

Relative Marktmacht – gerichtliche Sicht

Alexander Brunner*

The amendment 2021 of the Swiss Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition provides in the new article 4 section 2^{bis} a concretizing definition of market power as follows: “An undertaking with relative market power is an undertaking on which other undertakings are dependent for the supply of or demand for goods or services in such a way that there are no adequate and reasonable opportunities for switching to other undertakings”.

According to the opinion expressed in this contribution, the quoted new provision to bargaining power in the vertical relation of supply market (B2B and B2C) and demand market (B2B) is merely a concretization of the basic norm in article 2 of the Swiss Civil

Code (bid to act in good faith in the exercise of rights and ban of the manifest abuse of a right) in connection with articles 27/28 of the Swiss Civil Code (protection of legal personality against excessive restriction and infringements). Therefore, Civil and Commercial Courts should always consider this basic norm of the Civil Code in the assessment of possible abuse of market power, as well as in the interpretation of the Federal Act on Cartels. In this context the contribution is questioning the doctrine, which declares that consumers do not have the right to sue undertakings in the legal field of competition law and pleads to support the draft 2021 on class action of the Swiss Federal Council.

Inhaltsübersicht

- I. Faktum relativer Marktmacht – einleitende Bemerkungen
 - 1. Strukturelle Ungleichgewichte in systemischen Kontexten
 - 2. Faktum relativer Marktmacht als besonderer Kontext
 - 3. Rechtstatsache(n) und Rechtsnorm(en)
- II. Faktum relativer Marktmacht (B2B und B2C)
 - 1. Relative Marktmacht zwischen Unternehmen
 - 2. Relative Marktmacht zwischen Unternehmen und Privathaushalten
- III. Gesetzliche Konkretisierung relativer Marktmacht
 - 1. Relation zwischen Marktmacht und Marktmachtmissbrauch
 - 2. Kartellgesetz-Novellen 2003 (20.6.2003) und 2021 (19.3.2021)
- IV. Zivilgerichtspraxis nach der KG-Novelle 2003
 - 1. Handelsgericht
 - 2. Bundesgericht
- V. Zivilgerichtspraxis nach der KG-Novelle 2021
 - 1. Vorsorglicher Rechtsschutz
 - 2. Einleitungs-, Haupt- und Beweisverfahren

- 3. Koordination der Verfahren nach Art. 15 Abs. 1 KG
- 4. Gerichtsentscheide und Vollstreckung
- VI. Indizierter kollektiver Rechtsschutz (auch) im Kartellrecht

I. Faktum relativer Marktmacht – einleitende Bemerkungen

Das vorliegende Thema ist dem *Beitrag der Zivilgerichte¹ für die Verwirklichung des Vertrags- und Kartellrechts* gewidmet. Damit ist naturgemäss verbunden und einleitend anzumerken, dass mit Bezug auf das Selbstverständnis und die Methode nicht die de-

¹ Im vorliegenden Beitrag zur Sicht der Gerichte äussert der Autor seine persönlichen Einschätzungen, was insb. die Gesetzesanwendung und das Verfahren an den Zivilgerichten betrifft. Die Universität Fribourg wirkte an der 14. Tagung vom 21. Januar 2022 erneut als Gastgeber für die Zusammenkunft und gemeinsame Diskussion der Elite im Schweizer Kartellrecht. Der vorliegende Beitrag setzt sich insofern davon ab. Denn er geht nicht aus dem sehr engen Kreis unserer Spezialisten hervor, sondern stammt von einem Generalisten der Rechtsanwendung. Zu den grundlegenden materiellen Überlegungen zur Wettbewerbskommission (WEKO) und zum Kartellrecht im Verwaltungsverfahren ist auf die Beiträge von *Andreas Heine-mann*, Multitasking in der Missbrauchsaufsicht: Die Kompensationsfunktionen von Artikel 7 Kartellgesetz, SZW 2022, 293 ff. und *Peter Georg Picht*, Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung, SZW 2022, 315 ff. zu verweisen.

* Prof. Dr. Alexander Brunner, Oberrichter a.D. am Handelsgericht des Kantons Zürich, ehemals nebenamtlicher Bundesrichter an der Ersten zivilrechtlichen Abteilung, Titularprofessor em. an der Universität St. Gallen für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht, Konsulent.

taillierte Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen im Vordergrund steht. Es ist der richterliche Blick auf das Ganze des Rechtssystems, in dem das Kartellgesetz zu verstehen ist. Die Bedeutung von Lehrmeinungen bleibt davon unberührt. Es ist lediglich der vom Gesetzgeber erklärte Wille (Art. 1 ZGB) innerhalb der Institutionen der Rechtsordnung. In diesem Kontext ist die Aufgabe der Zivilgerichte zu betrachten.

1. Strukturelle Ungleichgewichte in systemischen Kontexten

Die Problemlagen, die sich im Kartellrecht zeigen, sind keineswegs singular. *Strukturelle Ungleichgewichte zwischen Personen* gehören zum Wesen jeder Interaktion und Kommunikation, womit sich umfassend die Humanwissenschaften seit jeher befassen. Die Untersuchung von Asymmetrien gehört auch zum Kernbestand der Staatslehre, Politologie, Rechtssoziologie und -psychologie, die allesamt einen massgebenden Einfluss auf *Varianten der ökonomischen Theorien* haben. Asymmetrien zwischen Menschen zufolge von strukturellen Ungleichgewichten können nur in diesen systemischen Kontexten erklärt, verstanden und ihre Problemlagen gelöst werden. Rechtsordnung und Recht sind dabei nur ein kleiner, aber immerhin wesentlicher Teil des Gesamtsystems, in dem die Menschen leben. Das Teilsystem von Rechtsordnung und Recht fächert sich weiter auf in die sachlich bedingten Unterteilungen der Rechtsgebiete.

Für das Verständnis und die Methoden der Rechtsfindung durch die Zivilgerichte ist das Gesagte vorerst in den Kontext des ZGB und des OR zu stellen. In nahezu allen Rechtsfragen befassen sich Zivilgerichte mit *Sachfragen*, die strukturelle Ungleichgewichte zwischen Personen zum Gegenstand haben und die in Anwendung beider Gesetze Lösungen ermöglichen. Neben dem Faktum meist fairen Verhaltens zeigt sich ausnahmsweise auch das Faktum missbräuchlichen Verhaltens. So urteilen Zivilgerichte über missbräuchliches Verhalten im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Erfüllung von Verträgen. *Missbrauch von Wissen und Macht als Faktum* liegt in unvollständiger Aufzählung vor beim Übervorteilen, beim Drohen und Täuschen, beim unerlaubt schädigenden Handeln, bei missbräuchlichen Forderungen nach Miet- und Pachtvertrag, bei missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsvertrags, bei der missbräuchlichen Vergabe von Konsumkrediten oder bei Verletzung der Rechte der Minderheit in Handelsgesell-

schaften. *Gemeinsame Klammer für die Beurteilung des Faktums struktureller Ungleichgewichte zwischen Personen ist die Grundnorm von Art. 2 ZGB*. Es ist das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Das Verhalten in Markt und Wettbewerb macht hier keinen Unterschied. Unerlaubt schädigendes Handeln nach Art. 41 ff. OR bleibt unverrückbar unter der Grundnorm von Art. 2 ZGB. Dies änderte keineswegs dadurch, dass der Gesetzgeber für das *missbräuchliche vorvertragliche* Verhalten das UWG (vormals Art. 48 OR) erliess und für das Festlegen *missbräuchlicher Vertragsinhalte* aufgrund von Marktmacht das Kartellgesetz schuf (vormals Art. 27 und Art. 28 ZGB). Für die Methodenwahl und das Verfahren sind diese Zusammenhänge von entscheidender Bedeutung. Zivilgerichte verfügen in diesem Kontext über besondere Expertise als Generalisten. Es sind die täglichen Wertentscheidungen mit dem Kompass der Grundnorm (Art. 2 ZGB sowie Art. 27 und Art. 28 ZGB) in unzähligen Fallkonstellationen des Privat-, Vertrags- und Wirtschaftsrechts mit seinen Wirtschaftsbranchen der Banken und Versicherungen, Revisions- und Treuhandwesen, Baugewerbe und Architektur sowie Produktion und Handel.

2. Faktum relativer Marktmacht als besonderer Kontext

Das *Faktum relativer Marktmacht* ist in diesem Zusammenhang nichts Neues und nichts dem Kartellrecht Fremdes. Es ist bloss ein weiterer Unterbestand von *potenziell* missbräuchlichem Verhalten, womit sich die Zivilgerichte auf Klage hin auseinandersetzen haben. Der besondere Kontext zeigt sich lediglich darin, dass *Vertragsgestaltung* im Spiel von Angebot und Nachfrage geschieht.

Strukturelle Ungleichgewichte in systemischen Kontexten allgemein entwickeln sich aufgrund der Interessen der Parteien am *Nutzen von Sachen in Raum und Zeit*. Es ist örtlich und zeitlich das Spiel um das sachliche Tauschverhältnis von Leistungen gegen Bedingungen. *Potenzielle Zwangslagen* innerhalb solcher Systeme entstehen dann, wenn im individuell-konkreten Kontext einer Partei *sachlich-örtlich-zeitlich keine Alternativen* zur Verfügung stehen. Die Zwangslage als solche, die in allen möglichen Konstellationen und Systemen entstehen kann, ist aber noch kein Missbrauch.

