenkreises über die Unternehmen hinaus aber nach wie vor schwertut. Auf die Unzulänglichkeiten im Hinblick auf die Konsumenten und die hieraus abzuleitenden Forderungen wird zurückzukommen sein.

2. Preisüberwachungsrecht

a) *Ingress*

Das Preisüberwachungsgesetz nimmt in seinem Ingress lediglich auf den Preisüberwachungs- und den Strafrechtsartikel der alten Bundesverfassung Bezug (dem entsprechen heute Art. 96 Abs. 2 lit. a und Art. 123 BV). Im Vergleich zum KG fällt auf, dass Verweise auf den Konsumentenschutz- und den Zivilrechtsartikel der Bundesverfassung fehlen. Die Abwesenheit des Konsumentenbezugs ist erstaunlich: Es ist anerkannt, dass das Preisüberwachungsgesetz auch dem Konsumentenschutz dient: Es geht gerade auch um die Missbräuchlichkeit von Preisen im Verhältnis zu den Endverbrauchern.³⁰ Von der Möglichkeit der Publikumsmeldung wird intensiver Gebrauch gemacht. Im Gegensatz zur Rechtslage nach dem Kartellgesetz steht den Konsumentenorganisationen nach der ausdrücklichen Vorschrift in Art. 21 PüG sogar das Beschwerderecht zu, was einen Verweis auf Art. 97 Abs. 2 BV zwingend erforderlich machen würde. Wegen der konsumentenschützenden Zielrichtung des Gesetzes, die durch die direktdemokratischen Ursprünge noch einmal unterstrichen wird, ist die Aufnahme eines Gesamtverweises auf Art. 97 BV in den Ingress des Preisüberwachungsgesetzes zu fordern. 9.17

Die Abwesenheit eines zivilrechtlichen Bezugs ist hingegen folgerichtig: Das PüG setzt ganz auf die behördliche Durchsetzung durch den Preisüberwacher. Zivilrechtliche Ansprüche der Opfer von Preismissbräuchen sieht das Preisüberwachungsgesetz nicht vor. Sie sind auf das Kartellgesetz zu stützen (Art. 12 KG). Kompensation für überhöhte Preise wird allerdings dann erreicht, wenn der Preisüberwacher temporäre Preissenkungen oder die Verteilung von geldwerten Vorteilen an die Konsumenten durchsetzt. Eine solche Kompensation auf behördlichem Weg wird nach dem Kartellgesetz nicht praktiziert. 9.18

29 S. hierzu ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 144 ff.

30 S. beispielsweise CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 4 LSPR N 30, Art. 12 LSPR N 5; SHK PüG-WEBER, Art. 4 N 21, Art. 12 N 13; BVGer B-2050/2007 vom 24.2.2010 E. 11.3.3.2.

b) Zweck

- 9.19 Über einen Zweckartikel verfügt das Preisüberwachungsgesetz nicht. Dessen Zweck lässt sich wie folgt beschreiben: Im Gegensatz zu seinem konjunkturpolitisch ausgerichteten Vorgänger ist das Preisüberwachungsgesetz wettbewerbspolitisch ausgerichtet: Es schränkt die Freiheit ein, aufgrund von Absprachen und machtbefindlichen Verhaltensspielräumen die Preise beliebig hoch anzusetzen.³¹ Die Botschaft zum PüG formuliert markant: «Es handelt sich daher um eine Art Wettbewerbersatz-Politik, die den anerkannt besten Preisüberwacher, den Wettbewerb, ablöst.»³²
- 9.20 Das PüG ist also besonderes Kartellrecht, was auch an seinen Grundbegriffen deutlich wird: Art. 2 PüG knüpft an kartellrechtliche Kategorien an (Wettbewerbsabrede und Marktmacht), und Art. 12 Abs. 1 PüG definiert den Preismissbrauch als Situation, in der «die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind». Art. 12 Abs. 2 PüG umschreibt sogar den Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» (nämlich als die Möglichkeit, «ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen»). Für den grundlegenden Begriff des Kartellrechts findet man also Auskunft nicht im KG, sondern im PüG.

c) Fazit

- 9.21 Die «Vergesslichkeit» des Preisüberwachungsgesetzes in Bezug auf den Konsumentenschutz ist noch stärker ausgeprägt als beim Kartellgesetz. Ein Verweis auf den Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung fehlt völlig, obwohl die konsumentenschützende Zielrichtung im Preisüberwachungsgesetz noch stärker als im Kartellgesetz ausgeprägt ist. Die direktdemokratische Legitimation der Preisüberwachung, der Zuschnitt des Gesetzes auf die Person des Preisüberwachers und die Flexibilität seines Instrumentariums sorgen aber dafür, dass die praktische Anwendung des Preisüberwachungsgesetzes sehr konsumentennah erfolgt.

3. UWG

a) Ingress

- 9.22 Der Ingress des UWG nimmt neben den privatwirtschaftlichen, wettbewerblichen und zivilrechtlichen Kompetenzgrundlagen auch Art. 97 Abs. 1 und 2 BV in Bezug, scheut also nicht vor einem allgemeinen Bekenntnis zum Konsumentenschutz zurück. Die Bezugnahme rechtfertigt sich bereits dadurch, dass einige Spezialtatbestände des UWG direkt als Konsumentenschutzrecht zu qualifizieren sind (z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. k–u, Art. 4 lit. d

31 Zu Konzeption und Vorgeschichte des Preisüberwachungsgesetzes s. SHK PüG-WEBER, Überblick N 40 ff.

32 Bot. PüG, BBl 1984 II, 755, 795.

und Art. 8 UWG sowie Art. 16 und 16a UWG samt der Preisbekanntgabeverordnung).³³ Dies hängt damit zusammen, dass das UWG zu einem Auffangbehälter für Vorschriften geworden ist, für die man kurzfristig keinen anderen Gesetzesstandort finden konnte. Dies gilt in besonderem Mass für konsumentenschützende Regeln.³⁴

Der Verweis auf Art. 97 Abs. 2 BV ist für das UWG von besonderer Bedeutung, da dessen Satz 2 den Konsumentenorganisationen speziell für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb die gleichen Rechte einräumt, die auch den Berufs- und Wirtschaftsverbänden zustehen. Dieser Vorgabe ist der Gesetzgeber in Art. 10 Abs. 2 UWG nachgekommen. 9.23

b) Zweckartikel

Der allgemeine Verweis auf den Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung wird aber auch durch den Zweckartikel des UWG nahegelegt. Dieser ist den Konsumenten gegenüber offener formuliert als beispielsweise der Zweckartikel des Kartellgesetzes. Nach Art. 1 UWG bezweckt das Gesetz nämlich, «den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten». In subjektiver Hinsicht wird durch diese Formulierung der Schutz auf drei Gruppen erstreckt, nämlich die Unternehmen, die Konsumenten und die Allgemeinheit («Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts»)³⁵ Der Grundsatz der Dreidimensionalität ist keine Neuerung des UWG von 1986, sondern war bereits nach dem UWG von 1943 anerkannt.³⁶ Die Dreidimensionalität bringt zum Ausdruck, dass nicht nur Konkurrenten oder allgemein Unternehmen, sondern auch die Konsumenten durch das UWG geschützt werden sollen.³⁷ 9.24

c) Fazit

Der konsumentenschützende Charakter des UWG ist seit langer Zeit anerkannt. Einerseits finden sich «eigentliche» konsumentenschützende Vorschriften im UWG. Andererseits hat die «Dreidimensionalität» des Lauterkeitsrechts die Konsumenten in den persönlichen Schutzbereich des UWG einbezogen, auch soweit es um genuines Wettbewerbsrecht geht. Wie die folgenden Teile über den kartellrechtlichen und den lauterkeitsrechtlichen Konsumentenschutz zeigen werden, haben die konzeptionellen Unterschiede zwischen KG und UWG beträchtliche Auswirkungen auf den Status der Konsumenten in den beiden wettbewerbsrechtlichen Teilgebieten. Inhaltlich überzeugend ist dies nicht: 9.25

33 S. die (nicht völlig übereinstimmenden) Aufzählungen bei BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 118; SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 45; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale N 52.

34 Vgl. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale N 53; Das UWG als «réceptacle» und «loi fourre-tout» für diverse soziale Forderungen. Historische Einordnung der «konsumentenschutzrechtlichen Aufladung des UWG» bei THIER, in: HEIZMANN/LOACKER, Historische Entwicklungen, § 2 N 27.

35 Bot. UWG 1983, BBl 1983 II, 1009, 1058; SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 22.

36 HEIZMANN, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 1 UWG N 35.

37 HEIZMANN, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 1 UWG N 35.

Eine Annäherung sollte stattfinden, wobei sich das KG auf das über eine längere konsumentenschützende Tradition verfügende UWG zubewegen sollte.

II. Kartellrechtlicher Konsumentenschutz

- 9.26 Die Stellung der Konsumenten im Kartellrecht ist zunächst auf einer grundsätzlichen Ebene zu bestimmen (A.), bevor auf die Regelungsprinzipien des Kartellrechts (B.), den Standort der Konsumenten im Kartellrecht (C.) und den Reformbedarf (D.) einzugehen ist.

A. Konsumenten in der Wettbewerbsordnung

- 9.27 Die auf dem Wettbewerbsprinzip aufbauende Marktwirtschaft soll die besten Ergebnisse für alle, also auch für die Konsumenten hervorbringen.³⁸ Konsumenten werden durch das Kartellrecht, das den Wettbewerb gegen unzulässige Beschränkungen verteidigt, also «geschützt». Allerdings ist umstritten, wie «direkt» oder wie «normativ» dieser Zusammenhang ist. Im Folgenden ist zwischen zwei Dimensionen dieser Frage zu unterscheiden.

1. Wettbewerb als Mittel oder als Zweck?

- 9.28 Ist der Wettbewerb ein Mittel, um bestimmte Ziele wie z.B. wirtschaftliches Wohlergehen zu erreichen? Dann könnte der Schutz der Konsumenten ein direktes Ziel der Kartellgesetzgebung sein. Die an die Klassiker der Nationalökonomie anknüpfende Theorie der Wettbewerbsfreiheit wendet sich gegen einen solchen instrumentellen Einsatz von Recht.³⁹ In dieser Sicht ist der Wettbewerb ein ergebnisoffenes «Entdeckungsverfahren», das nicht auf bestimmte Ziele festgelegt werden darf.⁴⁰ Schützt man die Wettbewerbsfreiheit, sind optimale wirtschaftliche Ergebnisse das natürliche Resultat. Der Konsumentenschutz ist nach dieser Sichtweise lediglich eine Folge des Wettbewerbsschutzes, aber kein eigentliches Ziel des Wettbewerbsrechts.
- 9.29 Im Gegensatz zu der deontologisch ausgerichteten Theorie der Wettbewerbsfreiheit steht die utilitaristische Sichtweise, dass Wettbewerb und Wettbewerbsrecht direkt bestimmte Ziele ansteuern.⁴¹ Akzeptiert man diese Auffassung, stellt sich die Folgefrage, worin das

38 So ausdrücklich Section 1.1 des kanadischen Competition Act: «The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to [...] and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.» Insoweit wortgleich Section 2(b) des südafrikanischen Competition Act.

