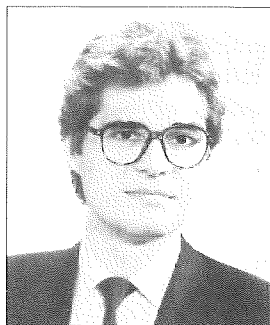


Konsumentenkartellrecht



Dr. iur. Alexander Brunner,
Oberrichter, Zürich

Inhaltsübersicht:

- A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen
 - I. Träger des Wirtschaftsrechts
 - 1. Unternehmen
 - 2. Privathaushalte
 - II. Wirtschaftsfreiheit und Persönlichkeitsschutz
 - 1. Zugang zum Markt im Handelsrecht
 - 2. Zugang zum Markt im Arbeitsrecht
 - 3. Zugang zum Markt im Konsumentenrecht
 - III. Kaufkraftsicherung und Vermögensverteilung
- B. Materielles Konsumentenkartellrecht (Zugang zum Markt)
 - I. Konsumentenkartellrecht und Vertragsrecht
 - 1. Vorvertragliche Zwangslagen
 - 1.1. Mangelhafte Vorstellungen des Konsumenten
 - 1.2. Mangelhafte Willensbildung des Konsumenten
 - 2. KG und KIG
 - 2.1. Kartellabsprachen und totale Markttransparenz
 - 2.2. Kartellaufhebung mit fehlender Markttransparenz
 - 2.3. Marktkonformes Gleichgewicht
 - 3. AGB und Preise (PüG)
 - 3.1. AGB
 - 3.2. Preise
 - II. Konsumentenkartellrecht und Aufsichtsrecht
 - 1. Wahrung der Konsumenteninteressen
 - 1.1. Marktzugangskontrolle über Unternehmen
 - 1.2. Marktaufsicht über Unternehmen
 - 2. Verletzung der Konsumenteninteressen
 - 2.1. Einseitige Aufsichtsorgane
 - 2.2. Amtsmissbrauch der Aufsichtsorgane
 - III. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen
 - 1. Wirksamer Wettbewerb und Effizienzprüfung
 - 2. Konsum und Handel
 - 2.1. Anbieterabsprachen gegen Konsumenten
 - 2.2. Konsumentenboykott gegen Anbieter
 - IV. Gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen
 - 1. Schranken der Konsumfreiheit
 - 2. Konsum und Arbeit
 - 3. Konsum und Umwelt (Ökonomie und Ökologie)
 - 4. Konsum und Strukturpolitik
- C. Formelles Konsumentenkartellrecht (Zugang zum Recht)
 - I. Zivilrechtliches Verfahren
 - II. Verwaltungsrechtliches Verfahren
- D. Ausblick

A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen

I. Träger des Wirtschaftsrechts

1. Unternehmen

Das Wettbewerbsrecht gilt für Anbieter und Abnehmer von Waren und Dienstleistungen am Markt. Ihre wirtschaftliche Funktion kann dabei in zwei Richtungen gehen. Sowohl Anbieter als auch Abnehmer können Waren und Dienstleistungen für betriebliche oder für private Zwecke anbieten oder abnehmen. In diesem Sinne ist das Unternehmen eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit betrieblicher Organisation zum Zweck der Herstellung und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen. In funktionaler Hinsicht ist das Unternehmen ein betrieblich organisierter Anbieter von Waren und Dienstleistungen, d.h. ein betrieblicher Anbieter¹.

2. Privathaushalte

Das wirtschaftsrechtliche Gegenstück des Unternehmens ist der Privathaushalt. Der Privathaushalt ist eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit nichtbetrieblicher Organisation zum Zweck der Befriedigung von Lebensbedürfnissen natürlicher Personen durch Gebrauch und Verbrauch von Waren und Dienstleistungen. Dieser Vorgang wird als Konsum bezeichnet und ist der nicht weiter zu begründende Zweck von Produktion und Handel. Jedes Wirtschaften in Produktion und Handel dient letztlich dem Konsum. In funktionaler Hinsicht ist der Privathaushalt ein nichtbetrieblich bzw. privat organisierter Abnehmer von Waren und Dienstleistungen, d.h. ein privater Abnehmer².

Das Handeln als privater Abnehmer von Waren und Dienstleistungen am Markt ist die charakteristische Funktion des Privathaushalts im Konsumentenrecht. Das Konsumentenkartellrecht³ befasst sich dementsprechend mit der besonderen Rechtsfrage, inwieweit Wettbewerbsbehinderungen durch das Verhalten der betrieblichen Anbieter (Unternehmen) die wirtschaftlichen Interessen der privaten Abnehmer (Konsumenten) als passive Marktteilnehmer bzw. Nachfrager beeinträchtigen können. Das Konsumenten-

Der Verfasser dankt Prof. MANFRED REHBINDER und Prof. BERND STAUDER (Mitherausgeber JKR, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts), Dr. ARMAND MEYER (Präsident Zürcher Handelsgericht) und Dr. HEINZ P. WIDMER (Sekretär Wettbewerbskommission) für wertvolle Anregungen.

1 A. BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 35.
 2 A. BRUNNER (FN 1), 40.
 3 Zur Literatur, vgl. die umfassende Übersicht bei B. STAUDER, Dokumentation des schweizerischen Konsumentenrechts, Bibliographie, JKR 1995, 347 ff., insb. 365–368.

tenkartellrecht hat dabei die Aufgabe, die wirtschaftlichen Interessen der Privathaushalte im Rahmen der Marktwirtschaft zu wahren.

Neben der passiven Form ist unter dem funktionalen Gesichtspunkt indessen auch auf die aktive Form des Privathaushalts hinzuweisen. Der Privathaushalt tritt auch als privater Anbieter auf. Diese aktive Form ist indessen nicht dem Konsumentenrecht, sondern dem Arbeitsrecht zuzuordnen. Die Privathaushalte umfassen somit in funktionaler Hinsicht einerseits Konsumenten als private Abnehmer von Waren und Dienstleistungen, andererseits Arbeitnehmer als private Anbieter der Arbeitskraft.

II. Wirtschaftsfreiheit und Persönlichkeitsschutz

1. Zugang zum Markt im Handelsrecht

Der freie Zugang zum Markt ist für einen funktionierenden Wettbewerb entscheidend. Ohne freien Marktzugang ist eine Marktwirtschaft nicht denkbar. Mit Bezug auf die besonderen Zusammenhänge des Konsumentkartellrechts erscheint es dabei als hilfreich, den freien Zugang zum Markt sowohl für Unternehmen als auch für Privathaushalte kurz darzustellen. Der Anspruch auf freien Zugang zum Markt wurde historisch zuerst durch die Anbieter von Waren und Dienstleistungen durchgesetzt. Der Anspruch der Unternehmen richtet sich einerseits gegen Freiheitsbeschränkungen des Staates, andererseits gegen Freiheitsbeschränkungen durch andere Unternehmen.

Im Wirtschaftsverfassungs- und Handelsrecht wird der freie Marktzutritt für Unternehmen durch die Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) gemäss Art. 31 BV gewährleistet. Soweit der freie Marktzutritt nicht durch den Staat, sondern durch andere Unternehmen beeinträchtigt wird, gelten die Normen des allgemeinen Privatrechts, insbesondere das Personenrecht.

Gegen Verletzungen der persönlichen Freiheit durch internen Verbands- und Kartellzwang kann sich ein Unternehmen auf Art. 27 ZGB im Sinne des Innen-Kartellrechts⁴ berufen. Diese Grundnorm bietet Schutz vor übermässiger vertraglicher Selbstbindung innerhalb eines Kartells. Von entscheidender Bedeutung ist andererseits der Schutz vor Kampfmassnahmen eines Kartells gegen Aussenseiter und vor der Marktmacht einzelner Unternehmen oder Unternehmens-Gruppen (Konzerne) durch das Aussen-Kartellrecht⁵ im Sinne von Art. 28 ZGB. Die Entstehung privater Wirtschaftsmacht⁶ hat seinen Grund nicht in sich selbst, sondern ist eine Folge der durch den Staat gewährten Vertragsfreiheit und der durch das Recht abgesicherten Rechtsverhältnisse. Die auf diese Weise legalisierte private Wirtschaftsmacht trifft jedoch die Vertragsfreiheit der anderen Marktteilnehmer in der Substanz und wird dadurch illegitim. Das Aussen-Kartellrecht schafft hier einen Ausgleich. Die Wirtschaftsfreiheit (HGF) und der Persönlichkeitsschutz wahren damit gleichermaßen die wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen auf einen freien Zugang zum Markt. Im Handelsrecht wird dabei das Personenrecht

durch die Spezialgesetzgebung des nunmehr zum dritten Mal revidierten Kartellgesetzes (KG) ergänzt.

2. Zugang zum Markt im Arbeitsrecht

Soweit andererseits der Privathaushalt als privater Anbieter von Arbeitsleistungen am Markt auftritt, ergeben sich analoge Problemlagen. Der Anspruch auf freien Zugang zum Markt wurde historisch in zweiter Linie durch die Arbeitnehmer durchgesetzt. Der Anspruch der Arbeitnehmer richtet sich einerseits gegen Freiheitsbeschränkungen des Staates, andererseits gegen Freiheitsbeschränkungen durch Unternehmen, aber auch Gewerkschaften.

Im Wirtschaftsverfassungsrecht wird der freie Zugang zum Arbeitsmarkt durch die Berufsfreiheit gewährleistet. Die Berufsfreiheit⁷ wird von der HGF gemäss Art. 31 BV abgeleitet. Soweit der freie Marktzutritt nicht durch den Staat, sondern durch andere Wirtschaftseinheiten am Arbeitsmarkt beeinträchtigt wird, gelten die Normen des allgemeinen Privatrechts, insbesondere das Personenrecht.