3. Rechtstatsache(n) und Rechtsnorm(en)

Die Aufgabe der Zivilgerichte ist eine dreifache: *Erstens* Analyse der Sachverhalte, *zweitens* die Ermittlung der Rechtsnorm, *drittens* die Subsumption. In diesem kreativen Drei-Akt des Abwägens kommt der ersten Aufgabe das Hauptgewicht zu; als Faustregel gilt, dass dafür 90 Prozent der Arbeit aufgewendet wird.

Die zweite und dritte Aufgabe ist das Finden und Anwenden der Rechtsnorm. Ein Gericht macht sich diese Aufgabe nicht leicht. Zuviel steht jeweils für die rechtsuchenden Parteien und für die Akzeptanz der Justiz in Zivilgesellschaft und Staat auf dem Spiel. Die klare Trennung von Sachfrage und Rechtsfrage liegt in der Kompetenz der Gerichte. Bei der Beurteilung der relativen Marktmacht ist diese Unterscheidung keineswegs redundant, denn allzu leicht werden in diesem Kontext Rechtstatsache(n) und Rechtsnorm(en) vermengt.

Mit Bezug auf die Sach- und Rechtsfrage von Macht und Machtmissbrauch ist daher festzuhalten: (a) *Macht und Machtverhältnisse als Rechtstatsache* und ihre Entfaltung im Verhalten und Handeln von Personen sind Erscheinungen der realen Welt. Die Feststellung solcher Phänomene der Macht ist nur, aber immerhin, die Erkenntnis einer Rechtstatsache der Wirklichkeit. Macht ist real, legal und legitim; (b) sodann folgt die Erfahrungstatsache: Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geht (auch) legale und legitime *Macht regelmässig jenen Weg, der ihr inhärent ist; legitime Macht kann (muss aber nicht) in illegitime Macht pervertieren*. Das ist die Aussage über eine natürlich-kausale Erfahrungstatsache, keine kulturell-finale Norm. Macht und Machtverhältnisse als solche unterliegen keiner staatlichen Verbotsnorm, denn eine solche finale Norm hätte eine irreale Grundlage. (c) Die *Rechtsnorm* betrifft nur, aber immerhin, Fakten des Missbrauchs von Macht. Der Tatbestand des *Machtmissbrauchs wird subsumiert unter die Grundnorm des Gebots zum Handeln nach Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs*.

Die Grundnorm verliert ihre Geltung durch Konkretisierung in Spezialgesetzen nicht. Zivilgerichte haben sich bei Anwendung und Interpretation der Gesetze vielmehr am Gerechtigkeitsgehalt der Grundnorm auszurichten. Normiert wird im vorliegenden Kontext nicht die relative Marktmacht als solche (Rechtstatsache), normiert wird der Missbrauch relativer Marktmacht (Rechtsnorm).

Es ist der mögliche Missbrauch durch einzelne oder mehrere Unternehmen im Sinne von Art. 4 und Art. 7 KG. Hier fällt auf, dass den *Interpretationen* nach dem Erlass des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 teilweise der Kompass verloren ging zufolge «Verdrängung der Grundnormen» des Privat-, Vertrags- und Wettbewerbsrechts, d.h., durch Nichtbeachtung der gesetzlichen Zielvorgaben von Art. 2 ZGB, Art. 2 UWG sowie Art. 4 und Art. 7 KG und auch der dem Kartellgesetz im Ingress explizit vorangestellten Normen der Wirtschaftsverfassung²: Art. 27 Abs. 1 BV (Wirtschaftsfreiheit), Art. 96 BV (Wettbewerbspolitik), Art. 97 Abs. 2 BV (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, insb. Verbandsklage) und Art. 122 BV (Zivilrecht). Denn nach der hier vertretenen Meinung wäre es ohne weiteres zulässig und möglich, Sachverhalte auch ohne ausufernde Verrechtlichung und Interpretationen einer Lösung zuzuführen, die dem *common sense* der Grundnorm genügt. Es ist an die Worte von *Hans Merz*³ zu erinnern anlässlich der Überführung der Grundnorm in die Kartellgesetzgebung.

II. Faktum relativer Marktmacht (B2B und B2C)

Nach diesen Hinweisen zu den Voraussetzungen der Rechtsprechung der Zivilgerichte ist die Einordnung relativer Marktmacht im systemischen Kontext des *Marktgeschehens* aufzuzeigen. In einer ersten Varian-

² Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. April 2004 (AS 2004 1385; BBl 2002 2022 5506).

³ *Hans Merz*, Fünfzig Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch, JZ (Tübingen) 1962, 585 ff., insb. 589: «Wenn in nächster Zeit die Schweiz erstmals ein Kartellgesetz erhält, so wird sein privatrechtlicher Teil nichts anderes als eine Positivierung desjenigen enthalten, was aus der Generalklausel bereits abgeleitet worden ist; ja, es besteht die Gefahr, dass unter dem Druck der im Parlament und im Apparat der Meinungsbildung mächtigen Interessenverbände das Gesetz im Vergleich damit einen Rückschritt darstellt. So oder so werden aber die im Wege der Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewonnenen privaten Freiheitsrechte verschiedener Prägung höchste Bedeutung behalten für die Lösung des rechtlichen Hauptproblems unserer Zeit, die neue und wirksame Sicherung einer nicht nur formellen, sondern materiell verstandenen Privatautonomie, gegen die Aushöhlung durch private Machtbildung, gegen die Untergrabung durch soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit, gegen zu weit vor getriebene staatliche Intervention.»

te relative Marktmacht eines Anbieters (Fall 1) und in einer zweiten Variante relative Marktmacht eines Abnehmers (Fall 2). Je nach dem Zweck der Tauschverhältnisse⁴ handeln Unternehmen hier in unterschiedlichen Funktionen im Angebotsmarkt oder im Nachfragemarkt.

1. Relative Marktmacht zwischen Unternehmen

1.1 Angebotsmarkt B2B

In der ersten Sachverhalts-Variante (Fall 1, vgl. nachfolgend Diagramm) besteht oder entsteht in einem dynamischen Prozess ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer dadurch, dass Waren oder Leistungen bezogen werden (müssen), für die nach ökonomischen Kriterien keine zielführenden Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Das Ausweichen auf Waren oder Leistungen anderer Anbieter wäre zwar theoretisch möglich, praktisch jedoch sachlich, räumlich oder zeitlich mit vernünftigem Aufwand nicht zu erreichen. Damit ist ein strukturelles Ungleichgewicht gegeben, das dem auf diese Weise relativ marktmächtigen Anbieter ermöglicht, Bedingungen und Preise vom Abnehmer zu fordern und einseitig festzusetzen, die unabhängig vom Marktmechanismus sind. Das Faktum einer Zwangslage ist auch hier (noch) kein Missbrauch.

Sachverhalte relativer Marktmacht zeigen sich typischerweise im Angebotsmarkt B2B dann, wenn folgende Problemlagen beispielhaft in Frage kommen⁵:

Relative Marktmacht von betrieblichen Anbietern von Waren und Leistungen im Angebotsmarkt

B2B zeigt sich bei der Abhängigkeit betrieblicher Abnehmer von berühmten Marken, die von einer grossen Zahl von Konsumenten (private Abnehmer) hauptsächlich nachgefragt werden. Befinden sich solche Markenprodukte nicht im Sortiment des Abnehmers zufolge von Lieferungsverweigerung oder überhöhten Preisen seitens des Anbieters, begründet dies einen ins Gewicht fallenden Nachteil für das Unternehmen. Bei solchen «Must-in-Stock-Produkten» besteht eine *sortimentsbedingte Abhängigkeit*⁶ des Abnehmers. Ein Ausweichen auf andere ähnliche Produkte ist zwar theoretisch möglich, aber praktisch nicht zielführend und damit wettbewerbsbehindernd, da die Konsumnachfrage mit «Must-in-Stock-Produkten» nicht befriedigt werden kann.

Relative Marktmacht eines betrieblichen Anbieters kann auch dann entstehen, wenn Lieferketten unterbrochen werden oder Produktionsausfälle vorliegen. Solche *mangelbedingten Abhängigkeiten der betrieblichen Abnehmer*⁷ können eine schwer ins Gewicht fallende Asymmetrie zwischen den Unternehmen begründen. Damit besteht das Faktum eines strukturellen Ungleichgewichts und das Potenzial des Missbrauchs von Marktmacht bei der Vertragsgestaltung.

Relative Marktmacht eines betrieblichen Anbieters entsteht beispielsweise auch dann, wenn ein betrieblicher Abnehmer sein Unternehmen zur Hauptsache auf diesen einzigen Vertragspartner ausrichtet. Damit entsteht eine *unternehmensbedingte Abhängigkeit*⁸ des Abnehmers. In solchen Konstellationen ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Alleinvertriebsverträge mit Abnahmeverpflichtung von Originalersatzteilen (klassisch: Auto-Garagen) begründen nach Treu und Glauben die relative Marktmacht des Anbieters. In unternehmerischer Entscheidung des Abnehmers begründetes Klumpenrisiko ist hingegen häufig ein strategischer Fehlentscheid und begründet daher nach Treu und Glauben keine relative Marktmacht des Anbieters als Vertragspartner.

⁴ Alexander Brunner, Was ist Handelsrecht?, AJP 2010, 1529 ff., insb. 1532 (Diagramm).