39 MESTMÄCKER, Legal Theory, 23; zum allgemeinen Zusammenhang s. KÜNZLER, Effizienz.

40 VON HAYEK, Wettbewerb.

41 Zur Problematik des Wettbewerbs als Ziel oder Mittel s. beispielsweise SCHMIDT/HAUCAP, Wettbewerbspolitik, 40 ff.

oder die Ziele bestehen.⁴² Die grösste Verengung hat dieser Ansatz durch die *Chicago School* erfahren, welche die Effizienz als das einzige Ziel des Wettbewerbsrechts postuliert. Zu klären bleibt dann lediglich noch die Anschlussfrage, ob die Kartellrechtsanwendung auf Konsumentenwohlfahrt oder aber auf die Gesamtwohlfahrt abstellen sollte.⁴³ Der Verabsolutierung des Effizienzziels stehen Ansätze gegenüber, welche die Ziele des Wettbewerbsrechts weiter fassen, z.B. allgemein auf menschliches Wohlergehen abstellen.⁴⁴ Häufig werden dies aber bloss mittelbare Ziele sein, sodass Nähe zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit besteht.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Synthese von Wettbewerb als Ziel und Mittel anzustreben.⁴⁵ Die kartellrechtlichen Tatbestände sollten Typisierungen vornehmen, die auf Erfahrungswerten beruhen und nicht zur Bestimmung der Wohlfahrtseffekte zwingen. Hier wird also der Wettbewerb als Prozess geschützt. Geht es aber um die Ausnahmen, so können Effizienzgewinne eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen, jedenfalls wenn nicht die Möglichkeit eröffnet wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Die neuere Rechtsprechung liegt ganz auf dieser Linie: Im Leitentscheid «Gaba» hat das Bundesgericht die grundsätzliche Erheblichkeit der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anerkannt und damit einen wirkungsbasierten Ansatz auf Tatbestandsebene abgelehnt.⁴⁶ Eine Effizienzrechtfertigung ist aber jederzeit möglich; ihr Stellenwert wird durch die neuere Rechtsprechung sogar aufgewertet.⁴⁷ 9.30

Hieraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass im Ausgangspunkt der Schutz der Konsumenten nicht das direkte, wohl aber das indirekte Ziel des Kartellrechts ist: Der Schutz des Wettbewerbs vor unzulässigen Beschränkungen sorgt dafür, dass es nicht zu überhöhten Preisen, schlechterer Qualität oder nachlassenden Innovationsanstrengungen kommt. Dies nützt auch den Konsumenten. Geht es um Ausnahmen von den kartellrechtlichen Verboten, können über die Effizienzrechtfertigung die Auswirkungen auf die Konsumenten auch direkt berücksichtigt werden. In der kartellbehördlichen Praxis hat sich die Konsumentenwohlfahrt als Leitprinzip durchgesetzt, was dem Anliegen des 9.31

42 S. die Diskussion in ZIMMER, *Goals of Competition Law*.

43 S. hierzu beispielsweise den Überblick bei MOTTA, *Competition Policy*, 17 ff.; eingehend EVANS, in: EZRACHI, 545 ff.; WERDEN, in: DREXL/KERBER/PODSZUN, 11 ff.

44 S. z.B. DÖRR/GOLDSCHMIDT, in: HEIZMANN/LOACKER, *Grundlagen*, § 1 N 11: «Wettbewerb ist somit ein Mittel, um den Zweck, Menschen ein gelingendes und «gutes» Leben zu ermöglichen, zu erreichen.»

45 Zum Folgenden s. näher HEINEMANN, ZSR 135 I, 431, 436 ff.

46 BGE 143 II 297, 318; bestätigt in BGer 2C_1016/2014 und 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 – *Baubeschläge*, BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017 – *BMW* und BGer 2C_101/2016 vom 18.5.2018 – *Altimum*.

47 Vgl. bereits BALDI, AJP 2014, 960, 962.

Konsumentenschutzes einen hohen Stellenwert einräumt.⁴⁸ Dieser wird bestätigt durch das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts,⁴⁹ das in seinem zweiten Erwägungsgrund hervorhebt, dass «die richtige und wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts» nicht nur «für die Leistungsfähigkeit ihrer Märkte» und «den Handel miteinander», sondern auch «für den wirtschaftlichen Wohlstand ihrer Verbraucher» von Bedeutung ist.

2. Institutions- oder Individualschutz?

- 9.32 Eine weitere klassische Streitfrage ist, ob das Kartellrecht lediglich die Institution Wettbewerb schützt oder auch Individuen in seinen Schutzbereich aufnimmt.⁵⁰ Die Diskussion dieser Kontroverse hat faszinierende Volten hinter sich: Während aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln des Kartellrechts der Individualschutz ganz im Vordergrund stand, besteht eine der grossen Errungenschaften des Kartellgesetzes von 1995 darin, dass der Wettbewerb nicht mehr lediglich über den Umweg subjektiver Rechte, sondern als solcher geschützt wird. Der hierin zum Ausdruck kommende Paradigmenwechsel hat Beobachter dazu verleitet, den Individualschutz zu blossen «Reflexwirkungen der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs» zu degradieren.⁵¹
- 9.33 So verständlich die institutionelle Euphorie angesichts des neuen Gesetzes war, ist nicht zu verkennen, dass das Kartellgesetz von 1995 in seinem Art. 12 auch subjektive Rechte verankert hat, die im System des Gesetzes sogar vor dem verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarium angeordnet sind. Durch die KG-Revision von 2003 wurde dann Art. 27 BV, also die Wirtschaftsfreiheit in ihrer grundrechtlichen Dimension, in den Ingress des Gesetzes aufgenommen.⁵² Spätestens seit dieser Reform geht die überwiegende Meinung zu Recht davon aus, dass das Kartellgesetz zugleich auf den Institutions- und den Individualschutz abzielt.⁵³ Wie bei der Grundsatzdiskussion über den Wettbewerb als Mittel und Zweck ist also auch hier eine Synthese vorzugswürdig.
- 9.34 Aus der Perspektive des Konsumentenschutzes ist mit dieser Aussage aber noch nicht viel gewonnen: Auch wenn man den kartellrechtlichen Individualschutz nicht nur als Reflex des wettbewerbsrechtlich verfassten Wirtschaftssystems, sondern als Garantie wirtschaftlicher Autonomie interpretiert, stellt sich die Frage, ob nur Unternehmen oder auch Konsumenten in den Genuss dieses Individualschutzes kommen. Die einschlägigen Literaturstellen haben ganz überwiegend den Schutz von Konkurrenten oder anderen Unternehmen zum Gegenstand. Auch nach der Formulierung des Bundesgerichts

48 MARTENET/HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, 32 ff.; s. auch CR *Concurrence-MARTENET/TERCIER*, *Introduction générale* N 197 und Art. 1 LCart N 13 ff.

49 SR 0.251.268.1.

50 S. hierzu z.B. DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*, N 563 ff.

51 SCHLUEP, AJP 1996, 795, 807.

52 Zur Bedeutung dieses Vorgangs s. HANGARTNER, AJP 2012, 1 ff.

53 MOECKLI, in: ZÄCH et al., Art. 1 KG N 51 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

schützt die Kartellgesetzgebung «den Wettbewerb als Institution wie auch die Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer»,⁵⁴ womit nur die Unternehmen gemeint sind.

Allerdings lässt sich dem zitierten Entscheid nicht eine positive Absage an Konsumentenschutz entnehmen. Aus dem Kontext ergibt sich, dass eben nur der verfahrensrechtliche Status konkurrierender Unternehmen zu klären war. In Zukunft sollten der überragenden Bedeutung der Konsumenten in der Marktwirtschaft und dem Grundsatz der Konsumentensouveränität normative Bedeutung zuerkannt und die Konsumenten in den Schutzbereich des Kartellgesetzes einbezogen werden. Hierfür spricht auch die Nennung von Art. 97 Abs. 2 BV im Ingress des Kartellgesetzes, auch wenn eine Ausdehnung dieses Verweises auf den gesamten Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung vorzugswürdig wäre (s.o. N 9.13). Ausserdem ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Auslegung des Kartellgesetzes eng an das EU-Kartellrecht anzulehnen.⁵⁵ Der Europäische Gerichtshof formuliert in ständiger Rechtsprechung, dass das europäische Kartellrecht «nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen».⁵⁶ Auch im europäischen Kartellrecht gilt also die Synthese aus Institutions- und Individualschutz, wobei bei Letzterem die Konsumenten ausdrücklich in den persönlichen Geltungsbereich einbezogen werden.

B. Regelungsprinzipien des Kartellrechts

Das schweizerische Kartellrecht folgt der international üblichen Drei-Säulen-Struktur, bestehend aus Regeln über Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht und die Zusammenschlusskontrolle. Hinzu tritt als rechtsvergleichende Besonderheit die Preisüberwachung.

1. Wettbewerbsabreden

Art. 5 KG regelt die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden. Danach sind Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG enthalten Vermutungen über die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Bei Abreden zwischen Wettbewerbern (horizontale Wettbewerbsabreden) betreffen die Vermutungen gem. Art. 5 Abs. 3 KG (a) direkte oder indirekte Preisabsprachen, (b) Mengenabreden und (c) Abreden über die Aufteilung von Gebieten oder Geschäftspartnern. Aus Konsumentenperspektive ist hervorzuheben, dass solche Abreden letztlich zulasten der Verbraucher gehen, da diese beispielsweise

⁵⁴ BGE 139 II 328, 334.

⁵⁵ S. z.B. BGE 139 I 72, 89 (zu Art. 7 KG); BGE 143 II 297, 326 ff. (zu Art. 5 Abs. 4 KG).