Gegen Verletzungen der persönlichen Freiheit durch internen Verbandszwang in Gewerkschaften kann sich ein Arbeitnehmer auf Art. 27 ZGB berufen. Vor Verletzungen der persönlichen Freiheit durch Massnahmen von Unternehmen (schwarze Listen, Boykott und Aussperrung) können sich Arbeitnehmer auf Art. 28 ZGB stützen und Schutz im Zusammenschluss suchen (Gewerkschaften). Die erwähnten Zwangslagen werden hier ausschliesslich durch den Persönlichkeitsschutz und das Arbeitsrecht ausgeglichen. Das Kartellrecht ist auf solche Zwangslagen nicht anwendbar⁸. Immerhin ist in kartellrechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass Art. 27 ZGB den Gewerkschaftszwang ausschliesst und Art. 28 ZGB das alte Zunftwesen verunmöglicht. Der freie Zugang der Privathaushalte in ihrer aktiven Funktion ist damit gewährleistet; Behinderungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt sind unzulässig.

3. Zugang zum Markt im Konsumentenrecht

Die Begründung des freien Zugangs zum Markt im Konsumentenrecht ist für die Marktwirtschaft von grundlegender Bedeutung. Es handelt sich um das Verhalten der Privathaushalte in ihrer passiven Funktion, d.h. als private Abnehmer von Waren und Dienstleistungen auf den Märkten des Endverbrauchs. Der Anspruch auf freien Zugang der Konsumenten zum Markt als dritter Gesichtspunkt der wirtschaftsrechtlichen Beziehungen der Unternehmen und Privathaushalte ist historisch neu und der rechtswissen-

4 W. R. SCHLUEP, Verfahrensrechtliche Anmerkungen zum BG über Kartelle und ähnliche Organisationen und zu dessen Weiterentwicklung, FS Walder, Zürich 1994, 95.

5 W. R. SCHLUEP (FN 4), 95.

6 Art. 5 Abs. 3, Art. 7 und Art. 10 KG.

7 BGE 100 Ia 175.

8 Botschaft, BBl. 1995 I 533 f., Ziff. 222.1.

schaftliche Diskurs hierüber ist noch nicht abgeschlossen. Der Anspruch der Konsumenten richtet sich einerseits gegen Freiheitsbeschränkungen des Staates, andererseits gegen Freiheitsbeschränkungen durch die Unternehmen.

Im Wirtschaftsverfassungsrecht ist die Konsumfreiheit umstritten⁹. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Konsumfreiheit in der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit enthalten. Sie erscheint als derart selbstverständlich, dass sie nicht wahrgenommen wurde. Die Konsumfreiheit ist die Grundlage einer freien Marktwirtschaft, deren Entwicklung und Ablauf nicht durch zentralen Plan, sondern durch dezentrale Entscheide am Markt gelenkt wird. Die Freiheit der Person ist in Recht, Staat und Wirtschaft vorausgesetzt: Im Recht gründen die Rechtsverhältnisse der Wirtschaftseinheiten in der Privatautonomie, im Staat die Gesetze in der Bürger-Souveränität und in der Wirtschaft die Marktentscheide in der Konsumenten-Souveränität. Die kulturelle und technisch-rationale Innovationskraft der Marktwirtschaft¹⁰ entsteht in einem Zusammenspiel zwischen dem Erfindungsgeist der Unternehmen und den Lenkungsentscheiden der Privathaushalte. Dieses kreative Entdeckungsverfahren am Markt wird durch HGF, Berufsfreiheit und Konsumfreiheit wirtschaftsverfassungsrechtlich abgesichert. Der freie Zugang zum Markt darf daher nicht durch ungerechtfertigte Freiheitsbeschränkungen¹¹ behindert werden. Soweit der freie Marktzugang nicht durch den Staat, sondern durch Anbieter gegenüber Konsumenten beeinträchtigt wird, gelten die Normen des allgemeinen Privatrechts, insbesondere das Personenrecht.

Die Selbstbindung des Konsumenten durch Beitritt in einen Konsumentenverband im Sinne von Art. 27 ZGB ist hier ohne Belang. Von grosser Tragweite ist indessen die faktische Aufhebung der Vertragsfreiheit der Konsumenten durch das auf den Markt des Endverbrauchs ausgerichtete Verhalten der Anbieter. Die wirtschaftsrechtliche Stellung des Konsumenten ist hier identisch mit jener des handelsrechtlichen Aussenseiters im Sinne des Aussenkartellrechts nach Art. 28 ZGB. Konsumentenkartellrecht ist Aussenkartellrecht. Soweit durch illegitime private Wirtschaftsmacht von Anbietern¹² die Vertragsfreiheit der Konsumenten verletzt wird, schafft das Kartellgesetz einen Ausgleich. Nach der Konzeption des Gesetzes erfolgt dieser Ausgleich indirekt, da Art. 2 Abs. 1 KG ausschliesslich an den wirtschaftsrechtlichen Begriff des Unternehmens anknüpft¹³. Im Konsumentenkartellrecht behält damit Art. 28 ZGB seine grundlegende Bedeutung. Diese Grundnorm wird zudem ergänzt durch eine Reihe von Bestimmungen im materiellen Teil des KG, welche auch die Konsumenten als "Marktteilnehmer", als "Kunden" oder "Anleger" und als "Marktgegenseite" der Unternehmen betreffen¹⁴.

Die Kartellgesetzgebung in der Schweiz hatte denn auch historisch von Anfang an eine konsumentenrechtliche Ausrichtung, die insbesondere im Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht auf der staatlichen Ebene zum Ausdruck gebracht worden ist. Durch das zugunsten des Parlamentsentwurfs¹⁵ zurückgezogene Volksbegehren¹⁶ sollte die Übervorteilung von Konsumenten durch Wettbewerbsbehinderungen verunmöglicht werden.

III. Kaufkraftsicherung und Vermögensverteilung

Der Missbrauch wirtschaftlicher Macht durch einzelne oder zusammengeschlossene Anbieter wäre für die Konsumenten ohne Bedeutung, wenn der Missbrauch nicht unausweichbar überhöhte Preise¹⁷ zur Folge hätte, womit die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten verletzt werden. Kartell- und Monopolpreise und entsprechende Vertragsbedingungen wirken als negativer Faktor auf den Konsumentenpreisindex (Misch-Index des sog. Warenkorb) und die Kaufkraft der Privathaushalte am Markt. Der Verlust der Kaufkraft der Konsumenten als Marktnachfrager muss daher durch Lohnerhöhungen der Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt ausgeglichen werden (Sicherung des Reallohns). Durch diesen Vorgang wird jedoch die Teuerung verstärkt (Lohn-Preis-Spirale). Erfolgt indessen keine Kaufkraftsicherung für die Privathaushalte durch ausgleichende Erhöhung der Löhne der Arbeitnehmer, ergibt sich über die Begleichung überhöhter Kartell- und Monopolpreise faktisch eine Vermögensumverteilung aus der Wirtschaftssubstanz der Privathaushalte in die Unternehmen. Die klassische Kluft zwischen Arm und Reich wird durch kartellistisches Marktverhalten nicht kleiner, sondern grösser. Eine krass ungleiche Vermögensverteilung und ein Kaufkraftverlust der Privathaushalte ist nicht nur für die Gesamtwirtschaft schädlich, sondern auch staatspolitisch fragwürdig¹⁸.

- 9 Verneinend bspw. H. MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976, 50 und bisher Bundesgericht, BGE 102 Ia 104; bejahend bspw. P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. A. Bern 1982, XLVI; J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A. Bern 1991, 359; K. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. A. Bern 1995, 67 RN 34; Entscheid Verwaltungsgericht AG 28.9.1993, AGVE 1993, 237 ff. = JKR 1995, 171 f.
- 10 Art. 5 Abs. 2 lit. a KG.
- 11 Jedes Grundrecht und jede Freiheit unterliegt Beschränkungen, so auch die HGF und die Konsumfreiheit, JKR 1995, 172, sowie BGE 120 Ib 64; vgl. daher die gerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Drittinteresse zulasten der Konsumenten auswirken können, nachfolgend FN 52 ff.
- 12 Vorstehend FN 6.
- 13 Botschaft, BBl. 1995 I 533.
- 14 Bspw. Art. 4 Abs. 2; Art. 6 Abs. 2; Art. 7 Abs. 1 KG.
- 15 Zur historischen Abfolge des schweizerischen Kartellrechts: Bis 1962 Geltung des ZGB und OR; erstes KG 1962; zweites KG 1985; und nunmehr drittes KG 1995, vgl. H. MERZ, Der Schweizer Kartellgesetzentwurf, RabelsZ 1960, 1-23; P. TERCIER, Du droit des cartels au droit de la concurrence, ZSR 1993 I 399 ff.
- 16 H. MERZ (FN 15), 3.
- 17 SAMUELSON/NORDHAUS, Volkswirtschaftslehre, Grundlagen der Makro- und Mikroökonomie, Band 2, 8. A., Köln 1987, 95 f. und 147-150.
- 18 Vgl. dazu den Bericht des Bundesamtes für Sozialversicherung und der Fürsorgedirektorenkonferenz, Verhütung und Bekämpfung der Armut: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Massnahmen, EDMZ Nr. 318.010.3/95, Bern 1995.