⁵ Vgl. dazu Jörg Nothdurft, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, Gutachten vom 17. Januar 2015; download am 10. Januar 2022 aus: <<https://docplayer.org/37801541-Relative-marktmacht-joerg-nothdurft.html>>. Dieses umfassende Gutachten zur relativen Marktmacht wurde verfasst für die Schweizer Rechtslage im Kontext der parlamentarischen Initiative von Ständerat Hans Altherr gegen missbräuchliche «Schweiz-Zuschläge» bei vielen Produkten und den faktischen Beschaffungszwang im Inland zu überhöhten Preisen. Massgebend für die Sachverhalte im Angebotsmarkt B2B, siehe Nothdurft, 34 ff.

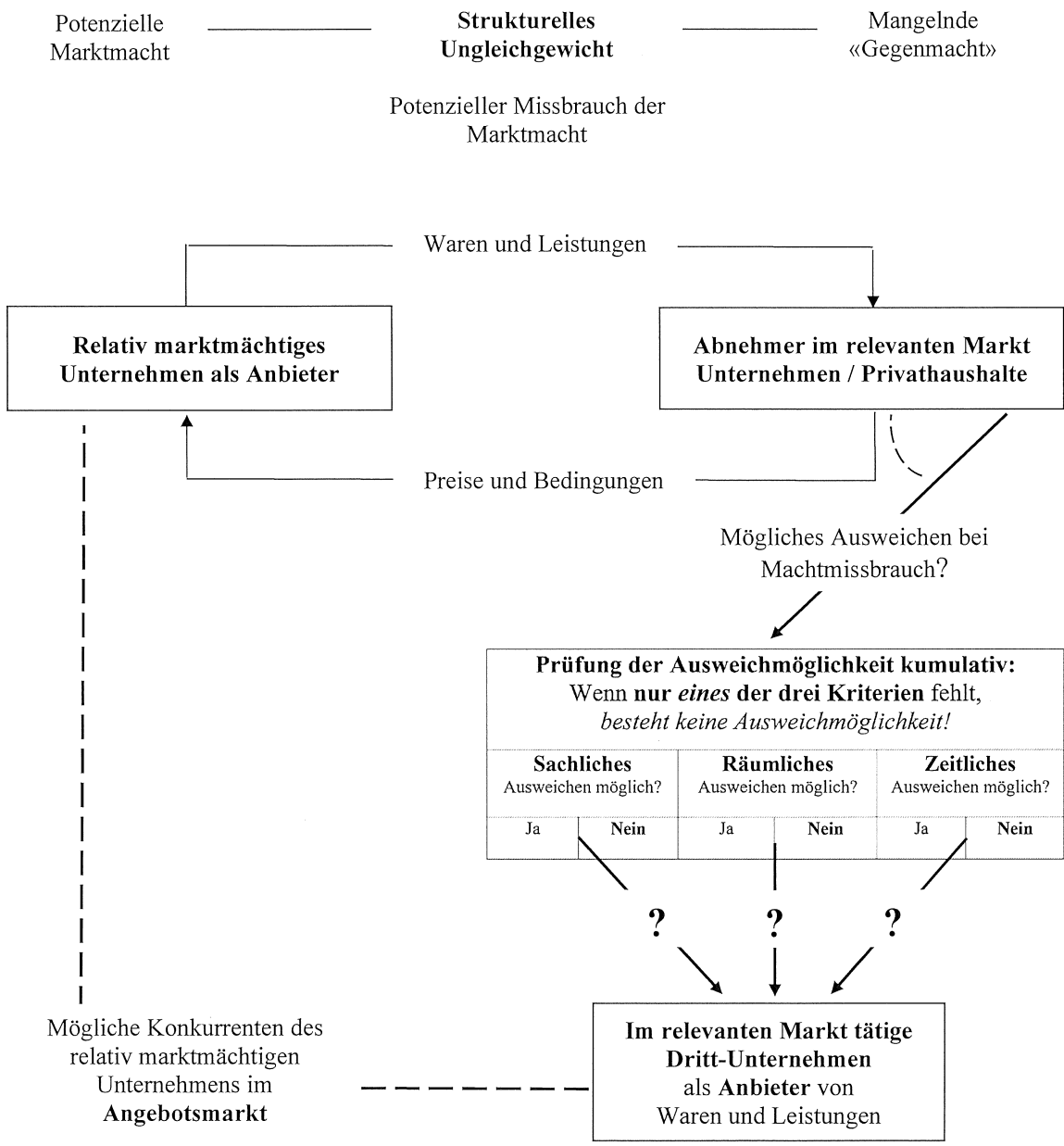
⁶ Zu diesen Sachverhalten auch schon bisher: Luca Stäubli/Felix Schraner, Art. 4 Abs. 2 KG, N 291 ff. in: Zäch et al. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018.

⁷ Stäubli/Schraner (Fn. 6), Art. 4 Abs. 2 KG, N 302.

⁸ Stäubli/Schraner (Fn. 6), Art. 4 Abs. 2 KG, N 123 f.

Fall 1 - Relativ marktmächtiges Unternehmen als Anbieter von Waren und Leistungen mit Bedingungen und Preisen

Fehlende Ausweichmöglichkeiten begründen faktisches Missbrauchspotenzial (B2B und B2C)



1.2 Nachfragemarkt B2B

In der *zweiten Sachverhalts-Variante (Fall 2)*, vgl. nachfolgend Diagramm) besteht oder entsteht in einem dynamischen Prozess ein strukturelles Ungleichgewicht⁹ zwischen einem Abnehmer und einem Anbieter dadurch, dass Waren oder Leistungen nur diesem Abnehmer angeboten werden (können), da nach ökonomischen Kriterien keine zielführenden Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Das Ausweichen auf Bedingungen und Preise anderer Abnehmer wäre zwar theoretisch möglich, praktisch jedoch sachlich, räumlich oder zeitlich mit vernünftigen Aufwand nicht zu erreichen. Damit ist ein strukturelles Ungleichgewicht gegeben, das dem auf diese Weise *relativ marktmächtigen Abnehmer ermöglicht*, Bedingungen und Preise für Waren und Leistungen des Anbieters zu fordern und einseitig festzusetzen, die unabhängig vom Marktmechanismus sind. Das ist auch hier (noch) kein Missbrauch.

Beispiele von *Sachverhalten* möglicher relativer Marktmacht im Angebotsmarkt B2B zeigen sich spiegelbildlich auch typischerweise im Nachfragemarkt B2B.¹⁰ *Relative Marktmacht von betrieblichen Abnehmern* entsteht als Sachverhalt dann, wenn betriebliche Anbieter von Waren und Leistungen vom Abnehmer solcher Angebote abhängig sind. Auch hier kann zwischen sortimentsbedingter und unternehmensbedingter Abhängigkeit gesprochen werden.

Betriebliche Anbieter von Waren und Leistungen¹¹ sind bei der *sortimentsbedingten Abhängigkeit* auf konkrete Absatzkanäle angewiesen. Relativ marktmächtige Abnehmer üben dann eine zentrale «Durch-

gangsfunktion» für den Vertrieb der Waren und Leistungen am Markt aus. Solche in der Regel seit langem und effizient operierende «Generalisten am Markt» (insb. Grosskonzerne des Detailhandels) können sich gegenüber den auf einzelne Waren und Leistungen fokussierten «Spezialisten» am Markt unabhängig verhalten, d.h., sie sind auf diese meist gar nicht angewiesen. Betriebliche Anbieter von Produkten in besonderen Fachbereichen, die für die Vielfalt der Angebote im Endverbrauchsmarkt erwünscht und sehr zentral sind, sind in der Regel nicht in der Lage, ein eigenes aufwendiges Vertriebssystem aufzubauen. Ein Ausweichen auf etablierte andere Vertriebskanäle ist in der Regel mit grossem Aufwand verbunden. In solchen Sachverhalten ist meist eine relative Marktmacht des Abnehmers gegeben.

Die *unternehmensbedingte Abhängigkeit* im Nachfragemarkt B2B ist spiegelbildlich (vorstehend Ziff. 1.1) ebenfalls ambivalent. Vor allem bei vertraglich vereinbarten Dauerschuldverhältnissen hat das Gericht von Fall zu Fall zu entscheiden. Eine abrupte Kündigung solcher Verträge hat das Zivilgericht bei der Sachverhaltsermittlung mit grosser Diligenz zu beurteilen.

2. Relative Marktmacht zwischen Unternehmen und Privathaushalten

2.1 Private Nachfrager bei relativer Marktmacht B2C

Vorvertragliche Beziehungen und Vertragsschlüsse im Verhältnis zwischen *Unternehmen und Privathaushalten (B2C)* zeigen sich nur im Sachverhalt von Fall 1 (das entsprechende Diagramm gilt analog). Hier geht es um das Tauschverhältnis¹² zwischen Unternehmen (betriebliche Anbieter) und Konsumenten (private Abnehmer) im Angebotsmarkt. Potenziell missbräuchliches Verhalten von Personen am Markt im Verhältnis B2C kann dabei nicht einfach aus der Perspektive fallen bei der Analyse der tatsächlichen Erscheinungen innerhalb der *Gesamtwirtschaft*. Die entsprechenden Problemlagen¹³ liegen klar zu Tage und bedürfen ei-

⁹ Die Sachverhalts-Variante (Fall 2) wurde in den Beratungen des Parlaments klar erkannt und als gesetzlicher Tatbestand in die KG-Revision 2021 aufgenommen; vgl. Voten Nationalrat *Markus Ritter* und Nationalrätin *Prisca Birrer-Heimo*, AB 2020 N 224 f., zu Art. 4 revKG.