⁵⁶ EuGH, Verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission u.a.*, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 63.

weise höhere Preise zahlen müssen. Aber auch gesamtwirtschaftlich sind solche Abreden schädlich, da der Rückgang der Konsumentenrente typischerweise höher ausfällt als die Kartellrente der Unternehmen.⁵⁷

- 9.38 Bei Abreden zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen stehen, z.B. zwischen Produzent und Händler (vertikale Wettbewerbsabreden), greift nach Art. 5 Abs. 4 KG die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei vertikaler Preisbindung und bei absolutem Gebietsschutz. Vertikale Preisbindung, nämlich die Vorgabe von Mindest- und Festpreisen für den Weiterverkauf gelieferter Waren, verhindert Preissenkungen und nimmt den Konsumenten die Möglichkeit, durch ihre Wahlentscheidung Preisdruck nach unten zu erzeugen. Entsprechend wirkt absoluter Gebietsschutz: Die Abnehmer haben dann nicht mehr die Möglichkeit, die betreffenden Produkte in anderen Gebieten zu günstigeren Konditionen zu beziehen.
- 9.39 Die Vermutungen können durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Abrede noch ausreichender Wettbewerb besteht. Nach dem *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts ist nach Umstossung der Vermutung aber grundsätzlich davon auszugehen, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, ohne dass quantitative Aspekte (wie z.B. Marktanteile oder Marktwirkungen) zu berücksichtigen wären.⁵⁸ Dann hilft nur noch eine Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG, nämlich der Nachweis, dass die Wettbewerbsabrede notwendig ist, um Kosten zu senken, Produkte oder Verfahren zu verbessern, Forschung oder Technologietransfer zu fördern oder Ressourcen rationeller zu nutzen, ohne dass den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
- 9.40 Aus der Perspektive der Konsumenten ist hervorzuheben, dass das europäisch inspirierte Erfordernis, wonach «die Vorteile für die Unternehmen zu einem angemessenen Teil den Verbrauchern zugutekommen» müssen, das sich noch in der Botschaft zum Kartellgesetz befand,⁵⁹ nicht seinen Weg in das Gesetz gefunden hat. Hieraus folgt aber nicht etwa, dass dieser Verteilungsaspekt irrelevant wäre. In den parlamentarischen Beratungen ging man davon aus, dass das negative Tatbestandsmerkmal der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in ausreichendem Mass garantiere, dass es zur Weitergabe der Effizienzvorteile an andere Marktteilnehmer komme. Man hielt also das Erfordernis der Verbraucherbeteiligung schlichtweg für überflüssig.⁶⁰

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- 9.41 Während Art. 5 KG zwei- oder mehrseitige Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, erfasst Art. 7 KG auch einseitiges Unternehmensverhalten: Marktbeherrschende Unternehmen

57 Deutsche Monopolkommission, Hauptgutachten XXII, N 173.

58 BGE 143 II 297.

59 Bot. KG 1995, BBl 1995 I, 468, 560 f.

60 OFK KG-BORER, Art. 5 N 46.

dürfen ihre besondere Marktstellung nicht missbrauchen. Das Gesetz definiert in Art. 4 Abs. 2 KG Marktbeherrschung als die Fähigkeit, «sich von andern Marktteilnehmern [...] in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten». Das Gesetz wendet sich nicht gegen die marktbeherrschende Stellung als solche, sondern lediglich gegen deren Missbrauch. Nach dem Prinzip des Leistungswettbewerbs sollen auch Marktbeherrscher ihre Abnehmer durch günstigere Preise oder bessere oder innovativere Produkte überzeugen, aber nicht lediglich ihre Marktmacht zum eigenen Vorteil einsetzen. Missbräuche kommen vor in der Form des Ausbeutungs- und des Behinderungsmisbrauchs. Ausbeutungsmisbrauch wendet sich gegen die Marktgegenseite, indem unangemessene Preise oder Konditionen gegenüber Abnehmern oder Lieferanten erzwungen werden. Behinderungsmisbrauch betrifft hingegen die Konkurrenten: Geschäftsstrategien wie z.B. Ausschlussbindungen oder Treuerabatte versperren Wettbewerbern den Zugang zu Lieferanten oder zu Abnehmern.

Konsumenten werden von beiden Missbrauchsformen getroffen. Durch Ausbeutungsmisbrauch werden die Preise direkt oberhalb des Wettbewerbsniveaus angesetzt. Aber auch der Behinderungsmisbrauch führt zu einer weiteren Verminderung des Wettbewerbsdrucks, sodass zumindest mittel- und langfristig die Konsumenten mit überhöhten Preisen konfrontiert sind. In wirtschaftswissenschaftlicher Terminologie sinkt die Konsumentenrente und steigt die Produzentenrente. Da der erste Effekt den zweiten in der Regel übersteigt, resultiert hieraus ein gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrtsverlust.⁶¹ 9.42

Ausbeutungsmisbrauch wird nach dem Regelbeispiel in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausdrücklich erfasst: Als missbräuchliche Verhaltensweise kommt hiernach «die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen» in Betracht. Hier liegt einer der grössten Unterschiede zum US-Antitrust-Recht, das in Section 2 Sherman Act nur *exclusionary conduct*, aber keine Ausbeutungsvorgänge erfasst. Der Verzicht wird im US-amerikanischen Recht damit erklärt, dass die Aussicht auf Monopolpreise ein wichtiger Anreiz in der Marktwirtschaft sei.⁶² Nach dieser Sichtweise erledigt der Markt das Problem von selbst, da hohe Preise neue Wettbewerber anziehen. Das schweizerische (und das europäische) Recht ist hier skeptischer und sieht deshalb besondere Regeln gegen Ausbeutungsmisbrauch vor. 9.43

Gerade auch die Konsumenten sollen hierdurch geschützt werden. Wenn teilweise die Rede davon ist, dass es sich bei der ausgebeuteten Marktseite um Unternehmen handelt,⁶³ sollte hieraus keine notwendige Bedingung konstruiert werden. Art. 7 Abs. 1 KG, der für den Behinderungsmisbrauch zu Recht auf die behinderten Unternehmen abstellt, begnügt sich beim Ausbeutungsmisbrauch mit dem allgemeinen Hinweis auf 9.44

61 DÖRR/GOLDSCHMIDT, in: HEIZMANN/LOACKER, Grundlagen, § 1 N 9.

62 S. z.B. US Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

63 S. z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 247, 275; s. aber auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 46, wo von Konsumenten als ausgebeuteter Marktseite die Rede ist.

die benachteiligte «Marktgegenseite», ohne hierfür Unternehmensqualität zu verlangen. Die *ratio legis* von Art. 7 KG besteht darin, dass der Wettbewerb bei Marktbeherrschung nicht mehr spielt, sodass eine besondere Missbrauchskontrolle eingreift. Die Konsumenten, die als letztes Glied in der Kette die unangemessenen Preise zu zahlen haben, sind auf diesen Schutz dringend angewiesen. Die Botschaft zum KG 1995 formuliert in diesem Sinn: «Ferner können sie [scil. die marktbeherrschenden Unternehmen] durch ihr Verhalten die Verbraucher in wettbewerbswidriger Weise benachteiligen (Ausbeutungsmissbrauch).»⁶⁴ Nicht nur die Ausbeutung anderer Unternehmen, sondern auch von Konsumenten ist also tatbestandsmässig.

3. Zusammenschlusskontrolle

- 9.45 Zusammenschlusskontrolle ist Strukturkontrolle: Nicht das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb, sondern die Struktur von Märkten wird überwacht. Ab bestimmten Umsatzschwellen (Art. 9 KG) sind Zusammenschlussvorhaben vor ihrem Vollzug bei der Wettbewerbskommission zu melden. Diese wird nach dem in Art. 10 Abs. 2 KG verankerten «qualifizierten Marktbeherrschungstest» einschreiten, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und hierdurch die Möglichkeit eröffnet wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Der qualifizierte Marktbeherrschungstest gilt einerseits als sehr anspruchsvoll, sodass Zusammenschlussvorhaben nur selten untersagt oder mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden. Andererseits entspricht er nicht dem Stand der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion.⁶⁵ Es wird deshalb diskutiert, ihn durch den in der EU geltenden SIEC-Test zu ersetzen. Dieser ermöglicht ein Einschreiten bereits dann, wenn ein «*Significant Impediment to Effective Competition (SIEC)*» vorliegt (was eine niedrigere Voraussetzung als die «qualifizierte Marktbeherrschung» ist), ermöglicht aber andererseits die Einbeziehung fusionsbedingter Effizienzen als Argument zugunsten des Zusammenschlussvorhabens.⁶⁶
- 9.46 Aus Konsumentenperspektive ist anzufügen, dass nach dem derzeit geltenden qualifizierten Marktbeherrschungstest die Auswirkungen auf die Konsumenten keine gesonderte Berücksichtigung finden. Diese profitieren indirekt davon, dass es zu keiner Änderung der Marktstruktur mit wettbewerbsbeseitigendem Potenzial kommt. Der Übergang zum SIEC-Test würde zu einer stärkeren Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Konsumenten führen, da der dem SIEC-Test zugrunde liegende *more economic approach* ökonomische Wohlfahrtsanalysen erforderlich macht. Hier würde also die oben diskutierte Streitfrage relevant, ob die Kartellrechtsanwendung auf die Maximierung der Konsumenten-

64 Bot. KG 1995, BBl 1995 I 468, 569. Diese Aussage ist allerdings verkürzt, da natürlich auch Unternehmen die Opfer eines Ausbeutungsmissbrauchs sein können. Davon geht die Botschaft auf S. 572 f. auch aus. S. auch BGE 139 I 72, 102, wo die Verbraucher als Opfer eines Ausbeutungsmissbrauchs ausdrücklich erwähnt werden.

65 JAAG/RUTZ/JACOBER, SIEC-Test, 43 ff.

66 JAAG/RUTZ/JACOBER, SIEC-Test, 28 f.

ten- oder der Gesamtwohlfahrt abzielen sollte (s.o. N 9.29 und 9.31). In der EU ist der Konsumentenwohlstandsstandard anerkannt.⁶⁷ In der schweizerischen Diskussion überwiegt die Auffassung, dass bei einer Übernahme des europäischen SIEC-Tests auch die Ausrichtung an der Konsumentenwohlfahrt zu übernehmen wäre.⁶⁸

4. Preisüberwachung

Das Preisüberwachungsgesetz gilt im Prinzip für die Preise aller Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite. Ausgenommen sind die Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Kreditstätigkeit der Schweizerischen Nationalbank (Art. 1 PüG). Während das Kartellgesetz nicht gilt, soweit staatliche Vorschriften auf bestimmten Märkten Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG), gilt das Preisüberwachungsgesetz auch hier: Sein Geltungsbereich ist also weiter, was dem Preisüberwacher die Möglichkeit verschafft, auch im Bereich staatlich administrierter Preise tätig zu werden. Dies schliesst zugunsten der Konsumenten eine Lücke, die angesichts der Bedeutung der Leistungen im Umfeld des *service public* empfindlich wäre. 9.47

Der Preisüberwacher beobachtet die Preisentwicklung und verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen (Art. 4 PüG). Ein Preismissbrauch kann nur vorliegen, wenn die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 Abs. 1 PüG). Zu den Beurteilungselementen für das Vorliegen eines Preismissbrauchs stellt die Liste in Art. 13 PüG auf Kriterien ab, die auch für die Feststellung eines kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauchs anerkannt sind, so z.B. das Prinzip der Kostenbegrenzung oder die Vergleichsmarktmethode. In aller Regel bevorzugt der Preisüberwacher den Abschluss einvernehmlicher Regelungen (Art. 9 PüG). Er hat aber auch die Möglichkeit, Entscheide zu treffen, mit denen er Preiserhöhungen untersagt oder Preissenkungen verfügt (Art. 10 PüG). Auch wenn besondere Preisüberwachungsbehörden zuständig sind wie z.B. das Bundesamt für Gesundheit (BAG), die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) oder die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom), hat der Preisüberwacher immerhin ein Empfehlungsrecht. 9.48

C. Standort der Konsumenten in KG und PüG

1. Kartellgesetz

a) *Kartellverwaltungsverfahren*

Jedermann hat die Möglichkeit, mutmassliche Wettbewerbsbeschränkungen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission anzuzeigen, also auch Konsumenten und ihre Orga- 9.49

67 S. auch Erwägungsgrund 29 EG-Fusionskontrollverordnung: «Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen [...]»