Unter diesen Bedingungen kommt dem wirtschaftlichen Ziel der Preisstabilität grosse Bedeutung zu. Es ist eines der Mittel, nicht nur gesunde Unternehmen, sondern auch gesunde Privathaushalte zugunsten der Gesamtwirtschaft¹⁹ zu erhalten. Preisstabilität ist nun aber eine Folge wirksamen Wettbewerbs²⁰. Darauf ist zurückzukommen²¹.

B. Materielles Konsumentkartellrecht (Zugang zum Markt)

I. Konsumentkartellrecht und Vertragsrecht

1. Vorvertragliche Zwangslagen

1.1. Mangelhafte Vorstellungen des Konsumenten

Das Konsumentkartellrecht und das Vertragsrecht sind eng aufeinander bezogen, indem Abschluss und Inhalt des Konsumentenvertrages durch das vorvertragliche Verhalten von Anbieter und Konsument massgebend bestimmt werden.

Mit Bezug auf die Einordnung und Terminologie im Vertragsrecht geht es um die Entstehung und Kundgabe der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument im Sinne von Art. 1 OR, die zum Abschluss des Konsumentenvertrages²² führen. Entscheidend ist hier insbesondere die Gewährleistung eines mangelfreien Geschäftswillens des Konsumenten beim Vertragsabschluss. Der Begriff des Geschäftswillens umfasst zwei Merkmale, d.h. Wille und Vorstellung des Konsumenten. Sowohl die Vorstellungen des Konsumenten über das Angebot von Waren und Dienstleistungen des Anbieters als auch der Wille auf deren Abnahme können mangelfrei oder mangelhaft gebildet werden. Die Gründe für die Entstehung mangelhafter Vorstellungen oder mangelhafter Willensbildung des Konsumenten liegen nun aber im vorvertraglichen Verhalten der Parteien, auch wenn sie sich – im Vertragsrecht – erst nach Vertragsabschluss auswirken, d.h. bei der Erschliessung des Geschäftswillens im Rahmen der Auslegung der Willenserklärungen (Konsens) und bei der Frage nach der Gültigkeit zufolge Anfechtung oder Nichtigkeit des Vertrags. Die normativen Anforderungen an beide Parteien des Konsumentenvertrages im Hinblick auf eine Gewährleistung mangelfreier Vorstellungen und mangelfreier Willensbildung des Konsumenten sind dementsprechend dem vorvertraglichen Bereich zuzuordnen. Die vorvertraglichen normativen Anforderungen an das Verhalten von Anbieter und Konsument ergeben sich im Konsumentenrecht aufgrund mehrerer wirtschaftsrechtlicher Gesetze. Neben dem Konsumentinformationsgesetz (KIG) ist – im Wettbewerbsrecht – insbesondere auf das Konsumentenlauterkeitsrecht²³ und das Konsumentkartellrecht hinzuweisen. Im folgenden soll dementsprechend auf kartellistisches Verhalten von Anbietern eingegangen werden, das zu mangelhaften Vorstellungen der Konsumenten am Markt führen kann.

Mangelhafte Vorstellungen der Konsumenten am Markt können im Kartellrecht auf zwei Arten hervorgerufen werden. Durch Massnahmen der Anbieter, die zu einem Nichtwissen²⁴ oder die zu einem Halbwissen²⁵ der Konsumenten über wesentliche Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen führen. Die Vorkehrungen, die durch vorvertragliches Verhalten der Anbieter mangelhafte Vorstellungen der Konsumenten bewirken, können als Informationsmonopole oder Täuschungskartelle bezeichnet werden. Wesentliche Informationen über Waren und Dienstleistungen werden auf diese Weise der Marktgegenseite vorenthalten. So können Forschungsergebnisse über die Gesundheitsgefährdung oder Sicherheit²⁶ von Waren zurückgehalten oder bessere Produkte und Verfahren vom Markt abgehalten werden, womit die Rationalität und Innovation der Wirtschaft empfindlich gestört wird. Wegen der mangelhaften Vorstellungen der Konsumenten am Markt folgt die Nachfrage nicht nach rationalen Entscheidungen. Vielmehr bleibt ein schlechtes Angebot am Markt oder ein gutes Angebot kann sich nicht durchsetzen. Es kann sich hier zwar um Geschäftsgeheimnisse handeln, die indessen gegen fundamentale Persönlichkeitsrechte der Konsumenten verstossen²⁷. Wenn solche Informationen von einem Anbieter-Kartell zurück gehalten werden, besteht die Möglichkeit der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG in Verbindung mit Art. 16 VwVG²⁸.

Unter Berücksichtigung der zunehmenden Konzentration im Bereich der Massenmedien²⁹ sind solche kartel-

- 19 Die Privathaushalte stellen mit ihrem Privatkonsum rund 60% der Inlandnachfrage für Waren und Dienstleistungen.
- 20 B. SCHMIDHAUSER, Konsumentenschutz durch wirksamen Wettbewerb, Volkswirtschaft 4/90, 8.
- 21 Nachfolgend Ziff. B.III.1.
- 22 A. BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, in: AJP/PJA 5/1992, 591ff.; M. KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995; M. SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Chur/Zürich 1995.
- 23 A. BRUNNER, Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, in: plädoyer 5/1990, 36 ff.; D. LINDER, Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes, Zürich 1993; P. J. ABBT, Konsumentenschutz und Wettbewerb – Ein Spannungsverhältnis, Zürich 1994.
- 24 Es handelt sich um das gänzliche Fehlen von Vorstellungen, wofür der erkenntnistheoretische Terminus ignorantia verwendet wird, was Nichtwissen des Nichtwissens bedeutet.
- 25 Beim Halbwissen sind zwar Vorstellungen vorhanden, sie sind indessen teilweise unzutreffend.
- 26 Vgl. bspw. G. BORCHERT, Sind Daten über die Arzneimittelsicherheit Betriebsgeheimnisse?, ZRP 1996, 124–127.
- 27 Art. 1 PrHG, SR 221.112.944, greift erst nach einer Schädigung.
- 28 Vgl. zur Frage der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen den berühmten Fall *Stanley Adams*, BGE 102 Ia 211, BGE 104 IV 175 und HUNNINGS, The Stanley Adams affair or the bitter bit, in Common market law review 1987, 65–88.
- 29 R. H. WEBER, Medienkonzentration und Meinungspluralismus, Zürich 1995; DERS., Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem – das Beispiel der Telekommunikationsmärkte, AJP/PJA 9/1995, 1149–1161; DERS., Zur Medienrelevanz des neuen Kartellgesetzes, mediaLEX 1996, 19–25.

listischen Verhaltensweisen und ihre Beurteilung nicht bloss theoretischer Natur. Ähnliche Folgen können auch Inserateboykotte oder Inseratesperren bewirken, womit durch unzulässige Marktabsprachen hinreichende und mangelfreie Vorstellungen der Konsumenten über die Angebote am Markt beeinträchtigt werden³⁰.

Bei der Beurteilung eines Informationsmonopols ist zu untersuchen, ob eine Unternehmenskonzentration oder -kooperation im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 KG noch reale Ausweichmöglichkeiten zu anderen Informationsquellen offen lässt. Eine offene und zureichende Information der Konsumenten am Markt ist "im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung" im Sinne von Art. 1 KG unabdingbar. Ohne Meinungsppluralismus der offenen Gesellschaft bzw. ohne offenen Zugang der natürlichen Personen zu umfassender Information ist weder eine Markt-Wirtschaft noch ein demokratischer Staat denkbar. Zur Aufbrechung von Informationsmonopolen bei Print-Medien, die den Zugang zur Information über Waren und Dienstleistungen behindern, ist die WBK daher auch zur Beurteilung der Redaktionsstatute berechtigt, um die Unabhängigkeit von Werbung und journalistischer Meinungsäusserung zu gewährleisten. Für die elektronischen Medien gelten die Grundsätze der freien Meinungsbildung nach Art. 3 Abs. 1 lit. a RTVG³¹ und des offenen Zugangs zur Information nach Art. 4 RTVG. Die Werbung muss nach Art. 18 RTVG und Art. 10 ff. RTVV³² als solche erkennbar sein. Radio- und Fernseh-Unternehmen dürfen dabei einzelne Anbieter, welche sich in der Werbung für ihre Waren und Dienstleistungen an die gesetzlichen Vorgaben halten, nicht diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Damit wird auch ein offener Zugang zur Information erreicht und mangelfreie Vorstellungen der Konsumenten gefördert.

1.2. Mangelhafte Willensbildung des Konsumenten

Im Konsumentenkartellrecht stark ins Gewicht fallen auch vorvertraglich geschaffene Zwangslagen durch Kartellabsprachen der Anbieter, womit der freie Wille des Konsumenten betroffen ist. Die mangelhafte Willensbildung des Konsumenten beim Vertragsabschluss ist zwar im vorvertraglichen Verhalten der Anbieter begründet, sie wirkt sich jedoch vertragsrechtlich aus. Durch die mangelhafte Willensbildung ist der Geschäftswille des Konsumenten auf einen Inhalt des Vertrages gerichtet, der wegen der vorvertraglichen Zwangslage ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründen kann. Damit ist der vertragsrechtliche Tatbestand der Übervorteilung³³ im Sinne von Art. 21 OR gegeben. Art. 21 OR verbietet übervorteilendes Verhalten individuell-konkret, das Konsumentenkartellrecht generell-abstrakt gegenüber allen Konsumenten im vorvertraglichen Bereich.