¹⁰ *Nothdurft* (Fn. 5), 49 f.

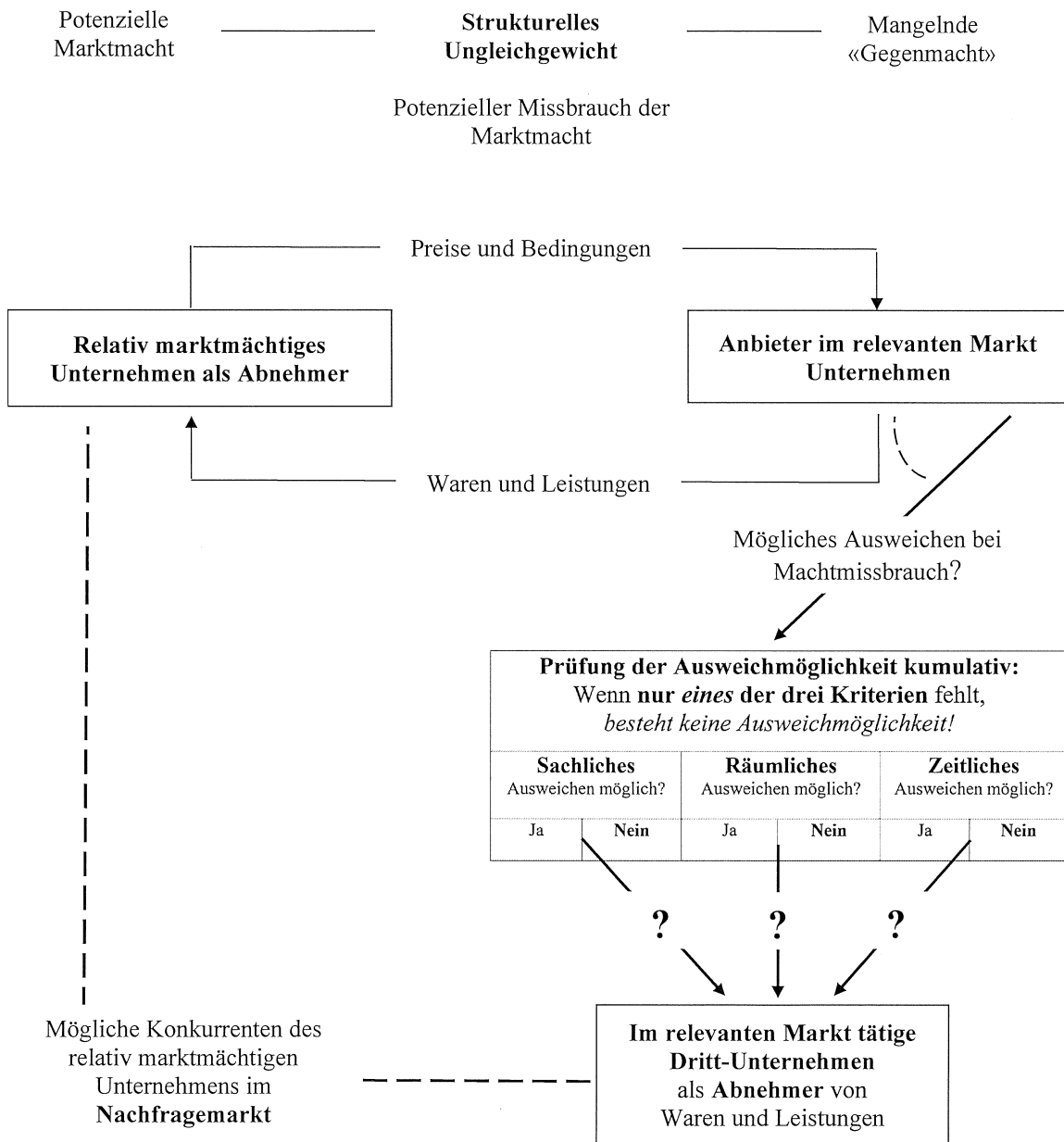
¹¹ *Private Anbieter* von Leistungen (Arbeit) sind begrifflich ausgeklammert. Damit befasst sich das Arbeitsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts seit langem mit analogen Sachverhalten von strukturellen Ungleichgewichten. Im Arbeitsmarkt tätige *private Anbieter*, die ihre Arbeitskraft *betrieblichen Abnehmern* (Unternehmen als Arbeitgeber) zur Verfügung stellen, werden mit dem Terminus «Arbeitnehmer» bezeichnet; vgl. zu diesen Unterscheidungen des Wirtschaftsrechts: *Alexander Brunner*, *Wirtschaftsrechtliche Grundlagen des EU-Verbrauchervertragsrechts*, in Trüben/Baumgartner/Brunner (Hrsg.), *Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union, Baden-Baden/Wien/Zürich 2017*, 1 ff. insb. 5 (Abgrenzungen und Diagramm).

¹² *Alexander Brunner*, *Was ist Konsumentenrecht?*, JKR 1995, 31 ff. mit Übersichten (Diagramme).

¹³ *Alexander Brunner*, *Konsumentenkartellrecht*, AJP 1996, 931 ff., vgl. S. 933 und S. 940 insb. die Analyse zur Konsumfreiheit als Korrelat zur Wirtschaftsfreiheit. Es wäre nach über einem Vierteljahrhundert (Kartellgesetz 1995) an der Zeit, den vernachlässigten Zwilling «B2C» neben dem

Fall 2 - Relativ marktmächtiges Unternehmen als Abnehmer
 von Waren und Leistungen mit Bedingungen und Preisen

**Fehlende Ausweichmöglichkeiten begründen
 faktisches Missbrauchspotenzial (Fall 2 nur B2B)**



ner Wertung im Sinne der vorstehend aufgezeigten Grundnorm des Gesetzgebers. Diese Aussage erscheint umso mehr begründet, nachdem das Wettbewerbs- und Kartellrecht seit der Revision von 2003 (in Kraft 2004) längst die B2C-Sachverhalte auch spezialgesetzlich normativ erfasst hat.¹⁴

Es geht im Kontext des *Angebotsmarktes B2C* um den Sachverhalt, wonach auch relativ marktmächtige Anbieter naturgemäss bestrebt sind, ihre Produzentenrenten zu Lasten der Konsumentenrenten zu optimieren.¹⁵ Nach der ökonomischen Theorie ist dieser Sachverhalt völlig legitim und «business as usual». Hingegen ist der Missbrauch relativer Marktmacht der betrieblichen Anbieter zu Lasten der privaten Abnehmer (Konsumenten) durch überhöhte Kartellrenten sowohl volkswirtschaftlich schädlich als auch unerlaubte Handlung im Sinne des Ausbeutungstatbestandes. Die Differenz zwischen marktkonformen Preisen und missbräuchlichen Kartellrenten ist nichts anderes als der *Schaden zufolge unerlaubten Handelns nach Art. 41 ff. OR*. Es sind denn auch Sachverhalte recht häufig, wonach ein sachlich-räumlich-zeitliches Ausweichen der Konsumenten bloss Theorie bleibt (bspw. Beschaffung von Ersatzteilen oder Reparaturen bei Hard- und Software sowie Gebrauchsgegenständen aller Art).

Es mag daher erstaunen, dass die *herrschende Lehre*¹⁶ die Meinung vertritt, es stehe den privaten

Abnehmern im Angebotsmarkt *nicht (!)* zu, Schadenersatz von Schädigern zu fordern. Begründet wird dies mit der Spezialgesetzgebung des Kartellrechts, das eine Klagelegitimation der Konsumenten gegen Unternehmen schlichtweg verneine. Was *Hans Merz* nun offenkundig zu Recht befürchtet hatte,¹⁷ ist eingetreten, nämlich der Entzug fundamentaler Rechte der Bürger nach der Grundnorm (Art. 2 i.V.m. Art. 27 und Art. 28 ZGB) durch ihre angebliche «Konkretisierung» in der Spezialnorm (KG).

Es besteht indessen keinerlei Anlass, sich dieser *h.L.* anzuschliessen, vielmehr ist die Kritik¹⁸ in vollem Umfang aufrecht zu halten. Denn die generelle *Verneinung der Aktivlegitimation* privater Nachfrager gegenüber den betrieblichen Anbietern – faktisch eine *Entrechtung per Gesetz* – hätte auch gravierende Konsequenzen für den Rechtsschutz. Neben der zurzeit ungelösten Frage des kollektiven Rechtsschutzes durch Verbandsklagen wäre auch die subjektive Klagenhäufung¹⁹ schlichtweg obsolet. Der Gesetzgeber wäre (einmal mehr) gefordert, könnte die *h.L.* nicht zu einer *common sense*-Lösung zurückfinden. Für die Zivilgerichte besteht hingegen bei *verfassungskonformer Interpretation*²⁰ von Art. 12 KG i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV und des wie vorstehend ausgeführt 2003 *explizit* eingefügten Gesetzes-Ingresses kein Anlass, eine Lücke im Gesetz anzunehmen (Art. 1 ZGB). Wirtschaften besteht nicht bloss aus «B2B», sondern *überwiegend* aus Transaktionen und Kommunikationen «B2C».

allzu *bevorzugten* Zwilling «B2B» endlich in den Kreis der Familie des Schweizer Wirtschaftsrechts ehrenvoll aufzunehmen. Eine solche späte «Adoption», die der Gesetzgeber längst legitimiert hat, wird die Realität und die gegebenen Sachverhalte in keiner Art und Weise ändern, jedoch das Denken der Schweizer Wettbewerbs- und Kartellrechtsspezialisten. Vgl. zur Stellung der Konsumenten im Wettbewerbsrecht auch: *Alexander Brunner*, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, plädoyer 5/1990, 36 ff. mit Diagramm zum Lauterkeits- und Kartellrecht; *Laura Marina Grünig*, Der Konsument als homo oeconomicus?, recht 2016, 14 ff.; *Thomas Probst*, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz, Jusletter 6. Februar 2017.