68 JAAG/RUTZ/JACOBER, SIEC-Test, 45.

nisationen (vgl. Art. 26 Abs. 1 KG).⁶⁹ Darüber hinaus können Konsumentenschutzorganisationen gem. Art. 43 Abs. 1 lit. c KG als «beteiligte Dritte» an Untersuchungsverfahren teilnehmen. Sie haben aber kein Beschwerderecht.⁷⁰ Konsumenten können sich hingegen nicht am Verfahren beteiligen, da sie nicht im Sinn von Art. 43 Abs. 1 lit. a KG «in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind».⁷¹ Es besteht auch kein Anspruch auf Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung.⁷²

- 9.50 Die Stellung der Konsumenten und ihrer Organisationen ist im Verwaltungsverfahren also schwach ausgeprägt. Immerhin ist zu erwähnen, dass die Konsumentenorganisationen nach gängiger Praxis dem Bundesrat eine Vertreterin/einen Vertreter zur Wahl in die Wettbewerbskommission vorschlagen. Diesem Mitglied kommt dann die besondere Aufgabe zu, die Fälle der Wettbewerbskommission aus der Perspektive der Konsumenten zu betrachten.

b) Kartellzivilrecht

aa) Ausgangslage

- 9.51 Nach Art. 12 Abs. 1 KG stehen kartellzivilrechtliche Ansprüche demjenigen zu, der «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird»⁷³. Es steht fest, dass Unternehmen auf allen Marktstufen (und nach h.M. auch die Unternehmensverbände) hiernach aktivlegitimiert sind. Anders verhält es sich bei den Konsumenten: Sie nehmen weder den Wettbewerb auf, noch üben sie ihn aus. Nach h.M. stehen den Konsumenten deshalb keine zivilrechtlichen Ansprüche im Fall einer Kartellrechtsverletzung zu.⁷⁴ Teilweise wird zwar die Auffassung vertreten, dass dann eben auf die allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere Art. 41 OR zurückzugreifen sei.⁷⁵ Die h.M. lehnt dies aber ab, da die gesetzliche Regelung in Art. 12 KG abschliessend sei.⁷⁶ Konsumenten sind also zur Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche nicht aktivlegitimiert. Anders ist die Rechtslage seit der Einführung des allgemeinen Verbandsklagerechts in Art. 89 ZPO für die Konsumentenverbände. Sie sind nach dieser Vorschrift klageberechtigt, allerdings lediglich für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen, nicht aber für Schadenersatzklagen.

69 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 59.

70 S.o. bei Fn. 23.

71 WYSSLING/BICKEL, in: ZÄCH et al., Art. 43 KG N 17.

72 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 69, Art. 27 N 66.

73 S. umfassend zum Kartellzivilrecht aus jüngerer Zeit HURNI, L'action civile.

74 CR Concurrence-REYMOND, Art. 12 LCart N 10 mit zahlreichen Nachweisen.

75 S. z.B. BRUNNER, AJP 1996, 931, 941 (jedenfalls nach rechtskräftiger Feststellung des Kartellrechtsverstosses durch die Wettbewerbsbehörde); RUSCH/GUT, Jusletter 2. Juni 2014; STOFFEL, in: ZÄCH, 87, 102.

76 Vgl. Bot. KG-Revision, BBl 2012, 3905, 3948.

bb) Systemwidrige Haftungslücke

Die geltende Rechtslage ist unbefriedigend, in rechtsvergleichender Hinsicht singular und insgesamt geradezu systemwidrig. Nach ganz h.M. wird im schweizerischen Kartellrecht die *Passing-on Defence* anerkannt: Die Kartelltäter können sich gegen die Schadenersatzansprüche ihrer Opfer mit dem Argument verteidigen, dass diese die kartellbedingten Aufschläge an ihre eigenen Abnehmer weitergereicht haben, ihnen letztlich also kein Schaden verblieben sei.⁷⁷ Wenn man gleichzeitig den Konsumenten die Aktivlegitimation für die Geltendmachung von (Schadenersatz-)Ansprüchen versagt, kommt es zu einer «stossenden Haftungslücke».⁷⁸ Wird der Kartellschaden vollständig auf die Konsumenten abgewälzt, scheitern die Ansprüche der Händler an der *Passing-on Defence* und die Ansprüche der Konsumenten an der fehlenden Aktivlegitimation. Obwohl rechtswidrig und schuldhaft ein Schaden verursacht wurde, kommt es nicht zur Kompensation: Die Geschädigten bleiben auf ihrem Schaden sitzen, und es bleibt lediglich die Hoffnung, dass die Kartellrente im verwaltungsrechtlichen Verfahren abgeschöpft wird, wovon die Geschädigten aber nicht profitieren. Dies ist mit den Grundlagen des Obligationenrechts nicht vereinbar und wird der Stellung der Konsumenten in der Marktwirtschaft nicht gerecht: Obwohl das Wirtschaftssystem auf dem Prinzip der Konsumentensouveränität gründet, werden dem Souverän eigene Ansprüche im Fall eines Kartellrechtsverstosses versagt.

9.52

besser:
Nach vorherrschender Meinung

Der Gesetzgeber sollte diesen Missstand beseitigen und den Verbrauchern durch eine Änderung von Art. 12 KG die Aktivlegitimation einräumen, den Konsumenten also vom blossen Zuschauer zum kartellrechtlichen Akteur befördern.⁷⁹ Dies würde auch einen Gleichlauf mit der Rechtslage in der EU herstellen: Im grundlegenden *Courage*-Urteil hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass «jedermann» einen Anspruch auf Ersatz des Schadens hat, der ihm durch eine Verletzung des europäischen Kartellrechts entstanden ist.⁸⁰ Das US-amerikanische Antitrust-Recht funktioniert zwar anders: Hier wird die *Passing-on Defence* verwehrt und Ansprüche indirekter Abnehmer ausgeschlossen, sodass die Schadenersatzansprüche auf der Stufe der direkten Abnehmer konzentriert werden. Dies passt aber nicht zu Grundlagen des europäisch-kontinentalen und damit auch schweizerischen Haftpflichtrechts, wonach zwar Schäden auszugleichen sind, aber keine Überkompensation stattfinden soll. Vielmehr sollte jedes Opfer genau den Schaden ersetzt verlangen können, der ihm entstanden und letztlich auch bei ihm verblieben ist.

9.53

77 BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 68; CR Concurrence-REYMOND, Art. 12 LCart N 89, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

78 Bot. KG-Revision, BBl 2012, 3905, 3948.

79 Vgl. UNCTAD, Note, N 27: «Competition law enforcement can be coupled with consumer empowerment.»

80 EuGH, Rs. C-453/99, *Courage und Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26. Diese Vorgabe wurde in Art. 3 Abs. 1 der RL-2014/104/EU übernommen. Eine Einschätzung der Richtlinie aus der Sicht des Konsumentenschutzes findet sich bei LEHAIRE, RIDE 2016/3, 289, 301 ff.

9.54 Bis zur legislatorischen Zuerkennung der Aktivlegitimation an die Konsumenten sollte zur Vermeidung einer Haftungslücke allerdings der US-amerikanische Ansatz als Übergangslösung praktiziert werden: Den Kartelltätern ist die *Passing-on Defence* zu verwehren, soweit die kartellbedingten Aufschläge bis zu den Konsumenten weitergereicht wurden.⁸¹ Dies führt zwar zu einer Bereicherung der direkten Abnehmer, die Schadenersatz auch für die weitergereichten Preisaufschläge erhalten. Dieses Ergebnis ist aber immer noch besser als eine Freistellung der Kartelltäter. Sobald die Aktivlegitimation für Konsumenten eingeführt ist, kann diese haftungsrechtliche Anomalie durch den gewohnten Kompensationsmodus ersetzt werden. Jedem Opfer ist dann also der bei ihm verbliebene Schaden zu ersetzen.

cc) *Konsumentenorganisationen*

9.55 Konsumentenorganisationen haben nach Art. 89 ZPO Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche und die Möglichkeit von Feststellungsklagen. Die Verbandsklage gilt aber nur für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, was ihren Anwendungsbereich stark einschränkt. Ausserdem können die Verbände nach dieser Vorschrift keine reparatorischen Leistungsklagen erheben. Auch das 2014 gescheiterte Projekt einer KG-Revision wollte an dieser Situation nichts ändern.

9.56 Die geltende Rechtslage ist unbefriedigend. Kartelle verursachen bei Konsumenten häufig fein fragmentierte Streuschäden. In der Summe ist der Schaden beträchtlich; für die Einzelnen ist er aber so klein, dass die individuelle Geltendmachung angesichts der zu erwartenden Kosten und Prozessrisiken nicht lohnt und «rationale Apathie», also die Nicht-Geltendmachung von Forderungen, die Folge ist. Abtretungslösungen oder die Bildung von Streitgenossenschaften sind nur bei mittleren oder grösseren Schäden attraktiv. *De lege ferenda* sollte den Konsumentenorganisationen deshalb das Recht eingeräumt werden, Schäden ihrer Zielgruppe kollektiv geltend zu machen. Zur Vermeidung von Übertreibungen sollte hierfür – im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht – das *opt-in*-Modell gewählt werden: Die Konsumentenorganisationen könnten also nur die Schäden derjenigen Verbraucher geltend machen, welche die Organisation hiermit betraut haben. Die formellen Anforderungen sollten so gering wie möglich ausfallen: So sollte auf (die für Abtretungen nach Art. 165 OR erforderliche) Schriftform verzichtet werden. Die formlose Registrierung im Internet sollte ausreichen.⁸²

9.57 Der Bundesrat hat auf die Defizite des kollektiven Rechtsschutzes mit einem Vorschlag zur Änderung der Zivilprozessordnung reagiert. Die Rechtsdurchsetzung im Privatrecht soll verbessert werden, wozu insbesondere auch die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes gehört. Einerseits soll ein Gruppenvergleichsverfahren eine einvernehmliche kollektive Streiterledigung mit Wirkung für alle Geschädigten (auf *opt out*-Basis) erreichen. Andererseits soll die Verbandsklage auf finanzielle Ansprüche erweitert werden

81 HEINEMANN, Durchsetzung, 80.

82 HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht, 114 f.

(nach dem *opt in*-Prinzip).⁸³ Das Reformvorhaben ist im Grundsatz zu begrüßen.⁸⁴ So würde beispielsweise die restriktive Voraussetzung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten entfallen. Auch würde für das *opt in* der reparatorischen Verbandsklage Textform ausreichen. Schriftform wäre also nicht erforderlich, was elektronische Willenserklärungen zuliesse.⁸⁵ Allerdings sind die Anforderungen an die Klageberechtigung von Organisationen einerseits unklar und andererseits zu restriktiv formuliert.⁸⁶ Der Vorschlag betrifft das Privatrecht insgesamt, würde also auch gerade für das Kartellzivilrecht zu erheblichen Verbesserungen führen.