Aufgrund der vorvertraglich vorgekehrten unzulässigen Wettbewerbsabreden der Anbieter im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG wird die Vertragsfreiheit der Konsumenten als solche beeinträchtigt. Dasselbe gilt auch für die Preisbindungen der zweiten Hand gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, wofür indessen keine gesetzliche Vermutung nach Art. 5

Abs. 3 KG aufgestellt wurde. Vorvertragliche Zwangslagen schafft zudem das Verhalten marktbeherrschender Anbieter³⁴. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ist die Diskriminierung von Konsumenten als Partner des Anbieters bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen verboten; entscheidend ist überdies Art. 7 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG, wonach von der "Marktgegenseite" nicht unangemessene Preise oder AGB erzwungen werden dürfen. Auch der Ausbeutungsmisbrauch ist damit verboten.

Den Konsumenten steht bei diesen Tatbeständen keine Wahlfreiheit mehr zu. Es ist nur ein Vertragsabschluss unter den Bedingungen³⁵ des Kartellangebots möglich oder der Verzicht auf einen Vertragsabschluss überhaupt. Es sind dies zahlreiche kartellistische Verhaltensweisen, die im Sinne des Aussenkartellrechts die Persönlichkeitsrechte der Konsumenten verletzen.

2. KG und KIG

2.1. Kartellabsprachen und totale Markttransparenz

Das Konsumentenkartellrecht hat nicht nur einen engen Bezug zum Vertragsrecht, sondern wie bereits erwähnt auch zum (vorvertraglichen) Konsumenteninformationsrecht (KIG). Demgemäss ist nachfolgend kurz auf die Zusammenhänge zwischen KG und KIG einzugehen.

Kartellabsprachen zeitigen neben der Begründung von unzulässigen Zwangslagen Nebenwirkungen, die auf den ersten Blick in positivem Licht erscheinen. Da aufgrund der Kartellabsprachen im Markt des Endverbrauchs ein einheitliches Angebot geschaffen wird, das andere Angebote von vorne herein vom Markt ausschliesst, ergibt sich daraus eine "totale" Markttransparenz zugunsten der Konsumenten. Im "Idealfall" sind sowohl der Konditionen-Wettbewerb (AGB) als auch der Preis-Wettbewerb beseitigt. Allenfalls bleibt noch ein schwacher Preis-Wettbewerb unter Ausschluss des Konditionen-Wettbewerbs. Die "totale" Markttransparenz hat jedoch für die Konsumenten im wahrsten Sinn des Worts einen hohen Preis. Die totale Informationsmöglichkeit der Konsumenten, die bei allen Anbietern auf die gleichen Bedingungen und Preise für bestimmte Waren und Dienstleistungen stossen, bewirkt die bereits beschriebene totale Entscheidungsunfreiheit der

30 B. SCHMIDHAUSER, Konsumentenschutz durch wirksamen Wettbewerb, Volkswirtschaft 4/90, 11.

31 SR 784.40.

32 SR 784.401.

33 P. GAUCH, Die Übervorteilung – Bemerkungen zum Art. 21 OR, recht 1989, 91–100; vgl. dazu auch den analogen Tatbestand des strafrechtlichen Wuchers im Sinne von Art. 157 StGB.

34 Art. 7 KG; diese Norm hat ihre Entsprechung in Art. 86 EGV, vgl. F. RITTNER, Das europäische Kartellrecht, in JZ 1996, 380.

35 Vgl. dazu bspw. die Untersuchungen der Kartellkommission zum Sachversichererkartell, VKKP 3/1988; zu den gesamtschweizerisch wirkenden Konventionen des Bankengewerbes, VKKP 3/1989, oder zu den Preisbindungen der zweiten Hand durch das Bierkartell, VKK 1966, 91 ff.

Konsumenten am "Markt". Der Wettbewerb findet nicht mehr statt.

2.2. Kartellaufhebung mit fehlender Markttransparenz

Bei der Aufhebung der volkswirtschaftlich schädlichen Kartellabsprachen entsteht andererseits wieder ein Wettbewerb zwischen den Anbietern, der insbesondere einen aktiven Konditionen-Wettbewerb auslöst. Jeder Anbieter kleidet sein Angebot für Waren und Dienstleistungen in eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen und Preislisten.

Der volkswirtschaftlich erwünschte lebhaftige Wettbewerb der Anbieter zeitigt jedoch Nebenwirkungen mit Bezug auf die Konsumenteninformation am Markt. Durch die Aufhebung der Kartellabsprachen durch die Wettbewerbsbehörden entsteht ein vielfältiges Angebot, das die Marktübersicht erschwert. Kartellaufhebungen führen daher zu fehlender Markttransparenz. Im Hinblick auf die beschriebene Pendelbewegung zwischen der Aufhebung der Entscheidungsfreiheit der Konsumenten bei der Entstehung von Kartellen und der Aufhebung der Konsumenteninformation bei der Entstehung von Wettbewerb ist somit ein marktkonformes Gleichgewicht herzustellen. Hiefür wurde das Konsumenteninformationsgesetz erlassen.

2.3. Marktkonformes Gleichgewicht

Die Lenkungsentscheide der Konsumenten am Markt sind nur möglich, wenn sowohl Entscheidungsfreiheit als auch Konsumenteninformation gegeben sind. Die Konsumenten-Souveränität setzt beides voraus³⁶. Ein marktkonformes Gleichgewicht zwischen Entscheidungsfreiheit und Information der Konsumenten als Marktsouverän wird daher durch Geltung und Vollzug sowohl des KG als auch des KIG erreicht. Das KIG stellt in Art. 2 Abs. 1 insbesondere sicher, dass die Angebote am Markt vergleichbar bleiben, was nach Art. 1 lit. a KIG sowohl für die Waren- als auch für die Dienstleistungsdeklaration gilt. Das KIG bewirkt damit eine Produkt-Innovation, indem das Verhältnis zwischen Produkt und Marketing klarer erfasst wird. Als Grundsatz muss dabei gelten, dass keine künstliche Verwirrung herbeigeführt werden darf. Die Vergleichbarkeit des Angebots von Waren und Dienstleistungen muss garantiert sein. Aus diesem Grunde wirkt hier auch das UWG ergänzend zum Kartellgesetz und zum KIG, indem das Lauterkeitsrecht das sog. Verwirrungs-Marketing zu Lasten der Konsumenten verhindert.

Mit Bezug auf die Vergleichbarkeit des Angebots von Waren und Dienstleistungen ist aufgrund der gesetzlichen Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 KG hingegen eine Vereinheitlichung der Marktinformation im Sinne des KIG für Preise oder Mengen nicht möglich, da dies wiederum zu unzulässigen Wettbewerbsbehinderungen führen müsste. Zulässig und gerechtfertigt sind hingegen KIG-DeklARATIONEN im Sinne von Art. 6 Abs. 2 KG. Aufgrund des KIG wird sich dementsprechend eine neue Unternehmens-Philosophie herausbilden müssen. Die Lenkung des Konsums wird nicht durch den Staat oder durch Wettbewerbsabreden der Unternehmen dekretiert, sondern durch das Ent-

deckungs-Verfahren am offenen Markt ermittelt (Konsumenten-Souveränität). An die Stelle der Wettbewerbsabreden tritt ein echtes Marketing, das auf die tatsächlich bestehenden Konsumenten-Bedürfnisse eingeht³⁷.

3. AGB und Preise (PüG)

3.1. AGB

Im wirtschaftsrechtlichen Tauschverhältnis erbringt der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit Waren und Dienstleistungen (charakteristische Leistung), der Konsument als privater Abnehmer die Gegenleistung (Geldleistung bzw. Preis). Die charakteristische Leistung des Anbieters wird neben den essentialia vor allem durch dessen Allgemeine Geschäftsbedingungen bestimmt.

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird durch drei Bundesgesetze erfasst, das OR, das UWG und das KG. Die Beurteilung der AGB-Problematik bleibt daher unvollständig, wenn einer der genannten Gesichtspunkte unbeachtet bleibt. Während das OR den vertraglichen Konsens der Willenserklärungen der Parteien regelt, gewährleisten UWG und KG im vorvertraglichen Bereich die Bildung eines mangelfreien Geschäftswillens des Konsumenten. Die vertragliche Natur der AGB betrifft insbesondere die Auslegung der Willenserklärungen und den Vertragskonsens mit Einbeziehung der AGB des Anbieters durch Annahmeerklärung des Konsumenten (Art. 1 und 18 OR i. V. m. Art. 2 ZGB). Das Vertrauensprinzip wird dabei durch die Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel konkretisiert. Das vorvertraglich wirkende Wettbewerbsrecht sichert zusätzlich eine mangelfreie Vorstellung beim Geschäftswillen durch das Verbot von Täuschung (Art. 8 UWG) und eine mangelfreie Willensbildung des Geschäftswillens des Konsumenten durch das Verbot der Schaffung und Ausnutzung von Zwangslagen (Art. 5 und 7 KG).

Eine rein vertragsrechtliche Beurteilung der AGB mit blossem Hinweis auf das bestehende Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Konsument (bargaining power) vermag die AGB-Problematik nur inadäquat zu erfassen. Es fehlt die differenzierende Betrachtungsweise des Kartellrechts. Es ist insbesondere das Konsumentenkartellrecht, das eine adäquate rechtliche Einordnung der vorvertraglich bestehenden Zwangslagen ermöglicht. Liegt im Sinne des Aussenkartellrechts eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch AGB von Kartellen oder marktbeherrschender Unternehmen vor, welche sich im Markt des Endverbrauchs gegen Konsumenten richten, so stellt sich die Frage nach deren Gültigkeit auch in vertragsrechtlicher Hinsicht. Ist die Widerrechtlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung festgestellt, folgt nach Art. 20 OR die teilweise oder die volle Nichtigkeit der AGB des Anbieters.