¹⁴ Der Autor des vorliegenden Beitrags war von 1992–2008 Vizepräsident der Eid. Kommission für Konsumentenfragen (EKK). Die EKK hatte dem Bundesrat im Vorfeld der KG-Revision 2003 explizit die Ergänzung des Gesetzes-Ingresses mit den massgebenden *Normen der Wirtschaftsverfassung* empfohlen, was schliesslich auch erfolgt ist, vgl. vorne Fn. 2.

¹⁵ *Brunner*, Konsumentkartellrecht (Fn. 13), 933 Fn. 17–18.

¹⁶ CR Concurrence-Reymond, Art. 12 LCart, N 10 mit zahlreichen Nachweisen, zit. bei *Andreas Heinemann*, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss/Loacker

(Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, 295 ff., insb. 314 Fn. 74.

¹⁷ *Merz* (Fn. 3); vgl. eindringlich auch: *Hans Merz*, Das Schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967, insb. 13 (Aufhebung der ökonomischen Freiheit und Überwälzung der Kartellrenten an die Konsumenten).

¹⁸ Wenn diese *systemwidrige «h.L.»* aufgegeben wird, besteht keine Regelungslücke; vgl. zu diesem Auslegungsstreit treffend: *Heinemann* (Fn. 16), 314 ff.

¹⁹ *Alexander Brunner*, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 89, Rz 23 f. (Verbandsklage und Kartellrecht); *ders.*, Zur Verbands- und Sammelklage, Symposium Richard Frank, Zürich 2003, 37 ff., insb. 46 ff. sowie 49 (mit Diagramm/Raster auch zum Kartellrecht).

²⁰ *Jörg Paul Müller*, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018.

2.2 Unentziehbare Freiheit der privaten Nachfrager B2C

Die Zivilgerichte erhalten in diesem Kontext unerwartete Argumentationshilfe im soeben am 11. März 2022 zu Ende gegangenen Vernehmlassungsverfahren zu einer weiteren KG-Revision. Der Gesetzgeber der Spezialnorm zeigt sich einsichtig. So ist vorgesehen, mit dieser weiteren KG-Novelle die verfassungsmässigen Rechte der Bürger als private Marktteilnehmer (natürliche Personen der Privathaushalte) wieder herzustellen. Im Rahmen des Kartellzivilrechts soll der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KG angepasst und die Aktivlegitimation der Konsumenten *deklariert* werden.²¹

Das ist auch deshalb zielführend, weil die KG-Novelle 2021 auch die Ergänzung des Lauterkeitsrechts mit sich brachte. Art. 3a UWG (Verbot des Geoblocking)²² steht in engem Zusammenhang mit dem Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs 2 lit. g KG. Das betrifft nicht nur die Konsumenten als private Abnehmer, sondern auch KMU als betriebliche Abnehmer.

III. Gesetzliche Konkretisierung relativer Marktmacht

1. Relation zwischen Marktmacht und Marktmachtmissbrauch

Im Gesetzgebungsverfahren zur KG-Novelle 2021 wurde die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage teilweise vermengt. Aus diesem Grund ist hier nochmals darauf hinzuweisen, da sie für die

Arbeit der Zivilgerichte und die Kognition des Bundesgerichts unverzichtbar ist. Relative Marktmacht ist Rechtstatsache, das *Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht* ist *Rechtsnorm*. Der Gehalt der Spezialnorm war schon immer in der Grundnorm²³ enthalten.

2. Kartellgesetz-Novellen 2003 (20.6.2003) und 2021 (19.3.2021)

2.1 Allgemeiner Tatbestand der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG

Art. 4 Abs. 2 KG lautet in der Fassung von 2003 wie folgt²⁴: «*Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.*»

Diese Definition des Tatbestandes der Marktbeherrschung mit der Ergänzung «Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager» anlässlich der KG-Revision 2003 sollte eigentlich dazu verhelfen, alle relevanten Behinderungen zwischen den Marktteilnehmern möglichst zu erfassen. Dazu zählte an sich auch die relative Marktmacht²⁵ schon vor der KG-Novelle 2021. Die

²¹ Vernehmlassungsverfahren des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF sowie SECO vom 24. November 2021, vgl. Erläuternder Bericht Teilrevision des Kartellgesetzes (36 Seiten), 12. Dazu drängt sich – politphilosophisch – eine Anmerkung auf: Seit der europäischen Aufklärung ist der Mensch von Natur aus frei. Freiheitsrechte werden nicht von einer Staatsgewalt als Gnadentat verliehen, vielmehr genügt ihre blosser Deklaration. *Ihr illegitimer Entzug ist Bruch der Grundrechte*. Der generelle «legale» Entzug des Forderungsrechts (Art. 41 ff. OR) auf Schadenersatz für private Abnehmer durch ein Spezialgesetz hätte am EGMR keinen Bestand und eine Verurteilung der Schweiz wäre gewiss.

²² *Leander D. Loacker/Lara Blumer*, Zum neuen Geodiskriminierungsverbot im UWG, SJZ 2021, 1055 ff.; *Giulia Mara Meier*, Geoblocking in der Schweiz und der EU, AJP 2021, 873 ff.; *Peter Georg Picht*, Marktmacht und Marktmachtmissbrauch im UWG, sic! 2017, 397 ff.

²³ Vgl. vorne Ziff. I.3 und insb. Fn. 3 mit Zitat von *Merz*.

²⁴ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. April 2004 (AS 2004 1385 1390; BBl 2002 2022 5506).

²⁵ Von der wohl überwiegenden Meinung zutreffend in diesem Sinn interpretiert: *Reto A. Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, EIZ – Europa Institut Zürich Bd. 62, Zürich 2005; *Reto A. Heizmann*, Relative Marktmacht, überragende Marktstellung. Eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 2010, 172 ff.; *Oliver Kaufmann*, Relative Marktmacht, Konzept, Praxis und Rechtsentwicklung im Schweizer Kartellrecht, Diss., Zürich 2014; *Adrian Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008; *Roger Zäch*, Importbeschränkungen – Besteht kartellrechtlicher Handlungsbedarf?, IDÉ – Institut für Recht und Wirtschaft, Bd. 18, 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht 2018, 97 ff.; *Roger Zäch*, Aspekte der Fair-Preis-Initiative, FS Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 407 ff.; dagegen *als systemfremd ablehnend*: *Marc Amstutz/Mani Reinert*, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, sic! 2005, 537 ff.; *Carla Beuret*, Aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen im Automobilssektor, sic! 2020, 11 ff.; *Roger Thomi/Herbert Wohlmann*, Must-in-

Beurteilung relativer Marktmacht führte trotz ihrer Praxisrelevanz ein Schattendasein. Gleichzeitig spielte sie in der Vertragsgestaltung²⁶ zwischen Unternehmen – eine zivilrechtliche Kernkompetenz – eine erhebliche Rolle. Denn der potenziell marktmächtige Vertragspartner hat sich bereits in der Phase von Vertragsverhandlungen abzusichern, dass künftige Gerichtsverfahren risikominimiert bleiben. Dazu gehört vor allem die Marktabgrenzung mit der Frage der *sachlich-örtlich-zeitlichen Ausweichmöglichkeit*²⁷ im Tauschverhältnis der Parteien.

2.2 Tatbestand der relativen Marktmacht nach Art. 4 Abs. 2^{bis} revKG

Mit der KG-Novelle 2021 wurde die Tatbestands-Variante der relativen Marktmacht, die sich aus der Grundnorm (Art. 27 ZGB) ergibt, nunmehr explizit ausformuliert. Art. 4 Abs. 2^{bis} revKG lautet: «*Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.*»

Dieser Tatbestand²⁸ betrifft vor allem das vertikale Verhältnis zwischen einem relativ marktbeherrschenden Unternehmen und seinem Geschäftspartner. Im Vordergrund stehen damit die individuell-konkreten vorvertraglichen und vertraglichen Konstellationen zwischen den beteiligten Partnern²⁹.

Stock-Produkte – Die Erweiterung des Begriffs der Marktbeherrschung, SZW 2012, 299 ff.; eher *abwägend*: Stephan Tausch, Relative Marktbeherrschung – sollten auch relativ marktmächtige Unternehmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen?, recht 2016, 123 ff.

²⁶ Urs Egli, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, recht 2014, 1 ff. (Teil 1), 67 ff. (Teil 2).

²⁷ Egli (Fn. 26), 6. Der Beitrag von Urs Egli ist für Unternehmensjuristen und Zivilgerichte eine wahre Fundgrube von Argumenten zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht.