dd) Weiterer Reformbedarf

Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich lediglich auf die Änderungen, welche direkt die Konsumenten betreffen. Für die Schwäche des Kartellzivilrechts ist eine Reihe von Gründen verantwortlich.⁸⁷ Wenn diese Faktoren nicht insgesamt geändert werden, ist keine Stärkung des Kartellzivilrechts zu erwarten, also auch keine Änderung zugunsten der Konsumenten. Insbesondere sind die Verjährungsfrist zu verlängern, der Zugang zu Beweismitteln zu stärken und den rechtskräftigen kartellbehördlichen Entscheidungen Bindungswirkung für das Zivilverfahren zuzuerkennen. Von grosser Bedeutung sind auch die vom Bundesrat zur Änderung der Zivilprozessordnung vorgeschlagenen finanziellen Erleichterungen: Der Prozesskostenvorschuss soll halbiert werden, und für die Gerichtskosten soll sich das Gericht nur noch an die unterliegende Partei halten können.⁸⁸ 9.58

Wegen des auch vom Bundesgericht anerkannten Näheverhältnisses zum EU-Kartellrecht sollte zur Bestimmung des Reformbedarfs auch die EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie⁸⁹ herangezogen werden. Im Wettbewerb der Gerichtsstandorte droht sonst eine Abwanderung einschlägiger Klagen in EU-Mitgliedstaaten. Die häufig zu vernehmende Besorgnis, dass eine Verbesserung der privaten Klagemöglichkeiten zu Übertreibungen im Sinne einer *US style litigation culture* führen würde, ist unbegründet: In den USA sind dreifacher Schadenersatz, *opt in*-Schadenersatzklagen und umfassende Offenlegungspflichten durch *pre-trial discovery* die Hauptgründe für die intensive Inanspruchnahme und den grossen Aufwand des *private enforcement*. Die vorstehend gemachten Vorschläge verzichten bewusst auf eine Übernahme dieser Instrumente. Eine Reform mit Augenmass würde die Voraussetzungen dafür schaffen, dass von dem heute schon vorge-

83 S. Vorentwurf ZPO 2018 und Bericht ZPO.

84 S. auch die umfassende Würdigung von KISTLER/LISIK, *ex ante* 2018, 29 ff.

85 Art. 89a Abs. 1 lit. c E-ZPO verlangt, dass die Ermächtigung «schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht» erfolgt. Dies sollte dahin gehend präzisiert werden, dass die Einschreibung auf einer Webseite oder über soziale Medien die Anforderungen erfüllt.

86 S. die Kritik von KISTLER/LISIK, *ex ante* 2018, 29, 40 ff.

87 HEINEMANN, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137 ff.

88 Bericht ZPO, 16.

89 S. Fn. 80.

sehen zivilrechtlichen Durchsetzungsweg auch in der Praxis Gebrauch gemacht wird, ohne dass es zu Klageexzessen käme.

2. Preisüberwachung

- 9.60 Konsumenten und Konsumentenorganisationen haben – wie alle anderen Wirtschaftsakteure auch – die Möglichkeit, den Preisüberwacher durch eine Meldung auf Preissmissbräuche aufmerksam zu machen. Die Meldung hat schriftlich zu erfolgen, Art. 7 PüG. Ein Anspruch auf die Eröffnung eines Verfahrens besteht aber nicht.⁹⁰ Die Konsumentenorganisationen haben gem. Art. 21 PüG (im Gegensatz zum Kartellrecht) ein Beschwerde-recht. Praktische Bedeutung hat diese Vorschrift allerdings nicht erlangt.⁹¹ Im Gegensatz hierzu sind die Publikumsmeldungen von grosser praktischer Relevanz. Im Berichtsjahr 2018 erfolgten beispielsweise 1914 solcher Meldungen, vorwiegend zum öffentlichen Verkehr, zur Gesundheitsbranche, zur Telekommunikation, zur Brief- und Paketpost sowie zur Finanzbranche.⁹²
- 9.61 Das Preisüberwachungsgesetz ist öffentlich-rechtlicher Natur und enthält – im Gegensatz zum Kartellgesetz (Art. 12 ff.) – keine zivilrechtliche Komponente. Die Konsumenten können über das Preisüberwachungsgesetz also keinen Schadenersatz erhalten. Reparatorische Wirkung wird aber dann erzielt, wenn der Preisüberwacher Lösungen durchsetzt (in der Praxis hauptsächlich über einvernehmliche Regelungen), die direkt den Konsumenten zugutekommen (z.B. Versand von Gratisbriefmarken an jeden Schweizer Haushalt⁹³ oder Rabattbillette für die Bahn und Gutscheine für Inhaber von Halbtaxabonnements der SBB⁹⁴).

D. Reformbedarf im Kartellrecht aus Konsumentenperspektive

- 9.62 Die Konsumenten sind der Souverän in der Marktwirtschaft, so wie das Volk in der Demokratie. Das Kartellgesetz hat diese Einsicht nur teilweise umgesetzt, indem der Ingress des Gesetzes zwar auf Art. 97 Abs. 2 BV (Rechtsmittel der Konsumentenorganisationen), nicht aber auf Absatz 1 der Vorschrift, also den allgemeinen Konsumentenschutz verweist. Der Verweis sollte auf den gesamten Art. 97 BV erstreckt werden. Ausserdem ist Art. 97 Abs. 2 Satz 2 BV zu ändern: Momentan garantiert diese Vorschrift den Konsumentenorganisationen die gleichen Rechte wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden lediglich für die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb. Für diese Einschränkung gibt es keinen sachlichen Grund: Die Gleichstellung sollte auf das Gesamtgebiet des Wettbewerbsrechts, also auch auf das Kartell- und Preisüberwachungsrecht

90 CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 7 LSPr N 14.

91 CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 21 LSPr N 6.

92 Preisüberwacher, Jahresbericht 2018, RPW 2018/5, 1052, 1093.

93 Preisüberwacher, Jahresbericht 2016, RPW 2016/5, 1158, 1160.

94 Preisüberwacher, Jahresbericht 2015, RPW 2015/5, 918, 920.

ausgedehnt werden. Was das Preisüberwachungsgesetz betrifft, so ist die Aufnahme von Art. 97 BV in seinen Ingress überfällig, da schon nach geltendem Recht die Konsumentenorganisationen einen besonderen Status haben (Art. 21 PüG) und das gesamte Gesetz die Konsumenten im Visier hat.

Der dringlichste Reformbedarf auf Gesetzesstufe besteht in der Einführung der Aktivlegitimation für Konsumenten im Kartellzivilrecht sowie der Ausdehnung der Klagerechte für Konsumentenorganisationen auf reparatorische Ansprüche. Zu Recht hat der Bundesrat in der 2014 gescheiterten KG-Revision vorgeschlagen, Art. 12 Abs. 1 KG zu ändern und kartellzivilrechtliche Ansprüche demjenigen einzuräumen, der «durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird». Hierdurch sollte «finanziell geschädigten Konsumentinnen und Konsumenten wie allen anderen Endkunden ein Klagerecht zugestanden werden»⁹⁵. Dieser Vorschlag ist wieder aufzugreifen und wie die anderen Verbesserungen des Kartellzivilrechts in einen neuen Reformanlauf zu übernehmen. Eine Gesetzesänderung, die auch die anderen, oben erwähnten Massnahmen einschliesst, ist eine notwendige Bedingung für die Entstehung einer kartellzivilrechtlichen Praxis. Allerdings ist zusätzlich ein Kulturwandel erforderlich, der das Ziel der Kompensation von Kartellopfern in sich aufnimmt. Letztlich hängen Erfolge in diesem Bereich von der Einstellung der Gerichte zu den kartellzivilrechtlichen Ansprüchen ab.⁹⁶ 9.63

III. Lauterkeitsrechtlicher Konsumentenschutz

Auch für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb ist zunächst die Stellung der Konsumenten⁹⁷ in grundsätzlicher Hinsicht zu bestimmen (A.), bevor auf die Regelungsprinzipien des Rechtsgebiets (B.), den Standort der Konsumenten im Lauterkeitsrecht (C.) und einen allfälligen Reformbedarf (D.) einzugehen ist. 9.64

A. Geschäftsmoral und Funktionsschutz

Wie im Kartellrecht existiert auch im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb eine Diskussion über Grundlagen und Ziele: Während es im Kartellrecht um Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz bzw. um Institutions- oder Individualschutz geht (s.o. N 9.27 ff.), steht im Lauterkeitsrecht die Frage im Vordergrund, ob das Gesetz die «Geschäftsmoral» (so der traditionelle Ansatz) oder den Wettbewerb und seine Wirkungsweise schützt («Funktionsschutz»)⁹⁸. Herrschend ist die Synthese beider Ansätze, also das Abstellen 9.65

95 Bot. KG-Revision, BBl 2012, 3905, 3948.

96 Vgl. DREYER, in: FS Stoffel, 217, 230, der auch «l'oreille attentive d'un juge civil» als eine der Voraussetzungen für einen Aufschwung des Kartellzivilrechts nennt.

97 Zum Begriff des Konsumenten im UWG s. SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 33 ff.

98 Zur Grundlagendiskussion s. z.B. THOUVENIN, Systematisierung, 140 ff.

einerseits auf die «anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel» (so die Vorgabe in Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ), andererseits auf die Eignung von Wettbewerbshandlungen zur funktionswidrigen Störung von Marktprozessen.⁹⁹ Dies kommt bereits im Zweckartikel zum Ausdruck, der auf den «lauteren und unverfälschten Wettbewerb» (Art. 1 UWG), also Geschäftsmoral und Wettbewerbsprozess abstellt, und entspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers.¹⁰⁰ Der Aufnahme des Funktionsschutzes in die Zwecke des UWG ist auch ein Votum für möglichst grosse Wettbewerbsfreiheit zu entnehmen: Die Qualifikation eines Verhaltens als unlauterer Wettbewerb hat mit grosser Zurückhaltung zu erfolgen, um nicht über das UWG zu einer übermässigen Einschränkung der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit zu gelangen.¹⁰¹

9.66 Die breite Fassung des Zweckartikels ist von grosser Bedeutung für die Stellung der Konsumenten im Lauterkeitsrecht. Da Art. 1 UWG die Gewährleistung des Wettbewerbs «im Interesse aller Beteiligten» verlangt, sind über die hiermit angedeutete «Dreidimensionalität» auch die Konsumenten direkt geschützt (s.o. N 9.24).¹⁰² Diese spielen denn auch bei der Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Tatbestände eine prominente Rolle. Bereits von der Grundkonzeption her ist die Position der Konsumenten im Lauterkeitsrecht also ungleich stärker als im Kartellrecht. Die starke Stellung der Konsumenten ist unabhängig von der Tatsache, dass der Gesetzgeber auch eigentliches Konsumentenschutzrecht in das UWG eingefügt hat (s. hierzu oben N 9.22).