36 P. RIEDER, Konsumentenschutz im Kartellrecht, Volkswirtschaft 4/90, 23.

37 Vgl. P. ULRICH, Transformation der ökonomischen Vernunft, 3. A. Bern 1993, 321 und 434 Mitte; anwendbar bspw. auf das Kundengeschäft der Versicherungen oder auf das retail-banking.

3.2. Preise

Erbringt der Anbieter im wirtschaftsrechtlichen Tauschverhältnis die charakteristische Leistung, erfolgt der Ausgleich mit der Gegenleistung des Konsumenten in Form einer Geldleistung. Als Preis wird dabei die Geldleistung bezeichnet, welche durch privatrechtliche Vereinbarung ermittelt wird. Der Ausdruck Tarif findet Verwendung bei Ermittlung der Geldleistung durch öffentlichrechtliche Aufsichtsorgane oder durch einseitige Festsetzung durch Kartelle oder marktmächtige Unternehmen.

Auch die Geldleistung des Konsumenten wird zur Hauptsache durch drei Bundeserlasse erfasst, das OR, die Preisbekanntgabeverordnung (PBV) und das Preisüberwachungsgesetz (PüG)³⁸. Die Beurteilung von Preisen und Tarifen bleibt daher unvollständig, wenn einer der genannten Gesichtspunkte unbeachtet bleibt. Während das OR wiederum den vertraglichen Konsens der Willenserklärungen bei der Preisermittlung der Parteien regelt, gewährleisten PBV und PüG im vorvertraglichen Bereich die Bildung eines mangelfreien Geschäftswillens des Konsumenten. Die vertragliche Natur der Preise betrifft insbesondere die Auslegung der Willenserklärungen (vgl. Art. 7 Abs. 2 und 3 OR) bzw. die Annahmeerklärung des Konsumenten (Art. 1 und 6 OR). Das vorvertraglich wirkende Wettbewerbsrecht sichert zusätzlich eine mangelfreie Vorstellung beim Geschäftswillen mit Bezug auf die Geldleistung durch das Verbot von Täuschung bzw. das Gebot der Konsumenteninformation (Art. 1 und 2 PBV) und eine mangelfreie Willensbildung des Geschäftswillens des Konsumenten durch das Verbot des Preissmissbrauchs (Art. 12 Abs. 1 PüG).

Eine rein vertragsrechtliche Beurteilung von Preisen und Tarifen mit blossem Hinweis auf das Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Konsument bzw. das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von Art. 21 OR vermag insbesondere die Tarif-Problematik nur inadäquat zu erfassen. Es fehlt die differenzierende Betrachtungsweise des Kartellrechts. Nur das Konsumentenkartellrecht vermag die vorvertraglich geschaffenen und missbrauchten Zwangslagen durch Kartelle und marktmächtige Unternehmen rechtlich adäquat einzuordnen. Liegt im Sinne des Aussenkartellrechts eine unzulässige Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG und Art. 1 und 2 PüG) vor, welche sich im Markt des Endverbrauchs gegen Konsumenten richten, so stellt sich die Frage nach deren Gültigkeit auch in vertragsrechtlicher Hinsicht. Ist die Widerrechtlichkeit der Preisfestsetzung oder Tarifierung festgestellt, folgt nach Art. 20 OR die (Teil-)Nichtigkeit des Vertrags hinsichtlich der vereinbarten Geldleistung des Konsumenten. Aufgrund von Art. 62 OR können zuviel bezahlte Geldbeträge durch den Konsumenten zurückgefordert werden.

Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Ermittlung von Tarifen durch oder unter Mitwirkung von Aufsichtsbehörden wegen der einseitigen Festsetzung nicht zwingend alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt (Art. 13 PüG) und auch die wirtschaftlichen Interessen der Konsu-

menten verletzen kann, erfasst das PüG auch die Tarife von Unternehmen öffentlichen Rechts und die administrierten Preise (Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 PüG).

II. Konsumentenkartellrecht und Aufsichtsrecht

1. Wahrung der Konsumenteninteressen

1.1. Marktzugangskontrolle über Unternehmen

Das Konsumentenkartellrecht weist auch einen engen Bezug zum neuen Bundesgesetz über den Binnenmarkt³⁹ auf. Nach einem allgemeinen Grundsatz des Wirtschaftsrechts werden im Sinne des Aufsichtsrechts nur solche Anbieter zum Markt zugelassen, die Gewähr für korrektes Marktverhalten bieten. Das entsprechende Bewilligungsverfahren bezweckt insbesondere die Gewährleistung der Dienstleistungssicherheit⁴⁰ im wirtschaftlichen Interesse der Konsumenten. In diesem Sinne bestehen beispielsweise Marktzutrittskontrollen auf Bundesebene für Versicherungen und Banken⁴¹. Soweit die Marktzutrittskontrollen in die Kompetenz der Kantone fallen, sichert das BGBM einen freien Zugang zum Markt für Anbieter (Art. 2 BGBM) für das gesamte Gebiet der Schweiz. Damit gilt allerdings nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 BGBM der jeweilige Schutz-Standard des Bewilligungskantons⁴².

1.2. Marktaufsicht über Unternehmen

Haben Anbieter aufgrund der Bewilligung Zutritt zum Markt erlangt, unterliegen sie mit Bezug auf ihr Verhalten der Marktaufsicht. Marktaufsicht bedeutet damit gleichzeitig eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Unternehmen (Art. 31 BV), wenn dies zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Der Rechtsbegriff der "überwiegenden öffentlichen Interessen" ist in Art. 3 Abs. 2 BGBM und in Art. 8 KG identisch. Er

38 R. LANZ, Preisüberwachung im Dienste der Konsumenten, Volkswirtschaft 4/90, 25 ff.; P. TERCIER, Droit des cartels et surveillance des prix, in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, 309–343; vgl. zudem die Literatur-Übersicht bei B. STAUDER, Dokumentation des schweizerischen Konsumentenrechts, Bibliographie, JKR 1995, 368–370.

39 Botschaft vom 23. November 1994; 94.101 Separatdruck; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz, AJP/PJA 5/1995, 593–604.

40 G. BRÜGGEMEIER, Der Vorschlag einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen im Lichte des deutschen und schweizerischen Schuldrechts, ZSR 1993 I 419–435; G. SCHIEMANN, EG-rechtliche Haftung für Dienstleistungen, in A. K. SCHNYDER et al. (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, Tübingen 1995, 131–141.

41 VAG-Versicherungsaufsichtsgesetz SR 961.01; BankG-Bankengesetz SR 952.0; vgl. U. NORDMANN-ZIMMERMANN, Cartels, surveillance des banques, des fonds de placement, des assurances privées, Lausanne 1984.

42 Übernahme des sog. *Cassis-de-Dijon*-Prinzips des EuGH für den Binnenmarkt Schweiz, vgl. BBl. 1993 I 830.

erfasst mit Bezug auf das Konsumentkartellrecht ausdrücklich auch die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten (Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM). In systematischer Hinsicht gehört hierher auch das Recht der Konsumgütersicherheit, die ebenfalls durch Aufsichtsbehörden überwacht wird. In Art. 6 Abs. 2 KG werden öffentlichrechtliche Vorschriften zum Schutze der Kunden ausdrücklich vorbehalten. Darunter sind echte Schutznormen für die Sicherheit von Waren, nicht aber verdeckte technische Handelshemmnisse⁴³ zu verstehen.

Nach dem neuen Kartellgesetz ist zudem die Befugnis der Wettbewerbskommission nach Art. 45 Abs. 2 KG gegeben, den Aufsichtsbehörden von Bund und Kantonen Empfehlungen hinsichtlich der Handhabung wirtschaftsrechtlicher Normen zu unterbreiten. Damit wird das systematische Zusammenspiel an der Schnittstelle des Aufsichts- und Wettbewerbsrechts⁴⁴ auch im Interesse der Konsumenten sichergestellt. Darunter fallen nicht zuletzt die Genehmigung von AGB und weiteren Geschäftsunterlagen sowie die Genehmigung von Tarifen.

2. Verletzung der Konsumenteninteressen

2.1. Einseitige Aufsichtsorgane

Die Tätigkeit von Aufsichtsorganen erfolgt im vorgenannten Sinne auch im Interesse der Konsumenten. Solche können jedoch dann verletzt werden, wenn die Behörden der Aufsicht einseitig zusammengesetzt sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Konsumenten als Teilnehmer eines der Aufsicht unterstellten relevanten Marktes ungenügend repräsentiert sind. Es werden ausschliesslich Vertreter der Anbieter in die Aufsichtsbehörden gewählt, allenfalls auch Sachverständige, die aber in der Minderzahl bleiben. Bei solch einseitig bestellten Aufsichtsorganen von Bund und Kantonen besteht die Gefahr einseitiger und selektiver Wahrnehmung der wirtschaftlichen Realitäten zulasten der Konsumenteninteressen. Ihre Verletzung ist bspw. möglich bei der Festsetzung von Tarifstrukturen oder der Genehmigung von Unterlagen, die am Markt des Endverbrauchs Verwendung finden sollen. Die Erfahrung hat bisher gezeigt, dass eine ausschliessliche Aufsicht durch die Beaufsichtigten zu einer Zementierung wettbewerbsbehindernder Verhaltensweisen am Markt führen kann. Solche Aufsichtsbehörden sind kaum in der Lage, ihren Beitrag zu wirksamem Wettbewerb im Sinne von Art. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG zu leisten. Es steht denn auch ausser Frage, dass die Aufsichtsbehörden verpflichtet sind, bei der Auslegung des sektoriell wirkenden Aufsichtsrechts die Geltung des horizontal wirkenden Kartellrechts in systematischer Hinsicht heranzuziehen.