²⁸ Oliver Kaufmann, Relative Marktmacht 2022. Die neuen Bestimmungen der Missbrauchskontrolle als aberratio ictus der Fair-Preis-Initiative?, sic! 2022, 181 ff.; Adrian Künzler, Relative Marktmacht – Bedeutung der revidierten schweizerischen Missbrauchsaufsicht für die Digitalwirtschaft, SJZ 2022, 479 ff.; Roger Zäch/Felix Tuchschnid, Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die schweizerische Missbrauchsaufsicht, ZWeR 2/2021, 217 ff.

²⁹ So schon vor der KG-Novelle 2021: Stäubli/Schraner (Fn. 6), Art. 4 Abs. 2 KG, N 153.

Die vorstehend in den beiden Fall-Diagrammen aufgezeigten Ausweichmöglichkeiten bei Machtstrukturen gelten nun seit dem 1. Januar 2022 *von Gesetzes wegen* «explizit»³⁰ auch für den Tatbestand der *relativen* Marktmacht von Unternehmen.

2.3 Allgemeines Missbrauchsverbot nach Art. 7 Abs. 1 KG

Mit der KG-Novelle 2021 wurde der Wortlaut (Fassung 2003)³¹ von Art. 7 Abs. 1 KG mit nur drei (gemäss Grundnorm von Art. 27 ZGB an sich redundanten) Worten «und relativ marktmächtige» ergänzt und sagt nun Folgendes: «*Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.*»

An dieser Stelle drängt sich zur Klarstellung und wegen der Bedeutung der Problemlage nochmals der Hinweis auf die nunmehr überholte Meinung³² auf, *relative* Marktmacht mit ihrer Berücksichtigung individuell-konkreter Sachverhalte sei im *System des Kartellrechts* ein Fremdkörper. Die ablehnende Haltung gegenüber dem Phänomen vertikal-relationaler Sachverhalte im vorvertraglichen und vertraglichen Kon-

³⁰ Peter Gauch, unser geschätzte Alt-Meister des Schweizer Vertragsrechts, wunderte sich in diesem systemischen Kontext angesichts solch immer weiter vorangetriebener «Verrechtlichung» wohl völlig zu Recht anlässlich seiner *generellen Anmerkungen zum Zeitgeist* beim sehr beachteten Vortrag vom 13. Mai 2022 am Europa Institut an der Universität Zürich mit dem sinnreichen Titel: «*Die Ballast-Evolution im Recht: Eine Deskription zur Mittagszeit*». Hoffnung angesichts solcher Rechtsentwicklungen besteht nur dann, wenn Richterinnen und Richter an Zivilgerichten sich die *Grundnormen als Kompass* für die Vertrags- und Gesetzesauslegung nehmen und sich weigern, zu sklerotischen Epigonen einer einst kreativen europäischen Kultur zu werden (vgl. auch vorstehende Fn. 3 und Fn. 20). Vornehme Aufgabe der Lehre (Art. 1 Abs. 3 ZGB) war es dabei seit jeher, Spezialgesetze nicht einfach *untertänig zu rezipieren*, vielmehr den *common sense* der Grundnorm für die Rechtsprechung kritisch aufzuarbeiten.

³¹ Vgl. Literatur bei Fn. 25 zum Rechtsbegriff der Marktmacht seit 2003 sowie insb. Andreas Heinemann, Missbrauch von Marktmacht: Art. 7 Kartellgesetz in der Krise?, in: Hochreutener (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich 2013, 45 ff.

³² Amstutz/Reinert (Fn. 25), 537 ff.; Beuret (Fn. 25), 11 ff.; Thomi/Wohlmann (Fn. 25), 299 ff.

text übersah die Dreidimensionalität im Markt und Wettbewerb, was neben dem Lauterkeitsrecht auch für das Kartellrecht integral gilt; der Fokus hatte sich auf den Funktionsschutz durch staatliche Aufsicht und auf die extremen Tatbestände von Freiheit behindernde oder beschränkende Verhaltensweisen von Unternehmen eingeeengt.

Jedes System – auch Interaktionen und Kommunikation am Markt – ist jedoch nur zu begreifen als *vielschichtige Abstufung von Machtverhältnissen* zwischen den Polen totaler Freiheit und totalem Zwang. Es ging vergessen, dass das Kartellgesetz u.a. auch in seinem *systemtheoretischen Ansatz*³³ zu lesen ist. Mit der relativen Marktmacht erhält das Schweizer Kartellgesetz die verdiente Rückbindung zur Grundnorm und damit das Fundament, mögliche Zwangslagen zufolge von Machtmissbrauch im Rahmen von Recht und privater Wirtschaftsmacht sachverhaltsgerecht zu erfassen. Das Missbrauchsverbot mit der nunmehr eingefügten *Deklaration* relativer Marktmacht erleichtert inskünftig die allgemeine Erfassung der «*Grautöne von Machtmissbrauch*» (auch) im System von Marktverhalten.

Im vorvertraglichen Bereich angesetzte *Vertragsgestaltung* eines Unternehmens fällt somit dann unter die Norm, wenn ein Unternehmen (a) entweder im Angebotsmarkt als Anbieter von Waren und Leistungen oder im Nachfragemarkt als Abnehmer von Waren und Leistungen relative Marktmacht hat, (b) das Unternehmen seine relative Marktmacht missbraucht und (c) damit die Mitbewerber behindert oder die Gegenseite benachteiligt.³⁴

Mit Bezug auf das Kriterium (a) der relativen Marktmacht kann auf die vorstehenden Tatbestandsvarianten (Diagramme für Fall 1 und Fall 2) verwiesen werden. Entscheidend ist das Vorliegen der *feh-*

lenden Ausweichmöglichkeit der Gegenseite, was die potenzielle Zwangslage begründet.

Mit Bezug auf das Kriterium (b) der missbräuchlichen Vertragsgestaltung besteht zwischen der *charakteristischen Leistung* (Waren und Leistungen) der einen Seite und der *Gegenleistung* (Preise und Bedingungen) der anderen Seite ein Ungleichgewicht, das nach dem Massstab regelkonformer Marktverhältnisse nicht gerechtfertigt ist.

Mit Bezug auf das Kriterium (c) der Behinderung oder Benachteiligung werden die *ausservertraglichen oder vertraglichen Relationen der Beteiligten* erfasst. Bei der (ausservertraglichen) Behinderung führt das missbräuchlich festgesetzte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch ein relativ marktmächtiges Unternehmen zur Verdrängung der Mitbewerber vom Markt (bspw. bei der missbräuchlichen Preisunterbietung mit unerwünschter Tendenz zu Monopolbildung im Extremfall). Bei der (vertraglichen) Benachteiligung der Gegenseite führt das missbräuchlich festgesetzte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch ein relativ marktmächtiges Unternehmen zu Kartellrenten, die nicht durch das ökonomische Spiel der Marktkräfte zustande kommen, vielmehr einseitig festgelegt werden (Missverhältnis zwischen Produzenten- und Konsumentenrenten).

Bei der Vertragsgestaltung drängt sich im Kontext der Benachteiligung der Marktgegenseite der Bezug zum Problem der *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB) auf. Die als Markterscheinung schon seit jeher gegebene, seit 2003 enthaltene und seit 2021 nunmehr explizite relative Marktmacht im Kartellgesetz erlaubt eine bislang übersehene Differenzierung bei der Gestaltung und Auslegung der AGB. Da bei der relativen Marktmacht die individuell-konkrete Relation zwischen den Parteien mit der Prüfung der Ausweichmöglichkeiten zur Beurteilung steht, ermöglicht dies eine differenziertere Inhaltskontrolle von AGB dann, wenn der AGB-Verwender eine Zwangslage missbraucht («bargaining power») und damit die Vertragsfreiheit³⁵ der Gegenseite am Markt verletzt.

³³ So explizit *Walter R. Schluemp*, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: ders. (Hrsg.), Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 82 ff., insb. 89 f. unter Hinweis auf *Klaus J. Hopt* und *Niklas Luhmann*. Vgl. zur allgemeinen Systemtheorie im Kontext des Vertragsrechts: *Alexander Brunner*, Kommunikationstheorie und Verhandlungspraxis, *AnwaltsRevue* 9/2021, 369 ff., 371 m.w.H.

³⁴ Vgl. zur treffenden Auslegung der neuen Norm auch unter Bezugnahme auf die Interpretationen zwischen den KG-Novellen von 2003 und 2021: *Zäch/Tuchschnid* (Fn. 28), 217 ff. und insbesondere neuerdings für den Digitalmarkt: *Künzler* (Fn. 28), 479 ff.

³⁵ Zur kartellrechtlichen Inhaltskontrolle von AGB bei Verletzung der Vertragsfreiheit: *Alexander Brunner*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: *Kramer* (Hrsg.), *Konsumenschutz im Privatrecht*, SPR X, Basel 2008, 111 ff., insb. 130–132. Die für das Konsumrecht indizierten kartellrechtlichen Erwägungen gelten analog auch für die KMU-Problematik, denn im Gegensatz zu Art. 8 UWG erfasst Art. 7

2.4 Missbrauch von Marktmacht nach Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG

Art. 7 Abs. 1 KG *deklariert seit der Revision von 2003 ausdrücklich*, dass Missbrauch auch dann vorliegt, wenn die *Marktgegenseite benachteiligt* wird. Was nun «Marktgegenseite» heisst, ist nach dem bisher Gesagten eindeutig: Es sind im Angebotsmarkt neben den betrieblichen Abnehmern (Unternehmen) auch die privaten Abnehmer (Konsumenten) am Markt (vgl. vorne Diagramm Fall 1). Es ist klarzustellen: «Wirtschaft» besteht nicht nur aus Unternehmen am Markt, «Wirtschaft» ist die Gesamtheit aller Akteure in allen Funktionen und Formen von Unternehmen und Privathaushalten (kurz: «B2B» und B2C»). Letztere spielen ökonomisch eine *herausragende* Rolle im Rahmen der Gesamtnachfrage als privater Konsum³⁶ und als entscheidender Ausgleichsfaktor bei Konjunkturschwankungen der Gesamtwirtschaft.