9.67 Dennoch wird auch im Lauterkeitsrecht die Diskussion über Institutions- und Individualschutz geführt. Teilweise wird angenommen, dass es dem UWG in erster Linie um den objektiven Schutz von Lauterkeit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gehe und dass die Interessen der Beteiligten nicht in erster Linie individuell, sondern vorrangig kollektiv und reflexartig geschützt werden.¹⁰³ Dies wird wie im Kartellrecht der zentralen Stellung der Wirtschaftsakteure im marktwirtschaftlichen System nicht gerecht. Die Individuen sollten gleichermaßen wie das System unverfälschten Wettbewerbs im Schutzbereich des Gesetzes liegen, da sie nicht lediglich Mittel zum Zweck der Hervorbringung eines funktionsfähigen Wirtschaftssystems sind. Das Gegenteil ist der Fall: Das Wirtschaftssystem soll den Individuen nützen. Die Hervorhebung der Interessen «aller Beteiligten» in Art. 1 UWG legt die Annahme einer individualschützenden Komponente nahe. Unstreitig ist, dass zu den Beteiligten auch die Konsumenten gehören. Allerdings folgt aus der Dreidi-

99 S. HEIZMANN, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 1 UWG N 27 ff.

100 Bot. UWG 1983, BBl 1983 II, 1009, 1043.

101 BSK UWG-HILTY Art. 1 N 117.

102 Prägnant die Bot. UWG 1983, BBl 1983 II, 1009, 1058: «Die Rolle der Konsumenten als Adressaten und Mitgestalter des Wettbewerbs wird verdeutlicht und die Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts – Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit – sichtbar gemacht.»

103 In diesem Sinn BSK UWG-HILTY Art. 1 N 95; SHK UWG-JUNG, Einleitung N 80.

mensionalität des Lauterkeitsrechts auch, dass das UWG nicht auf blossen Konsumentenschutz reduziert werden darf.¹⁰⁴

B. Regelungsprinzipien des Lauterkeitsrechts

Wie die funktionale Komponente des UWG, also das Schutzziel des «unverfälschten» Wettbewerbs, zeigt, überschneiden sich die Regelungsziele von Kartell- und Lauterkeitsrecht in beträchtlichem Umfang. Der Ansatzpunkt ist aber unterschiedlich: Das Kartellgesetz schützt die Wirksamkeit des Wettbewerbs, das Lauterkeitsrecht dessen Fairness.¹⁰⁵ Beide Gesetze sind kumulativ anwendbar. Die lauterkeitsrechtlichen Vorgaben können in zwei Gruppen unterteilt werden, nämlich unlauteres Verhalten im Verhältnis zu Kunden oder – seltener – Lieferanten (Vertikalverhältnis) sowie im Verhältnis zu Wettbewerbern (Horizontalverhältnis).¹⁰⁶ Sowohl die Spezialtatbestände in Art. 3 bis 8 UWG als auch die in Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (Art. 2 UWG) entwickelten Fallgruppen lassen sich diesen beiden Grundkategorien zuweisen. Im Folgenden soll auf dieser Grundlage ein Überblick über das materielle Lauterkeitsrecht gegeben werden. 9.68

1. Unlauteres Verhalten gegenüber Kunden

In der ersten Kategorie geht es um Regeln, die darauf abzielen, dass der Kunde weder in seiner Willensbildung noch in seiner Entscheidungsfindung unlauter beeinflusst wird. Die Willensbildung kann beispielsweise durch Täuschung manipuliert werden, die Entscheidungsfindung durch die Ausübung von Druck. 9.69

a) Spezialtatbestände

Hierher gehört beispielsweise das Wahrheits- und Klarheitsgebot in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Angaben über das eigene Unternehmen und seine Leistungen müssen zutreffen. Tatbestandsmässig ist auch die Fremdbegünstigung durch unrichtige oder irreführende Angaben zugunsten Dritter. Daneben existieren besondere Täuschungsverbote, nämlich in lit. c in Bezug auf das Führen unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen und in lit. i in Bezug auf die Verschleierung von Produkteigenschaften. – Lit. f untersagt Lockvogelangebote, nämlich wenn ausgewählte Produkte wiederholt unter Einstandspreis angeboten werden, diese Angebote in der Werbung besonders hervorgehoben werden und damit die Kunden über die Leistungsfähigkeit getäuscht werden. – Nach lit. g darf der Kunde durch Zugaben nicht über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht werden. – Er darf nach lit. h auch nicht durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden. Unaufgeforderte Telefonanrufe sind 9.70

¹⁰⁴ SHK UWG-JUNG, Einleitung N 93.

¹⁰⁵ Eingehend zum Verhältnis von Lauterkeits- und Kartellrecht BSK UWG-HILTY Art. 1 N 136 ff.

¹⁰⁶ Zu verschiedenen Möglichkeiten der Kategorienbildung am Beispiel der Generalklausel s. SHK UWG-JUNG, Art. 2 N 34.

aber nach h.M. im Grundsatz nicht unlauter, ausser wenn der Sternvermerk im Telefonbuch missachtet wird (lit. u), Robinson-Listen ignoriert oder unrichtige Angaben gemacht werden bzw. wenn das Gespräch trotz Aufforderung nicht beendet wird. Weitere Tatbestände unlauteren Verhaltens gegenüber Kunden finden sich zu den Themen Spamming (lit. o), Adressbuchschwindel (lit. p und q), Schneeballsysteme (lit. r) und Gewinnversprechen (lit. t).

- 9.71 Die Regeln über Täuschung bei Konsumkrediten in Art. 3 Abs. 1 lit. k–n und Art. 4 lit. d UWG sowie über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) in Art. 8 UWG sind als eigentliches Konsumentenschutzrecht zu qualifizieren.¹⁰⁷ Entsprechend verhält es sich mit den Regeln über die Preisbekanntgabe in Art. 16–20 UWG sowie in der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (PBV): Gegenüber Konsumenten sollen Preise vorher festgelegt werden; ständiges Verhandeln und eine «Basarökonomie» sind unerwünscht. Soweit diese Regeln sich gegen irreführende Preisbekanntgaben richten, haben sie aber auch eine lauterkeitsrechtliche Grundlage. – Die besonderen Anforderungen an den elektronischen Geschäftsverkehr in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG erscheinen demgegenüber obligationenrechtlicher Natur.

b) *Generalklausel*

- 9.72 Wenn kein Spezialtatbestand verletzt ist, kann immer noch die Anwendung der Generalklausel in Art. 2 UWG zur Widerrechtlichkeit von Wettbewerbshandlungen führen. Im Verhältnis zu den Kunden ist dies insbesondere in den folgenden Fallgruppen relevant geworden, nämlich bei unsachlicher oder subliminaler Werbung sowie der Werbung mit Selbstverständlichkeiten, bei Nötigung und Belästigung, Schleichwerbung, getarntem viralen Marketing und bei der sexistischen Werbung.¹⁰⁸

c) *Konsumentenleitbild*

- 9.73 Soweit es sich bei den Kunden um Konsumenten handelt, betreffen die Tatbestände und Fallgruppen der ersten Kategorie die Konsumenten direkt. Die Auslegung der Frage, ob täuschendes oder aggressives Verhalten vorliegt, ist dann aus Konsumentenperspektive vorzunehmen. Von entscheidender Bedeutung hierbei ist das Konsumentenleitbild.¹⁰⁹ Nimmt man eine besondere Schutzwürdigkeit von Konsumenten an, ist die Grenze zur Täuschung und zur sonstigen Unlauterkeit schneller überschritten, als wenn man das Leitbild des verständigen Konsumenten heranzieht. Das Bundesgericht positioniert sich in der Mitte zwischen den Extremen und stellt auf den durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Konsumenten ab.¹¹⁰ Im Ausgangspunkt ist dem zuzu-

107 SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 45.

108 S. z.B. den Überblick bei CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2 N 79 ff.

109 Hierzu eingehend LOACKER, § 3 in diesem Band.

110 S. z.B. BGE 132 III 414, 427.

stimmen.¹¹¹ Zur Vermeidung wirklichkeitsferner Abstraktionen sollte das Konsumentenleitbild aber vermehrt durch Erkenntnisse der Verhaltensökonomik angereichert werden.¹¹²

2. Unlauteres Verhalten gegenüber Wettbewerbern

Die zweite Kategorie betrifft unlauteres Verhalten gegenüber Wettbewerbern, indem diese unzulässig behindert, rechtswidrige Wettbewerbsvorteile ausgespielt oder Leistungen unlauter übernommen werden. Auch das unlautere Verhalten gegenüber Wettbewerbern lässt sich nach Spezialtatbeständen und Fallgruppen der Generalklausel untergliedern. Auch wenn die Konsumenten nicht die direkten Opfer solcher Verhaltensweisen sind, werden sie durch die Verfälschung des Wettbewerbs doch mittelbar tangiert. 9.74

a) *Spezialtatbestände*

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG sind Anschwärmungen unlauter, nämlich die Herabsetzung von Unternehmen oder ihrer Produkte durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äußerungen. Behauptungen müssen also stimmen und dürfen nicht – beispielsweise durch Unvollständigkeit – in die Irre führen. – Auch lit. d, der sog. wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz, betrifft in erster Linie unlauteres Verhalten gegenüber Wettbewerbern: Die Kennzeichnung von Produkten soll diese von den Erzeugnissen von Wettbewerbern unterscheiden, damit sich Investitionen in die Produktqualität lohnen. Benutzen Wettbewerber verwechslungsfähige Kennzeichen, werden diese Investitionen entwertet. Gleichzeitig werden aber auch die Konsumenten geschützt: Kaufen sie aufgrund der Verwechslungsgefahr die Produkte eines anderen Unternehmens, werden ihre berechtigten Erwartungen an Produkteigenschaften und -qualität enttäuscht. – Die Regeln über vergleichende Werbung in lit. e haben gleichfalls einen Doppelcharakter: Einerseits wird verhindert, dass Unternehmen (oder Drittbegünstige) ihre Produkte oder Preise unrichtig, irreführend, unnötig herabsetzend oder anlehnd mit anderen vergleichen und diese hierdurch unlauter in ihre eigene kommerzielle Kommunikation einbinden. Andererseits sollen Konsumenten vor unrichtigen oder irreführenden Vergleichen geschützt werden. 9.75

Um unlauteres Verhalten gegenüber Wettbewerbern geht es auch bei den Regeln über die Verleitung zum Vertragsbruch (Art. 4 UWG), Privatbestechung (Art. 4a UWG), Verwertung fremder Leistung (Art. 5 UWG), Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 UWG) und die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG). 9.76

¹¹¹ Differenzierte Analyse bei SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 37 ff.