In diesem Sinne schreibt Art. 18 Abs. 2 des neuen KG vor, dass die Mehrheit der Wettbewerbskommission unabhängige Sachverständige sein müssen.

2.2. Amtsmissbrauch der Aufsichtsorgane

Eine Verletzung der Konsumenteninteressen kann überdies durch Amtsmissbrauch der Aufsichtsorgane erfolgen. Der freie Wettbewerb wird hier nicht durch Absprachen unter

Anbietern, sondern durch das Zusammenwirken zwischen der Aufsicht und einzelnen Anbietern behindert. Als Tatbestände fallen in Betracht die Bevorzugung eines Monopolisten durch die Aufsicht oder die Hinderung des Marktzugangs anderer Anbieter durch Verschleppung der Aufsichtsverfahren. Krass wettbewerbswidrig wird das genannte Zusammenwirken dann, wenn Beamte der Aufsicht gleichzeitig an Unternehmen beteiligt sind, die der Aufsicht unterstehen⁴⁵. Aufsichtsbeschwerden von Konsumenten gegen solche Anbieter am Markt gehen wegen der Befangenheit der Aufsicht von vorne herein ins Leere. Der unrechtmässige Vorteil, der einem solchen Anbieter am Markt verschafft werden kann, ergibt sich aus dem Nachteil, der den Konsumenten durch das Zusammenwirken zugefügt wird. Bei unzulässigem Zusammenwirken von Aufsicht und Anbieter ist eine kartellrechtliche Anzeige nach Art. 26 KG bei der Wettbewerbskommission möglich. Eine Kontrolle über die Aufsichtsbehörden erfolgt damit indirekt durch die gesetzliche Pflicht der WBK zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit nach Art. 49 KG. Aufgrund von Anzeigen gegenüber dem Verhalten von Aufsichtsbehörden gelangen damit stossende Sachverhalte unter die demokratische Kontrolle des Publikums. Über das Kartellrecht hinaus kann auch mit dem Strafrecht gegen solche Wettbewerbsbehinderungen vorgegangen werden⁴⁶.

III. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

1. Wirksamer Wettbewerb und Effizienzprüfung

Mit dem neuen Kartellrecht wurde die Saldo-Methode nach Art. 29 altKG aufgegeben. Sie wird ersetzt durch die Beurteilung von Wettbewerbsbehinderungen gemäss Art. 5 KG. Als Grundsatz fordert Art. 5 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb. Danach sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Wirksamer Wettbewerb hat Wahlfreiheit der

43 Vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. a THG – überwiegende öffentliche Interessen (vgl. Art. 8 KG) – i.V.m. Art. 5 Abs. 4 lit. e THG – Schutz der Konsumenten und Lauterkeit des Handelsverkehrs –; Botschaft zu einem BG über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 15.2.1995; BBl. 1995 II 521; JKR 1995, 125.

44 Bei den "wirtschaftsrechtlichen Vorschriften" nach Art. 45 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 KG handelt es sich vorwiegend um Aufsichtsrecht; vgl. Amtl. Bull. 1995 SR, 868.

45 Dieser Vorgang lässt sich bspw. durch die Vergabe von Inhaberaktien an beteiligten Unternehmen geheim halten; vgl. M. LEUENBERGER, Die Anonymität des Inhaberaktionärs, Zürich 1996.

46 Art. 312 StGB.

Konsumenten zur Folge. Das Marktangebot ist nicht unausweichbar, vielmehr besteht die Möglichkeit, auf das Angebot von Waren und Dienstleistungen anderer Anbieter auszuweichen. Art. 5 Abs. 2 KG sieht eine Effizienzprüfung nach rein ökonomischen Kriterien vor und Art. 5 Abs. 3 KG stellt mit sog. *per se*-Tatbeständen gesetzliche Vermutungen mit Bezug auf Wettbewerbsbehinderungen auf, bei welchen wirksamer Wettbewerb in der Regel als beseitigt gilt.

Die Konsumenteninteressen wurden bisher im Rahmen der Saldo-Methode mitberücksichtigt. Art. 29 Abs. 2 altKG lautete wie folgt: "... Ferner berücksichtigt sie ... die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten". Zu den Konsumenteninteressen gehören Sicherheit und Gesundheit, Information und wirtschaftliche Interessen wie Qualität und Preis. Das neue Recht beschränkt die materielle kartellrechtliche Beurteilung vorerst auf die wirtschaftlichen Interessen. Die Effizienzprüfung erfolgt nach den Kriterien von Qualität und Preis im Rahmen des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). Nach diesem Ökonomie-Grundsatz scheidet andere Politiken vorerst aus. Die rein ökonomische Effizienzprüfung lässt jedoch nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG Abreden über technische Verbesserungen, rationellere Verfahren und Vorkehren zur Sicherung der Berufserfahrung und des Wissen-Fortschritts zu. Erst nach dem Ökonomie-Grundsatz werden in einer Reihe von Ökonomie-Ausnahmen die externen Kostenfaktoren⁴⁷ von Produktion und Handel in die Beurteilung einbezogen. Auf diese Weise können berechnete Drittinteressen zu berechtigten Beschränkungen des Wettbewerbs führen. Dazu gehören insbesondere die übrigen Konsumenteninteressen, die vom Begriff der überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Art. 8 KG erfasst werden.

2. Konsum und Handel

2.1. Anbieterabsprachen gegen Konsumenten

Unzulässiges Verhalten zwischen Handel und Konsum ist in beiden Richtungen möglich; als Verhalten der Anbieter gegen Konsumenten und als Verhalten der Konsumenten gegen Anbieter.

Im Rahmen des Konsumentenkartellrechts als Aussenkartellrecht gilt insbesondere das Verbot von Ausbeutungsmisbrauch und Diskriminierung⁴⁸ gegenüber den Konsumenten. In beiden Fällen wird die Vertragsfreiheit der Konsumenten aufgehoben; im ersten Tatbestand durch Aufhebung der Wahlfreiheit, im zweiten durch Verweigerung eines Vertrags. Ausbeutungsmisbrauch und Diskriminierung gegen Konsumenten sind auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb sehr häufig. Dies hat bspw. die Wettbewerbsbehörden der EU-Kommission bewogen, bei der Gruppenfreistellung⁴⁹ für Absprachen im Auto-Handel zur Gewährleistung des Kundendienstes ausdrücklich festzuhalten, dass "die Freistellung nicht gilt, wenn der Hersteller, der Lieferant oder ein anderes Unternehmen des Vertriebsnetzes unmittelbar oder mittelbar die Freiheit der Endverbraucher ... oder Vertragshändler einschränkt, innerhalb des Gemeinsamen Marktes bei einem Unternehmen

des Vertriebsnetzes ihrer Wahl ... Waren zu erwerben und Kundendienst dafür in Anspruch zu nehmen oder die Freiheit der Endverbraucher einschränkt, ... Waren weiterzuverkaufen, vorausgesetzt, dass dieser Verkauf nicht zu kommerziellen Zwecken durchgeführt wird ..."⁵⁰. Auch bei der konsumentenrechtlich motivierten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 KG darf daher wirksamer Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden.

Ein besonderes Problem ist schliesslich gegeben, wenn Konsumenten zur Sicherung der Grundversorgung von Person oder Familie auf Leistungen eines Anbieters angewiesen sind. Solche Leistungen werden häufig durch Monopol-Anbieter erbracht. Da die Vertragsfreiheit aufgrund der Zwangslage grundsätzlich aufgehoben ist, rechtfertigt sich ein Eingriff durch das Kartellgesetz. In analoger Anwendung von Art. 13 lit. b KG besteht ein Kontrahierungszwang bei Angewiesenheit des Abnehmers auf die Leistung des Monopolisten⁵¹.

2.2. Konsumentenboykott gegen Anbieter

Das Verhalten der Konsumenten gegen Anbieter geht in die andere Richtung im Verhältnis zwischen Handel und Konsum. Zulässig ist einerseits die individuelle Verweigerung eines Vertrags mit einem Anbieter durch einen einzelnen Konsumenten, da der wettbewerbsrechtliche Bezug fehlt. Unzulässig ist andererseits im Grundsatz die generelle wettbewerbsbeschränkende Absprache der Konsumenten auf Verweigerung von Vertragsabschlüssen gegenüber einem Anbieter oder einer Anbieter-Gruppe. Die Diskriminierung geht hier in die entgegengesetzte Richtung. Die generelle Weigerung wird als Konsumstreik oder als Konsumentenboykott bezeichnet. Es ist der massenhaft auftretende Widerstand im Markt des Endverbrauchs gegen die Person, das Angebot oder bestimmte Verhaltensweisen des Anbieters. Die Konsumenten entwickeln dadurch eine wirtschaftliche Macht im Nachfragemarkt, die den Anbieter empfindlich treffen kann. Ein Konsumentenboykott entsteht jedoch in der Regel nicht ohne zureichende Gründe. Zulässig im Sinne einer normativen Ausnahme wird der Konsumentenboykott durch den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen und das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Der Konsumenten-

47 Nachfolgend FN 52 ff.

48 Vgl. eingehend vorne Ziff. B.I.1.

49 Nach Art. 85 Abs. 3 EGV; vgl. analoge Norm im schweizerischen Kartellrecht: Art. 6 KG.

50 VO Nr. 1475/95 vom 28.6.1995, ABl. 145/25 = EuZW 1995, 732, betr. Gruppenfreistellung für Absprachen im Auto-Handel zur Gewährleistung des Kundendienstes mit Komm. von F. RITTNER, Das europäische Kartellrecht, in JZ 1996, 377–385, insb. 382; vgl. dazu auch das konsumentenrechtlich motivierte Grünbuch der EU-Kommission über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15.11.1993, KOM (93) 509.