Der Missbrauch relativer Marktmacht gegenüber den Konsumenten als privaten Nachfragern und Abnehmern (Privathaushalte), aber auch gegenüber betrieblichen Nachfragern und Abnehmern (Unternehmen mit dem Status von KMU) ist daher ein Kardinalproblem des Gesetzgebers im Wettbewerbsrecht. Die KG-Novelle 2021 hat daher zu Recht Art. 7 Abs. 2 KG mit einem weiteren Tatbestand ergänzt. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG lautet: Als solche (missbräuchliche) Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht: «*die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen*».

Diese konkretisierende Norm der KG-Novelle 2021 deklariert nichts anderes als die Freiheit aller Nachfrager in der Schweiz, die am Wirtschaftsleben *transnational* teilnehmen. Damit werden im *selekti-*

ven Vertrieb ökonomisch unbegründete «Schweiz-Zuschläge» ausländischer Anbieter für Waren und Leistungen als Missbrauch relativer Marktmacht qualifiziert. Wie bereits erwähnt wird diese Norm mit dem Verbot des Geoblocking nach Art. 3a UWG³⁷ zusätzlich abgesichert.

IV. Zivilgerichtspraxis nach der KG-Novelle 2003

1. Handelsgericht

Eine Zivilgerichtspraxis zum Missbrauch relativer Marktmacht nach der KG-Novelle 2003 ist so gut wie nicht vorhanden. Das mag an der *rationalen Abstinenz zufolge Risiko-Analyse* möglicher Akteure liegen angesichts der rasch einsetzenden Meinungsstreite nach der KG-Revision von 2003. Für die Beurteilung des Missbrauchs relativer Marktmacht in Zivilverfahren wären an sich die oberen Gerichte der Kantone als Erstinstanzen oder die Handelsgerichte sachlich zuständig gewesen. Publierte Urteile dieser Gerichte sind indessen nicht auszumachen.

Allerdings hatte der Verfasser des vorliegenden Beitrags in seiner Funktion als Oberrichter am Handelsgericht Zürich auch Klagen wegen Missbrauchs relativer Marktmacht zu beurteilen. Solche Klagen konnten nach der bewährten «best practice» in Vergleichsverhandlungen³⁸ einer Lösung zugeführt werden, die aber naturgemäss nicht veröffentlicht werden. Vorliegend soll lediglich ein Fall mit der Sach-

KG neben Konsumenten als private Nachfrager auch Unternehmen als betriebliche Nachfrager am Markt.

³⁶ Brunner, Konsumentenschutzrecht (Fn. 13), 36 Fn. 6 unter Hinweis auf den Begründer der modernen Nationalökonomie: Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen, 5. Aufl., London 1789/dt. 5. Aufl., München 1990, S. 558: «Der Konsum allein ist Ziel und Zweck einer jeden Produktion, daher sollte man die Interessen des Produzenten eigentlich nur so weit beachten, wie es erforderlich sein mag, um das Wohl des Konsumenten zu fördern. Diese Maxime leuchtet ohne weiteres ein, so dass es töricht wäre, sie noch beweisen zu wollen.»

³⁷ Die UWG-Problematik kann im vorliegenden Beitrag zur relativen Marktmacht nicht vertieft behandelt werden. Im Übrigen ist die WEKO für das UWG von Gesetzes wegen nicht zuständig. Eine übergeordnete Aufsicht wie bei der FINMA besteht im Wettbewerbsrecht nicht, was an sich wünschenswert wäre; vgl. dazu: Alexander Brunner, Zur aktuellen Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, recht 2001, 1 ff., insb. 10 (mit Diagramm der Zuständigkeiten für die Durchsetzung des KG und des UWG).

³⁸ Vgl. zu dieser Handelsgerichtspraxis: Roland Oskar Schmid, Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), FS 150 Jahre Handelsgericht Zürich, Zürich 2016, 235 ff.; vgl. auch Jörg Risse, Prozessrisikoanalyse, München 2017, m.w.H. insb. zur Forschung von Gerd Gigerenzer und Daniel Kahneman. Vgl. auch den Vortrag vor dem Schweizer Verband der Richter in Handelssachen: Jörg Risse (2018): Prozessrisikoanalyse; <<https://svrh.ch/dokumente/>>.

und Rechtsfrage von «Must-in-Stock-Produkten» zur Illustration genügen.³⁹

2. Bundesgericht

Aufgrund dieser verfahrensrechtlichen Lage fehlen auch explizite Zivilurteile des Bundesgerichts zum Rechtsproblem des Missbrauchs *relativer* Marktmacht. Für die Zivilgerichte lassen sich jedoch aufgrund bisheriger Urteile wertvolle Erkenntnisse gewinnen. Das materielle Kartellrecht bleibt denn auch im Kerngehalt unverändert trotz der Spaltung der Rechtswege in Verwaltungs- und Zivilverfahren. Handels- und Obergerichte können sich daher auch an der bisherigen Rechtsprechung orientieren. Das gilt vor allem für die entscheidende *Prüfung der sachlich-räumlich-zeitlichen Ausweichmöglichkeiten*⁴⁰ von Unternehmen und Privathaushalten gegenüber nunmehr auch *relativ* marktmächtigen Unternehmen (vgl. Diagramme vorne zu Fall 1 und 2).

V. Zivilgerichtspraxis nach der KG-Novelle 2021

Die nachfolgenden Überlegungen zum Zivilverfahren können knapp ausfallen. Es wäre «Eulen nach Athen getragen» vor dem Hintergrund, dass in den oberen Instanzen der Kantone (einzige Instanzen) jeweils erfahrene Prozessrechtsspezialisten arbeiten. Der *Kartell-Zivilprozess* ändert an den *allgemeinen Prinzipien der ZPO* nur wenig. Auf spezifische Hinweise soll nachfolgend eingegangen werden. Allerdings wird nach der KG-Novelle 2021 in die Zivilgerichte zu Recht einige Hoffnung gesetzt.⁴¹ Es ist die Rückbindung des Kartellrechts an die Grundnorm

und damit verbunden eine Renaissance der *Freiheit aller Akteure im Markt*.

1. Vorsorglicher Rechtsschutz

Der vorsorgliche Rechtsschutz kann im Kartell-Zivilprozess eine erhebliche Rolle spielen, vor allem aufgrund des Umstandes, dass es – wie sonst auch, aber hier besonders – um zentrale Strategien der Unternehmen im wirtschaftlichen Spiel der Kräfte geht. KMU-Unternehmen sind bei Missbrauch *relativer* Marktmacht besonders verletzlich und daher gefordert. Von Missbrauchstatbeständen Betroffene können vorsorgliche Massnahmen⁴² *vor oder nach Einleitung des Hauptverfahrens* beantragen.

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen ergibt sich nach Art. 13 ZPO durch die Zuständigkeit für die Hauptsache oder wo die Massnahme vollstreckt werden soll. Für die hier relevante *einzige kantonale Instanz* bei Sach- und Rechtsfragen des Kartellrechts gelten Art. 5 Abs. 2 ZPO oder Art. 6 Abs. 5 ZPO. Diese Instanzen (Handels- oder Obergerichte) sind dafür zuständig vor und nach Einleitung der *Hauptklage* (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.2). Die im Kartell-Zivilprozess sonst indizierte Vorlegung an die WEKO nach Art. 15 KG gilt aber wegen der Raschheit des Entscheides nicht.⁴³

Vorsorgliche Massnahmen werden im summarischen Verfahren (Art. 248 ZPO) verhandelt, und es können nach Art. 158 ZPO bei Gefährdung auch jederzeit Beweise abgenommen werden. Im Übrigen kann auf die allgemeinen Regeln nach Art. 261 ff. ZPO verwiesen werden (Glaubhaftmachen, Verbote oder Auflagen an die Gegenseite, vorläufige Leistungen und Sicherungen).

³⁹ Fall HG160091: Vergleichsverhandlung mit den voll zeichnungsberechtigten Organen beider Unternehmen sowie den Anwälten zur Klage wegen Missbrauchs der relativen Marktmacht (1. Forderung von Schadenersatz wegen überhöhter Preise für «Must-in-Stock-Produkten» in der Vergangenheit und 2. Rabatt-Forderung von 30 Prozent auf die Listenpreise in Zukunft). Rasche Lösung der Problemlage durch Gesamtvergleich im Interesse beider Unternehmen mit 1. Rückzug der Klage und 2. künftig Gewährung von 22 Prozent Rabatt auf die Listenpreise.

⁴⁰ Empfehlenswert (auch) für die Zivilgerichte ist das Präjudiz: BGE 139 I 72, insb. Erw. 9.