¹¹² S. hierzu LOCKER, in: VERSCHRAGEN, 45, insbesondere 64 ff.

b) *Generalklausel*

- 9.77 Auch ausserhalb der Spezialtatbestände können Wettbewerber unlauter behindert werden, z.B. durch die rechtswidrige Entfernung von Werbung, durch Sabotage, Boykott, Cybersquatting oder irreführende Angaben bei der Patentbehörde zur Erwirkung eines Immaterialgüterrechts. Eine unlautere Ausbeutung findet statt, wenn fremde Leistungen übernommen werden und es hierbei zu Herkunftstäuschung, Rufausbeutung, hinterlistigem Verhalten oder zu behinderndem systematischem Vorgehen kommt. Schliesslich müssen es sich Unternehmen nicht gefallen lassen, dass Wettbewerber Kostenvorteile dadurch erzielen, dass diese rechtliche Vorgaben nicht einhalten. Vorsprung durch Rechtsbruch kann also ebenfalls unlauter sein.¹¹³

B. Standort der Konsumenten im UWG

1. Zivilrecht

- 9.78 Der Überblick über das materielle Lauterkeitsrecht hat gezeigt, dass die Konsumenten durch die kundenbezogenen Regeln direkt betroffen sind, durch die konkurrentenbezogenen Tatbestände immerhin indirekt. Dieser Befund entspricht demjenigen im Kartellrecht. Allerdings unterscheidet sich der gesetzliche Status der Konsumenten und ihrer Verbände im UWG geradezu diametral von demjenigen im KG, und zwar sowohl im Hinblick auf die Pflichten als auch auf die Rechte.

a) *Normadressaten*

- 9.79 Ein bedeutender Unterschied zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht betrifft den Kreis der Normadressaten. In den persönlichen Geltungsbereich des KG fallen nur Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG): Nur sie können kartellrechtliche Normen verletzen. Konsumenten kann ein Verstoss gegen das Kartellrecht schon prinzipiell nicht vorgeworfen werden. Schliessen sich Konsumenten beispielsweise für gemeinsame Aktionen zusammen (z.B. für einen Konsumentenboykott), so ist die Rechtmässigkeit solcher Initiativen am Massstab des allgemeinen Deliktsrechts (und wie sogleich zu sehen ist, am Massstab des Lauterkeitsrechts) zu überprüfen. Ein Verstoss gegen das Kartellrecht kann hingegen nicht vorliegen, da der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes nicht eröffnet ist.
- 9.80 Anders verhält es sich im UWG: Es legt mit dem Grundsatz der Dreidimensionalität (s.o. N 9.24) zwar fest, wer durch das Lauterkeitsrecht geschützt wird, trifft aber – im Gegensatz zum KG – keine ausdrückliche Aussage zu der Frage, wer gegen das UWG verstossen kann. Gegen die Spezialtatbestände verstösst nach der durchgängig verwendeten Formulierung des Gesetzes, «wer» einen solchen Tatbestand verwirklicht. Eine besondere Qualifikation des *Quidam* wird nicht verlangt. Am deutlichsten ist die italienische Fassung des Gesetzes, nach der «chiunque», also «wer auch immer», d.h. jedermann, das

113 Zu den verschiedenen Konstellationen s. den Überblick bei CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2 N 102 ff.

UWG verletzen kann. Entsprechend erfasst die Generalklausel jede Wettbewerbshandlung, ohne dass eine Aussage zu der Frage getroffen würde, von wem die Beeinflussung des Verhältnisses zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern auszugehen hat.

Es ist deshalb anerkannt, dass nicht nur Unternehmen und Unternehmensverbände, sondern auch unbeteiligte Dritte an die Verhaltensanforderungen des Lauterkeitsrechts gebunden sind, z.B. Wissenschaft, Politik und Medien und eben auch die Konsumenten und ihre Verbände. Konsumenten und Konsumentenverbände sind also nach dem UWG dazu verpflichtet, kein täuschendes Verhalten in Bezug auf Unternehmen zu praktizieren. Ihre unternehmensbezogenen Aussagen dürfen also nicht unrichtig oder irreführend sein. Nicht tatbestandsmässig sind allerdings Äusserungen, die im privaten Bereich verbleiben. Auch muss bei den öffentlichen Äusserungen die kritische Auseinandersetzung mit Unternehmen und ihrem Verhalten möglich sein.¹¹⁴ Die Meinungs-, Medien- und Wissenschaftsfreiheit hat einen besonders hohen Stellenwert, wenn es um unternehmenskritische Äusserungen von Dritten, wie z.B. auch von Konsumenten und Konsumentenorganisationen, geht.¹¹⁵ 9.81

b) *Aktivlegitimation*

Die besondere Erwähnung der Bundesgesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb im Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung (Art. 97 Abs. 2 Satz 2 BV) sowie der Verweis im Ingress des UWG auf Art. 97 Abs. 1 und 2 BV unterstreichen die besondere Konsumentennähe des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass der Status der Konsumenten und der Konsumentenorganisationen im geltenden Lauterkeitsrecht ungleich stärker ausgestaltet ist als im Kartellrecht. 9.82

aa) *Konsumenten*

Klageberechtigt sind im UWG nicht nur die betroffenen Unternehmen (Art. 9 UWG), sondern auch die «Kunden», «die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind», und zwar sowohl für negatorische als auch für reparatorische Klagen (Art. 10 Abs. 1 UWG). Es ist anerkannt, dass unter den Kundenbegriff nicht nur Unternehmen, sondern auch gerade die Konsumenten fallen.¹¹⁶ Hier liegt ein fundamentaler Unterschied zum Kartellgesetz, das den Konsumenten die Aktivlegitimation verweigert. 9.83

114 HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht, 148.

115 HEIZMANN, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 1 UWG N 45.

116 Bot. UWG 1983, BBl 1983 II, 1009, 1017 ff., 1027 f., 1053 f., 1076 f.; DOMEJ, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 10 UWG N 9; CR LCD-FORNAGE, Art. 10 N 5; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 17.

bb) Konsumentenorganisationen

- 9.84 Die Erfahrung im UWG lehrt, dass die Kundenindividuale Klage angesichts der Kosten und des Prozessrisikos keine praktische Bedeutung erlangt hat.¹¹⁷ Von (etwas¹¹⁸) grösserer Bedeutung ist das Instrument der Verbandsklage, das nach Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG auch den Konsumentenorganisationen zusteht, allerdings nur im Hinblick auf negatorischen, nicht aber auch auf reparatorischen Rechtsschutz.

c) Schweizerische Lauterkeitskommission

- 9.85 Die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) ist eine Organisation der Selbstregulierung, welche die Lauterkeit der Werbung überwacht und paritätisch durch Konsumenten, Medienschaffende und Werbende besetzt ist. Praktisch wichtig sind die von der SLK aufgestellten Grundsätze über die Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation. Jedermann, also auch die Konsumenten, kann unlautere Werbung bei der SLK beanstanden.¹¹⁹

2. Verwaltungs- und Strafrecht

- 9.86 Im UWG steht im Gegensatz zum Kartellrecht die zivilrechtliche Durchsetzung im Vordergrund. Für eine Verletzung der Spezialtatbestände in Art. 3 bis 6 UWG sieht Art. 23 UWG aber auch Strafsanktionen vor.¹²⁰ Dabei fällt der hohe Strafraum auf, der Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren umfasst. Irreführende Werbung (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG) kann also mit Gefängnis bestraft werden, während für ein hartes Preiskartell nach Art. 54 KG maximal eine Busse bis zu CHF 100 000 verhängt werden kann, und das auch nur im Wiederholungsfall. Plausible Gründe für diesen Unterschied existieren nicht. Ein Ausbau der strafrechtlichen Sanktionen im Kartellrecht (so die nicht aufgegriffene Motion SCHWEIGER) würde allerdings Reibungen mit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren vor der Weko verursachen.
- 9.87 Die Regeln über die Preisbekanntgabe (Art. 16–20 UWG und PBV) werden verwaltungsrechtlich durchgesetzt. In den Kantonen sind die städtischen oder kantonalen Gewerbe-polizeinstellen zuständig. Konsumenten können Verstösse hier anzeigen.

C. Reformbedarf im UWG aus Konsumentenperspektive

- 9.88 Da die «Rolle der Konsumenten als Adressaten und Mitgestalter des Wettbewerbs» im UWG anerkannt ist¹²¹ und die Klagerechte der Konsumenten und ihrer Verbände hieran ausgerichtet worden sind, ist der Reformbedarf im UWG bedeutend geringer als im Kar-

117 DOMEJ, in: HEIZMANN/LOACKER, Art. 10 UWG N 7 f.; CR LCD-FORNAGE, Art. 10 N 6.

118 S. den Überblick über die praktische Handhabung bei SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 33.

119 S. näher die Informationen unter <www.faire-werbung.ch>.

120 Strafrechtlich relevant, wenn auch mit sehr viel niedrigeren Strafen bedroht, sind gem. Art. 24 UWG auch Verletzungen der Pflicht zur Preisbekanntgabe.

121 Bot. UWG 1983, BBl 1983 II, 1009, 1058.

tellrecht. Allerdings wird die praktische Bedeutung der Verbraucherklagen der Grundkonzeption des Gesetzes nicht gerecht. Aufwertungsbedarf besteht insbesondere bei den Klagen der Konsumentenorganisationen. Da ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung des UWG besteht, sollte die Bedeutung der Verbandsklagen gestärkt werden. Während die Berufs- und Wirtschaftsverbände von ihren Klagerechten Gebrauch machen, besteht ein Defizit bei der Rechtsdurchsetzung durch Konsumentenorganisationen. Die Anreize zur Klageerhebung würden gestärkt, wenn die Verbände nicht nur zur Geltendmachung von negatorischen, sondern auch von reparatorischen Ansprüchen ermächtigt würden. Ausserdem könnte angesichts des öffentlichen Interesses an der Rechtsdurchsetzung die Klagetätigkeit der Konsumentenverbände durch stärkere öffentliche Unterstützung erleichtert werden.¹²²

Ausserdem besteht ein Bedürfnis nach Rekonturierung des UWG. Es ist wenig überzeugend, das UWG als Gefäss für Regeln zu benutzen, die zwar keinen lauterkeitsrechtlichen Charakter haben, für die man aber keinen anderen legislatorischen Standort finden konnte. So ist in das UWG eine Reihe von eigentlich konsumentenschützenden Regeln eingefügt worden (s.o. N 9.22).¹²³ Das Ergebnis ist ein hybrides Gebilde, das Gefahr läuft, den eigentlichen Gesetzeszweck, nämlich den Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs (Art. 1 UWG), zu verfehlen. Auch aus der Perspektive des Konsumenten erscheint es nicht empfehlenswert, Konsumentenschutznormen in einem Gesetz zu haben, dessen Auslegung ganz wesentlich auch auf andere Gesichtspunkte abstellt. Das UWG sollte also wieder auf Wettbewerbsrecht reduziert werden, und die nicht zugehörigen Regeln sollten an geeignetere Stelle transferiert werden. 9.89

IV. Komplementarität von Wettbewerbs- und Konsumentenrecht

Die Marktwirtschaft ist ein System, in dem die Akteure autonome Entscheidungen auf dezentral organisierten Märkten treffen. Von überragender Bedeutung ist hierbei das Wettbewerbsprinzip: Unternehmen versuchen, durch bessere oder billigere Leistungen mehr Geschäftskontakte zu erhalten als Unternehmen mit einem vergleichbaren Angebot. Dieses System ist nicht selbsterhaltend, sondern zahlreichen Gefahren ausgesetzt. Die Aufgabe des Kartellrechts und des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb besteht darin, freien und fairen Wettbewerb auf Dauer zu sichern. Dem Grundentscheid für die Marktwirtschaft wird hierdurch Nachhaltigkeit garantiert.¹²⁴ 9.90

122 Vgl. DOMEJ, in: HEIZMANN/LOACKER, Vor Art. 9–13a UWG N 4.

123 Vgl. BSK UWG-HILTY Art. 1 N 109 ff. Kritisch zur Tendenz, «das UWG in ein Konsumentenschutzgesetz zu konvertieren», WEBER, sic! 2012, 231, 236.