51 Vgl. zum Kontrahierungszwang bspw. W. ZÖLLNER, Regulierungsspielräume im Schuldvertragsrecht, in AcP 1996, 1–36, insb. 30.

tenboykott untersteht jedoch nicht der Spezialgesetzgebung des Kartellgesetzes, was sich aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 KG ergibt. Es gelten die Normen des allgemeinen Privatrechts (Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 41 bzw. Art. 44 OR).

IV. Gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen

1. Schranken der Konsumfreiheit

In der vorstehenden Einführung (A.) wurde dargelegt, dass die Konsumfreiheit der Konsumenten sowohl durch den Staat als auch durch Abreden der Anbieter beschränkt werden kann. Mit Bezug auf die Abreden der Anbieter wurde dabei vorerst auf die Bedingungen eingegangen, unter welchen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Konsumenten unzulässig (B. III.) sind. Im folgenden sind nun die Bedingungen darzustellen, unter welchen die Beschränkung des Wettbewerbs einerseits und der Vertragsfreiheit der Konsumenten andererseits sich als zulässig erweist.

Entscheidend sind hier die Ökonomie-Ausnahmen, die in Abweichung vom Ökonomie-Grundsatz auch die externen Kostenfaktoren⁵² von Produktion und Handel bei der Beurteilung berücksichtigen. Es geht um die Wahrung von Drittinteressen, die nicht im Tauschverhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer enthalten sind. Da der Tausch Drittinteressen verletzen kann, stellt sich die wirtschaftsrechtliche Frage, ob das Verhalten von Anbieter und Konsument auf Kosten und damit zulasten Dritter zulässig ist, oder ob der Tausch zugunsten von Drittinteressen als ungerichtet⁵³ beurteilt werden soll.

Bereits die Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG enthält nicht nur Gesichtspunkte des reinen Ökonomie-Grundsatzes. So geht die gewerbliche Berufsausbildung eindeutig über die rein ökonomische Effizienzprüfung hinaus. Allerdings kann gesagt werden, dass eine gute Ausbildung der Unternehmer und ihrer Arbeitnehmer auch im Interesse der Konsumenten liegt. Entscheidend scheint hier lediglich die Überprüfbarkeit der entsprechenden Kosten, andernfalls sind sachfremde Kartellrenten zulasten der Konsumenten möglich.

Echte Ökonomie-Ausnahmen sind jedoch bei der Berücksichtigung einer rationellen Nutzung der Ressourcen gegeben (nachfolgend 3.) sowie bei der Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen (nachfolgend 2.) und weiterer Gesichtspunkte (nachfolgend 4.).

2. Konsum und Arbeit

Es geht hier um die wirtschaftsrechtliche Frage des sozialverträglichen Verhaltens von Anbietern und Konsumenten am Markt. Nach neuem Kartellrecht ist der Arbeitnehmerschutz wie folgt geregelt. Es gilt der allgemeine Vorbehalt zugunsten von Spezialgesetzen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG für bestimmte Waren und Dienstleistungen, welche vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausdrücklich ausgenommen sind. Darunter fällt insbesondere auch die AVE von GAV zugunsten der Arbeitnehmer⁵⁴. Aussenseiter, die sich an solche Vorschriften zum Schutz der Arbeit-

nehmer nicht halten, und damit Preisunterbietungen unter Konkurrenten betreiben, können sich daher nicht auf eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG berufen. Vielmehr liegt wettbewerbsrechtlich der Tatbestand des Sozialdumping im Sinne von Art. 7 UWG vor⁵⁵. Die Konsumentenverbände sind aus wirtschaftsethischen Gründen wie die Anbieterverbände gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 7 und Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG berechtigt, gegen krasses sozialunverträgliches Verhalten von einzelnen Unternehmen⁵⁶ vorzugehen. Kartellrechtlich werden die Arbeitnehmerinteressen zudem im Rahmen der überwiegenden öffentlichen Interessen nach Art. 8 KG zu berücksichtigen sein.

3. Konsum und Umwelt (Ökonomie und Ökologie)

Die Effizienzprüfung klammert die externen Kostenfaktoren im Rahmen des Ökonomie-Grundsatzes aus. Die Effizienzprüfung wurde daher im neuen Kartellgesetz direkt durch die Pflicht zur Berücksichtigung der Ressourcenfrage ergänzt. Damit ist die nationale und internationale Umweltschutzgesetzgebung zu berücksichtigen, womit die Gesichtspunkte von Ökonomie und Ökologie⁵⁷ miteinander in Einklang zu bringen sind.

Die Berücksichtigung der ökologischen Bedingungen der am Markt angebotenen Waren und Dienstleistungen ist auch im vitalen Interesse der Konsumenten. Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG geht es insbesondere um die rationelle Nutzung von Ressourcen, womit die öffentlichen Güter wie Boden⁵⁸, Wasser⁵⁹, Luft⁶⁰ und Energie⁶¹ gemeint sind. Wettbewerbsabreden sind daher trotz teurerer Preise gerechtfertigt, wenn damit umweltfreundlichere Waren und Dienstleistungen angeboten werden können. Diese Frage

52 Vorstehend FN 47.

53 Vgl. dazu insbesondere U. KNOBLOCH, Theorie und Ethik des Konsums, Bern 1994, 161 ff.

54 Botschaft, BBl. 1995 I 533 f.

55 Vgl. zur Frage des Verdrängungswettbewerbs durch Sozialdumping im transnationalen Bereich, IPRG-BRUNNER, Art. 115 N 7; das Problem wird neuerdings im Hinblick auf WTO und ILO auch thematisiert in: VALLET/EGGER/PERROULAZ, Jahrbuch Schweiz – Dritte Welt, Genf 1996.

56 Vgl. dazu auch das Postulat A. WEBER; 95.3626 vom 21.12.1995: Anreize für die Unternehmen für sozialverträgliches Verhalten.

57 Vgl. dazu CH. BOVET, Concurrence et environnement, in SZW 1995, 169–180; ST. SCHMIDHEINY/F. ZORRAQUIN, Finanzierung des Kurswechsels, Die Finanzmärkte als Schrittmacher der Ökoeffizienz, 1996.

58 Art. 1 RPG, SR 700; Art. VSBo, SR 814.12.

59 Art. 1 GschG, SR 814.20.

60 Art. 4 USG, SR 814.01; Art. 1 LRV, SR 814.318.142.1.

61 Art. 1 ENB, SR 730.0.

stellt sich bspw. bei der Einführung von Entsorgungsgebühren, womit externe Kosten internalisiert werden können. Umweltschonende Entsorgungsgebühren (Ökologie-Grundsatz) lassen sich aber wegen der Lenkungsdominanz von Niedrig-Preisen (Ökonomie-Grundsatz bei den Konsumenten)⁶² nur durch Wettbewerbsabreden der Anbieter durchsetzen. Nach Art. 5 Abs. 2 lit. b KG darf indessen der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt werden.

Auch wenn daher die Allgemeinverbindlicherklärung⁶³ von ökologisch begründeten KIG-Deklarationen im Sinne von Wettbewerbsabreden der Anbieter und Konsumenten zu begrüssen wäre, ist dies zumindest nach geltendem Kartellgesetz nicht möglich. Möglich ist indessen die Rechtfertigung der Wettbewerbsabreden und die Bekämpfung von Aussenseitern, die sich ausschliesslich nach ökonomischen Gesichtspunkten richten und die ökologischen Bedingungen des Marktangebots missachten. Immerhin kann ein Ökologie-Kartell von Anbietern gegen rein ökonomisch handelnde Aussenseiter wegen unlauteren Wettbewerbs vorgehen, wenn gleichzeitig öffentlichrechtliche Schutznormen verletzt werden. Das Verhalten des Aussenseiters ist in einem solchen Fall widerrechtlich im Sinne von Art. 2 UWG⁶⁴.

4. Konsum und Strukturpolitik

Die Berücksichtigung von Drittinteressen im Tauschverhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer über den Ökonomie-Grundsatz hinaus kann sich auch aufgrund strukturpolitischer Gesichtspunkte ergeben.

Ausdrücklich im Gesetz erwähnt sind in Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, womit Gesichtspunkte der Kulturpolitik berücksichtigt werden können. Das Kartellgesetz enthält in Art. 8 KG auch eine Norm, womit berechnete Wettbewerbsbeschränkungen gegen die nivellierenden Auswirkungen des Massenanangebots errichtet werden können⁶⁵.

Auf die strukturpolitisch relevanten Gesichtspunkte der Grundversorgung der Privathaushalte (Person und Familie) wurde bereits hingewiesen. Die Problematik einer Sicherstellung der Grundversorgung mit lebensnotwendigen Waren und Dienstleistungen hat in den Bereichen Verkehr und Kommunikation bisher zu gerechtfertigten Monopolen geführt. Monopol-Unternehmen (SBB, PTT, Radio-TV) sind zwar marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG bzw. Art. 7 KG. Sie können aber, weil sie im Sinne von Art. 8 KG im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, vom Bundesrat als zulässig erklärt werden. Im Tauschverhältnis zwischen Monopol-Unternehmen und Konsumenten werden insbesondere im Rahmen der Tarif-Struktur und des übrigen Leistungsangebots Kosten erhoben, die ausserhalb des Ökonomie-Grundsatzes liegen, jedoch aufgrund wirtschaftsethischer Solidarität gerechtfertigt sind. Den Monopol-Unternehmen kann eine Versorgungspflicht auferlegt werden in direkter oder analoger Anwendung von Art. 13 lit. b KG.