124 HEINEMANN, ZSR 135 I, 431, 453 f.

- 9.91 Das Konsumentenrecht zielt hingegen darauf ab, Menschen in ihrer Rolle als Verbraucher von Waren oder Dienstleistungen zu schützen.¹²⁵ Während das besondere Schutzbedürfnis früher in erster Linie aus einer strukturellen Unterlegenheit der Konsumenten gegenüber den Unternehmen abgeleitet wurde, stehen heute ökonomische Begründungsansätze im Vordergrund, welche die Schutzbedürftigkeit aus Informationsasymmetrien und anderen Formen des Marktversagens ableiten: Da die Kosten der Informationsverarbeitung hoch sind, haben Konsumenten häufig einen niedrigeren Informationsstand als die ihnen gegenüberstehenden Unternehmen. Konsumentenschutzrecht zielt darauf ab, durch Informationspflichten, Formerfordernisse, AGB-Kontrolle, Widerrufsrechte und besondere Vertragspflichten diese Asymmetrien abzubauen.¹²⁶
- 9.92 Die Gegenüberstellung von Wettbewerbs- und Konsumentenschutzrecht macht deutlich, dass unterschiedliche Formen von Marktversagen adressiert werden: Das Wettbewerbsrecht reagiert auf die Fragilität des Marktmechanismus, das Konsumentenschutzrecht auf «rationale Unwissenheit» und die hieraus folgende «eingeschränkte Rationalität».¹²⁷ Insbesondere im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb kommt es aber auch zu Überschneidungen, und zwar nicht lediglich im Bereich des in das UWG systemwidrig eingefügten Konsumentenschutzrechts, sondern gerade auch bei den zum Kern des Lauterkeitsrechts zählenden Geboten von Wahrheit und Klarheit, die wie das Konsumentenschutzrecht ebenfalls dem Abbau von Informationsasymmetrien dienen.
- 9.93 Es ist deshalb kein Zufall, dass der Status der Konsumenten und ihrer Verbände im UWG stärker als im KG ausgeprägt ist. Abgesehen hiervon stimmen die konsumentenbezogenen Anliegen von Kartell- und Lauterkeitsrecht aber überein: Wirksamer und unverfälschter Wettbewerb ist das mächtigste Instrument zum Schutz der Konsumenten, da der Wettbewerbsmechanismus für günstige Preise, hohe Qualität, ständige Innovation und rasche Anpassung an sich wandelnde Präferenzen und Marktverhältnisse sorgt.¹²⁸ Aus diesem Zusammenhang sollte allerdings nicht gefolgert werden, dass Konsumenten im Wettbewerbsrecht nur mittelbaren Schutz genießen. Eine solche Sichtweise verkennt das Gesamtsystem der «freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung» (Art. 1 KG): Es beruht auf der individuellen Freiheit aller Wirtschaftsakteure, die ihre Verhältnisse privatautonom gestalten. Neben den Unternehmen gehören hierzu gerade auch die Konsumenten, die in der Marktwirtschaft sogar das letzte Wort über unternehmerischen Erfolg und Misserfolg haben.

125 Vgl. UNCTAD, Note, N 1 ff., 19 ff.: Wettbewerbsrecht bezieht sich auf die Angebotsseite des Markts und sichert den Konsumenten Wahlmöglichkeiten, während Konsumentenrecht die Nachfrageseite adressiert und dafür sorgt, dass die Konsumenten von ihren Wahlmöglichkeiten effektiven Gebrauch machen können.

126 S. eingehend HEISS, § 2 in diesem Band.

127 Zu diesen Phänomenen s. z.B. RICHTER/FURUBOTN, Institutionenökonomik, 100 f., 192 f.

128 S. die grundlagenorientierte Studie von CSERES, Competition Law.

Die Zuerkennung subjektiver Rechte an Konsumenten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ist deshalb nicht lediglich «Reflex» von Funktionsstörungen, sondern notwendiges Attribut des mündigen Konsumenten als autonomer Marktbürger. Die Ausgestaltung der Anspruchsordnung im UWG wird dieser Vorgabe gerecht, während die Konsumentenvergessenheit des Kartellrechts als systemwidrig zu werten ist. Indirekter Schutz der Konsumenten durch die Wettbewerbswirtschaft reicht nicht aus, wenn man das Wirtschaftssystem auf den Grundsatz der Konsumentensouveränität gründet. Den Konsumenten und ihren Verbänden sind eigene Ansprüche einzuräumen. 9.94

Das Wettbewerbsrecht schützt zwar auch die Konsumenten, geht darüber aber weit hinaus und gehört deshalb nicht zum Konsumentenschutzrecht. Auch wenn also zwischen Wettbewerbsrecht und Konsumentenrecht zu unterscheiden ist, stehen beide Rechtsgebiete in einem engen Verhältnis zueinander: Schutz des Wettbewerbs bewirkt einerseits auch Schutz der Konsumenten. Andererseits sorgen gut informierte und kritische Konsumenten dafür, dass der Wettbewerb seine Funktionen erfüllt. Die Wettbewerbsordnung bedarf also beider Gruppen von Regeln, um ihre Stärken ausspielen zu können. 9.95

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER)

AVERITT NEIL W./LANDE ROBERT H., Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, 65 Antitrust Law Journal 713 (1997)

BALDI MARINO, Zur «Philosophie» des neuen Kartellgesetzes, in: CORTI MARIO A./ZIEGLER PETER (Hrsg.), Diplomatische Negotiation: FS Franz A. Blankart, Bern 1996, 349

DERS., Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, AJP 2014, 960

BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, AJP 2015, 1529

BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I: Kommentar: Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK KG-BORER)

BRUNNER ALEXANDER, Konsumentenkartellrecht, AJP 1996, 931

CSERES KATALIN JUDIT, Competition Law and Consumer Protection, Austin 2005 (zit. CSERES, Competition Law)

DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012 (zit. DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht)

DREYER DOMINIQUE, Le consommateur: l'associé oublié du droit de la concurrence!, in: AMSTUTZ MARC/CHABLOZ ISABELLE/HEINZMANN MICHEL/HOCHREUTENER INGE (Hrsg.): FS Walter A. Stoffel, Bern 2014, 217

EVANS PHIL, The consumer and competition policy: welfare, interest and engagement, in: EZRACHI ARIEL (Hrsg.), Research Handbook on International Competition Law, Cheltenham 2012, 545

HANGARTNER YVO, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, 1

VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, The Use of Knowledge in Society, 35 American Economic Review 1945, 519

DERS., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968 (zit. VON HAYEK, Wettbewerb)

HEINEMANN ANDREAS, *Consommation et concurrence: Améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels*, in: OJHA LAUREN/VULLIEMIN PIERRE-FRANÇOIS (Hrsg.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, 45

DERS., *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts: Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009 (zit. HEINEMANN, *Durchsetzung*)

DERS., *Kartellzivilrecht*, in: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (Hrsg.), *Revision des Kartellgesetzes: Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zürich 2012, 137 (zit. HEINEMANN, *Kartellzivilrecht*)

DERS., *Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts*, ZSR 135 I, 431

DERS., *Art. 96 Bundesverfassung – Schutz des Wettbewerbs*, in: WEERTS SOPHIE/ROSSAT-FAVRE COLETTE/GUY-ECABERT CHRISTINE/BENOÎT ANNE/FLÜCKIGER ALEXANDRE (Hrsg.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader (FS Mader)*, Basel 2018, 179

HEINEMANN ANDREAS/KELLERHALS ANDREAS, *Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2018 (zit. HEINEMANN/KELLERHALS, *Wettbewerbsrecht*)

HEIZMANN RETO, *Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG*, Zürich 2005 (zit. HEIZMANN, *Unternehmen*)

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), *UWG: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar*, Zürich 2018 (zit. BEARBEITER, in: HEIZMANN/LOACKER)

HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER)

HURNI BÉATRICE, *L'action civile en droit de la concurrence: Etude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne*, Genf 2017 (zit. HURNI, *L'action civile*)

JAAG CHRISTIAN/RUTZ SAMUEL/JACOBER NOËMI, *Einführung des SIEC-Tests: Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle*, Zürich 2017 (zit. JAAG/RUTZ/JACOBER, *SIEC-Test*)

JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar*, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-BEARBEITER)

KISTLER ALEXANDER/LISIK NATALIE, *Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?*, ex ante 2018, 29

KÜNZLER ADRIAN, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 2008 (zit. KÜNZLER, *Effizienz*)

LEHAIRE BENJAMIN, *La protection du consommateur par le droit de la concurrence: Analyse civiliste et pratique des positions canadienne et européenne*, RIDE 2016/3, 289

LOACKER LEANDER D., *Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtssetzung*, in: VERSCHRAGEN BEA (Hrsg.), *Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht (III)*, Wien 2012, 45

MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR Concurrence-BEARBEITER)

MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genf 2012 (zit. MARTENET/HEINEMANN, *Droit de la concurrence*)

MARTENET VINCENT/PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), *Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale*, Basel 2017 (zit. CR LCD-BEARBEITER)

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, *A Legal Theory without Law*, Tübingen 2007 (zit. MESTMÄCKER, *Legal Theory*)

MIKSCH LEONHARD, *Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wirtschaftsordnung*, 2. Aufl., Godesberg 1947 (zit. MIKSCH, *Wettbewerb*)

- MOTTA MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004 (zit. MOTTA, *Competition Policy*)
- RICHTER RUDOLF/FURUBOTN EIRIK G., *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl., Tübingen 2003 (zit. RICHTER/FURUBOTEN, *Institutionenökonomik*)
- RUSCH ARNOLD F./GUT SUSANNA, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, *Jusletter* 2. Juni 2014
- SCHLUEP WALTER R., *Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts*, AJP 1996, 795
- SCHMIDT INGO/HAUCAP JUSTUS, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 10. Aufl., München 2013 (zit. SCHMIDT/HAUCAP, *Wettbewerbspolitik*)
- SMITH ADAM, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Washington D.C. 1998 (Erstausgabe 1776) (zit. SMITH, *Wealth of Nations*)
- STOFFEL WALTER A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 87
- THOUVENIN FLORENT, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, Köln 2007 (zit. THOUVENIN, *Systematisierung*)
- WEBER ROLF H., *Preisüberwachungsgesetz (PüG) – Stämpflis Handkommentar*, Bern 2009 (zit. SHK PüG-WEBER)
- DERS., Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, *sic!* 2012, 231
- WERDEN GREGORY J., Consumer welfare and competition policy, in: DREXL JOSEF/KERBER WOLFGANG/PODSZUN RUPPRECHT (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations*, Cheltenham 2011, 11
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005
- ZÄCH ROGER/ARNET RUTH/BALDI MARINO/KIENER REGINA/SCHALLER OLIVIER/SCHRANER FELIX/SPRÜHLER ADRIAN (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, Zürich 2018 (zit. BEARBEITER, in: ZÄCH et al.)
- ZIMMER DANIEL (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham 2012 (zit. ZIMMER, *Goals of Competition Law*)