C. Formelles Konsumentenkartellrecht (Zugang zum Recht)

Das materielle Konsumentenkartellrecht bleibt toter Buchstabe ohne eine griffige Umsetzung des Zugangs zum Recht für die Konsumenten und Konsumentenverbände. Die materiellrechtlichen Normen wurden im neuen KG mit Bezug auf das formelle Recht vereinheitlicht. Es gilt nunmehr der identische Massstab im zivilrechtlichen⁶⁶ und im verwaltungsrechtlichen⁶⁷ Verfahren.

I. Zivilrechtliches Verfahren

Das zivilrechtliche Verfahren des Kartellgesetzes ist für Konsumentklagen nicht anwendbar. Nach Art. 2 KG regelt das Gesetz direkt nur das Marktverhalten der Unternehmen, nicht jedoch jenes der Konsumenten, deren wirtschaftliche Interessen durch das Gesetz indirekt gewahrt werden. Art. 12 Abs. 1 KG weist im zivilrechtlichen Verfahren zudem noch ausdrücklich auf die "Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs" hin, was ausschliesslich die Unternehmen betrifft.

Dies bedeutet indessen nicht, dass zivilrechtliche Klagen von Konsumenten und Konsumentenverbänden⁶⁸ gegen Kartelle und marktmächtige Unternehmen ausgeschlossen sind. Es gelten hier die Normen des allgemeinen Privatrechts, insbesondere das Aussenkartellrecht, womit sich Konsumentklagen auf Art. 28 ZGB und Art. 41 OR abstützen. In einem zivilrechtlichen Konsumentenkartellprozess tritt damit die analoge Wirkung von Art. 15 KG des handelsrechtlichen Verfahrens ein. Im handelsrechtlichen Zivilverfahren hat der Richter nach Art. 15 Abs. 1 KG ein Gutachten bei der WBK einzuholen. Im Falle überwiegender öffentlicher Interessen entscheidet sogar der Bundesrat. Das Zivilverfahren wird demnach für die Klärung der Frage der Wettbewerbsbehinderung bzw. für die Beurteilung ihrer Widerrechtlichkeit in jedem Fall unterbrochen.

Der zivilrechtliche Konsumentenkartellprozess wird nun nicht unterbrochen, sondern erst dann anhängig gemacht, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Widerrechtlichkeit festgestellt worden ist. Darauf kann sich die

62 Real-Typus des Konsumenten; vgl. ULRICH (FN 37), 114.

63 Analog zur AVE von GAV gemäss AVEG, SR 221.215.311.

64 BRUNNER (FN 23), 38 f.

65 Botschaft, BBl. 1995 I 577: Preisbindung für Bücher; vgl. dazu auch DUCREY/DROLSHAMMER, Aspekte des Geltungsbereiches des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) am Beispiel der Preise für Bücher aus Deutschland, in SZW 1995, 181-184.

66 R. WALTER, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG – unauffällige Revision mit Knacknüssen, AJP/PJA 1996, 893 ff.

67 R. MALACRIDA, Das verwaltungsrechtliche Verfahren im neuen Kartellgesetz, in AJP/PJA 1996, 902 ff.

68 Die Verbandsklage war als Spezialinstitut im VE des KG vorgesehen, C. BAUDENBACHER, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP/PJA 11/1994, 1371, linke Spalte oben.

zivilrechtliche Schadenersatzklage abstützen, die gemäss Art. 20 und 62 OR in Form von Sammelklagen⁶⁹ der Konsumenten bei den ordentlichen Gerichten anhängig zu machen ist.

II. Verwaltungsrechtliches Verfahren

Im verwaltungsrechtlichen Verfahren sind – neben den Unternehmen – auch Dritte⁷⁰ teilnahmeberechtigt. Unter diesen Rechtsbegriff fallen auch einzelne Konsumenten und Konsumentenverbände⁷¹.

Im Rahmen des Vorabklärungsverfahrens nach Art. 26 KG sind Dritte in der Regel nicht Verfahrensbeteiligte. Indessen sind alle Dritte voll verfahrensbeteiligt in den Untersuchungen nach Art. 27–30 KG mit Ausnahme der Beurteilung von Fusionen nach Art. 32–38 KG. Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Darunter fallen somit auch Konsumenten und Konsumentenorganisationen. Falls mehrere einzelne Konsumenten sich als Dritte beteiligen, kann das Sekretariat nach Art. 43 Abs. 2 KG verlangen, dass Gruppen von mehr als fünf am Verfahren Beteiligten mit gleichen Interessen eine gemeinsame Vertretung bestellen. Wichtig ist sodann nach Art. 39 KG die Geltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes⁷², soweit das KG davon nicht ausdrücklich abweicht. In Massenverfahren kann dementsprechend auch Art. 30a VwVG zur Anwendung kommen. Sind nach Art. 30a VwVG von einer Verfügung wahrscheinlich zahlreiche Personen betroffen, so kann die Behörde vor ihrer Verfügung das Gesuch oder die beabsichtigte Verfügung ohne Begründung in einem amtlichen Blatt veröffentlichen, gleichzeitig das Gesuch oder die beabsichtigte Verfügung mit Begründung öffentlich auflegen und den Ort der Auflage bekanntmachen. Bei einem für die Konsumenten nachteiligen Ausgang des verwaltungsrechtlichen Verfahrens steht den Konsumentenverbänden nach Art. 44 KG die Beschwerdemöglichkeit⁷³ offen.

D. Ausblick

Das Kartellrecht kann angesichts der neuesten technisch-kulturellen Entwicklung der internationalen Rechtsgemeinschaft nicht mehr nur als wirtschaftsrechtliche Frage eines einzelnen Nationalstaates betrachtet werden. Hinter der zunehmenden Globalisierung (WTO) und Integration (EU) steht der Glaube an den wirtschaftlichen Fortschritt in den einzelnen Volkswirtschaften. Der Vermögenszuwachs soll über die Unternehmen als Nachfrager von Arbeitsleistungen und Anbieter von Waren und Dienstleistungen vor allem den Privathaushalten zugute kommen und damit nicht nur die nationale Volkswirtschaft, sondern auch die demokratische Legitimation des Wirtschaftsrechts stärken. Die Privathaushalte (Arbeitnehmer und Konsumenten) bleiben dabei auch bei zunehmender Migration an die nationalen Rechtsordnungen gebunden, während die transnational tätigen Unternehmen durch überregionale Ent-

scheide Freiheiten schaffen können, welche in Richtung völkerrechtlicher Souveränität gehen. Unter diesen Bedingungen sind flankierende Massnahmen des nationalen und internationalen Rechts zugunsten der Privathaushalte notwendig. Im Konsumentkartellrecht kommt daher den Bemühungen um ein Weltkartellrecht⁷⁴ besondere Bedeutung zu. Der reine Ökonomie-Grundsatz wird dabei in wirtschaftsethischer Sicht auch global durch die Ökonomie-Ausnahmen eines sozial- und umweltverträglichen⁷⁵ Konsums zu ergänzen sein.

69 Analoge Anwendung von Art. 150 OR gestützt auf den WBK-Entscheid sowie Art. 28 ZGB, Art. 20 OR und Art. 62 OR; bei der vierten Revision des Kartellgesetzes sollten die Marktteilnehmer – Anbieter und Konsumenten – vom Gesetzgeber gleich behandelt werden.

70 Art. 26 Abs. 1, Art. 28 Abs. 2, Art. 40, Art. 43 KG.

71 Art. 43 Abs. 1 lit. c KG; vgl. dazu analog Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG; M. BERNI, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr, Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts, Bern 1992; A. BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in STAUDER (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-RL der EU für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 83–126.

72 SR 172.021; VwVG.

73 Vgl. im europäischen Recht die erfolgreiche *Beuc*-Beschwerde gegen die Wettbewerbsbeschränkung des internationalen Autohandels im Endverbrauchsmarkt, Entscheid 18.5.1994, Rs. T-37/92, *Beuc u.a./Kommission*, Business Law Europe 8.8.1994, 3–4.

74 D. RHINER, Von der Vision eines Weltkartellrechts, in KELLERHALS (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht – Zur Emeritierung von Walter R. Schlupe, Zürich 1995, 217–232.

75 W. FIKENTSCHER, Der Draft International Antitrust Code in der Diskussion, in GRUR Int. 1996, 543–548, insb. 544, rechte Spalte oben.

En raison de l'évolution technico-culturelle récente de la communauté internationale, le droit des cartels ne peut plus être considéré comme une question de droit économique national. Derrière les phénomènes de globalisation (OMC) et d'intégration (UE) croissants, se trouve la foi en le progrès économique des économies nationales. Ce sont les ménages qui doivent avant tout bénéficier de la croissance par le biais des entreprises – offreurs d'emplois, de marchandises et de services –, afin que non seulement l'économie nationale soit renforcée, mais également la légitimité démocratique du droit économique. Les ménages (employés et consommateurs) restent, malgré une migration croissante, liés à l'ordre juridique national, alors que les entreprises actives sur le plan international peuvent être mises au bénéfice de décisions suprarégionales créant ainsi des libertés qui vont dans le sens d'une souveraineté internationale. Dans ces circonstances, des mesures nationales et internationales en faveur des ménages sont nécessaires. C'est la raison pour laquelle, du point de vue des consommateurs, les efforts en direction d'un droit mondial des cartels sont d'une grande importance. Le pur principe de l'économie devra ainsi être complété – d'un point de vue économique-éthique – par les exceptions d'une économie de consommation sociale et soucieuse de l'environnement.