⁴¹ Vgl. dazu auch das erwähnte Vernehmlassungsverfahren WBF/SECO, vorstehend Fn. 21.

⁴² Zum Kartellzivilprozess kann auf die aktuelle und tiefgreifende Analyse eines Praktikers verwiesen werden: *Meinrad Vetter*, 3. Kapitel: Zivilrechtliches Verfahren, Vor Art. 12–15 und Art. 12 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, 985 ff.; eingehend zu vorsorglichen Massnahmen, N 66 ff.; zu den prozessrechtlichen Problemen: Handelsgericht Zürich, 17.12.2014, ZR 114/2015, 86 (Vorwurf einer unzulässigen Vertikalabrede bzw. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung); Handelsgericht Zürich, HE190163, Urteil 11.7.2019 (online abrufbar, Zugang zu Dealerportal).

⁴³ Handelsgericht Zürich: Fall HE970002 oder Fall HG970332 nach wie vor aktuelle Praxis. Vgl. neuerdings auch Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 29.10.2019, sic! 2020, 280 («Service-Verträge»).

Wegen der präjudiziellen Wirkung von vorsorglichen Massnahmen wird im Kartell-Zivilprozess häufig und intensiv um eine Lösung gerungen. Die *Praxisempfehlung* geht daher für klagende Parteien dahin, die *Fakten der eigenen Zwangslage und des missbräuchlichen Verhaltens der Gegenseite rechtzeitig und in überzeugendem Umfang vorprozessual zu sichern*. Es sind die Parteien, die Zugang zu ihren Beweisen haben, insb. durch das Sammeln von Belegen vergeblicher Suche nach sachlich-räumlich-zeitlichen Ausweichmöglichkeiten bei Drittunternehmen. Die häufige Abweisung von Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist dem Umstand geschuldet, dass Betroffene meinen, die Gerichte hätten den gleichen Kenntnisstand wie sie selbst. Diese *Asymmetrie des Wissens* ist rechtzeitig und effizient durch eigene Erforschung der Fakten auszugleichen, bevor überhaupt Begehren gestellt werden.

2. Einleitungs-, Haupt- und Beweisverfahren

2.1 Örtliche Zuständigkeit und Klageeinleitung (ZPO, IPRG, LugÜ II)

Auch Kartell-Zivilklagen sind am örtlich zuständigen Gericht anzuheben, mithin nach Art. 10 ZPO am *Wohnsitz* natürlicher Personen (in der Funktion als Unternehmen) bzw. am *Sitz* inkorporierter Handelsgesellschaften. Da Kartell-Zivilklagen *Forderungen aus unerlaubter Handlung* (Art. 41 ff. OR) zum Gegenstand haben, sind nach dem Ubiquitätsprinzip von Art. 36 ZPO überdies die Gerichte zuständig am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort. Das Gleiche gilt im Kollisionsrecht. Nach Art. 129 Abs. 1 IPRG sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständig. Überdies sind die schweizerischen Gerichte nach dem Ubiquitätsprinzip am Handlungs- oder Erfolgsort sowie für Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig. Bei der *örtlichen Zuständigkeit* ist sodann Art. 5 Ziff. 3 LugÜ II⁴⁴ zu beachten (Erfolgsort in der Schweiz zufolge Behinderung oder Benachteiligung).

⁴⁴ SR 0.275.12.

2.2 Sachliche Zuständigkeit

Bei der sachlichen Zuständigkeit sind die *kantonalen einzigen Instanzen* (Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO) bzw. die *Handelsgerichte* (Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO) zuständig. Sind branchenübergreifende Sachverhalte der relativen Marktmacht zu beurteilen, drängt sich bei den Handelsgerichten – praxisgemäss – eine gemischte Zusammensetzung der Fachrichter auf, damit die Streitparteien die Expertise beider Seiten im Gerichtshof repräsentiert sehen.

Im Kartell-Zivilprozess ist bei der sachlichen Zuständigkeit zur Beurteilung von Marktmacht stets zu prüfen, ob ggf. auch der Streitwert⁴⁵ für Forderungen auf Schadenersatz erreicht ist. In der Regel wird dies der Fall sein, denn die damit verbundenen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche⁴⁶ nach Art. 13 KG erreichen meist hohe Streitwerte, denn bei Missbrauch relativer Marktmacht steht der Anspruch des Behinderten auf Zugang zu marktgerechten oder branchenüblichen Verträgen im Vordergrund.⁴⁷

2.3 Haupt- und Beweisverfahren

Beim Haupt- und Beweisverfahren gelten die allgemeinen Verfahrensnormen der ZPO. Im Kontext des Kartellzivilprozesses ist es zielführend, aus dem Verwaltungsverfahren der WEKO – unter Vorbehalt von Geschäftsgeheimnissen – Herausgabe von Akten für den Kartellzivilprozess zu beantragen.⁴⁸ Im Übrigen gelten die *Praxishinweise für die Beweisbeschaffung* im vorsorglichen Rechtsschutz auch im Haupt- und Beweisverfahren.

⁴⁵ Vetter (Fn. 42), N 59 ff. (Streitwertbestimmung). Zu den komplexen Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit der Beschwerde ans Bundesgericht: *George Daetwyler/Christian Stalder*, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), FS 150 Jahre Handelsgericht Zürich, Zürich 2016, 141 ff., insb. 162 ff.

⁴⁶ *Ruth Arnet*, 3. Kapitel: Zivilrechtliches Verfahren, Art. 13 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, 1033 ff.

⁴⁷ Vgl. vorne Fn. 39: Vergleichslösung vor dem Zürcher Handelsgericht (Vereinbarung marktgerechter Rabatte durch Vertrag).

⁴⁸ Aktenbeizug für ein *Verwaltungsverfahren* bejaht: BGer, 2C_1039/2018, Urteil vom 18.3.2021.

2.4 Anwendbares Recht (Kollisionsrecht)

Das *anwendbare Recht* richtet sich nach dem *Auswirkungsprinzip* in Art. 137 IRPG.⁴⁹ Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist. Das IPRG spricht von «Behinderung», was aber bei der *kollisionsrechtlichen Qualifikation des Verweisungsbegriffs – Kartellrecht betrifft nach der Grundnorm allgemein missbräuchliches Marktverhalten – umfassend* zu verstehen ist und daher auch die «Benachteiligung der Marktgegenseite» einschliesst.

Bei der *kollisionsrechtlichen Qualifikation des Missbrauchs relativer Marktmacht* stellt sich auch die Frage nach der Anwendung des Allgemeinen Teils des IPRG.⁵⁰ Sollte ausnahmsweise und trotz Auswirkungsprinzip wider Erwarten ausländisches materielles Recht für die Beurteilung anwendbar sein, so ist die *Sondernorm von Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG als positiver ordre public* zu qualifizieren (Art. 18 IRPG). Damit bleibt es bei der Anwendung von Schweizer Recht (insb. auch im Zusammenhang mit Geoblocking).

Die KG-Novelle 2021 verfolgt das Ziel⁵¹ einer diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Leistungen im Ausland. Das Schweizer Recht sichert neu ausreichend die Rechtsstellung der betrieblichen und privaten Nachfrager im transnationalen Markt. Ausländischen Unternehmen und ihren Compliance-Abteilungen ist mit Art. 7 Abs. 2 lit. g revKG klargemacht, dass einseitige Lieferverweigerungen im Ausland, die erfolgen, um Schweiz-Zuschläge in der Schweiz im selektiven Vertrieb durchsetzen zu kön-

nen, künftig als missbräuchlich und daher unzulässig beurteilt werden.

3. Koordination der Verfahren nach Art. 15 Abs. 1 KG

Die Koordination zwischen öffentlichem Aufsichts- und privatem Zivilverfahren ist im *Wirtschaftsrecht* in verschiedenen Spezialgebieten geregelt. Es ist das Problem, wie das Zusammenspiel beider Verfahren zu qualifizieren ist.⁵² Sind entsprechende Institutionen voneinander völlig unabhängig? Oder ist es innerhalb des Staatsaufbaus möglich, eine *Bindungswirkung von Entscheiden* für die eine oder andere Seite festzulegen? Nach der hier vertretenen Meinung wäre eine solche Bindungswirkung verfassungswidrig, da dies dem Rechtsstaatsprinzip widersprechen würde und der Verankerung der *richterlichen Unabhängigkeit* (Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. 191c BV).

Beim Erlass von Art. 15 KG (Fassung vom 6. Oktober 1995) hat sich der Bundesgesetzgeber an diese Grundsätze gehalten, indem sachgerecht eine blosser Konsultation der Zivil- und Handelsgerichte bei der WEKO eingeführt worden ist.⁵³ Das bedeutet, dass sachverhaltsüberschreitende *WEKO-Entscheide im Kartellzivilprozess* nicht zu befolgen, vielmehr (sinnvollerweise) *zu berücksichtigen* sind.

Bei der *Deklaration relativer Marktmacht* durch die KG-Novelle 2021 wurde die wohl begründete Befürchtung geäussert, dass mit der neuen Differenzierung von Marktmacht auch die Fallzahlen⁵⁴ im Ver-

⁴⁹ Vetter (Fn. 42), N 28 ff., insb. 30 ff.

⁵⁰ Handelsgericht Zürich, Urteil HG020321 vom 21.6.2004 = ZR 104/2005, 97 ff. Nr. 27; Leading Case mit der Anwendung u.a. von Art. 19 IPRG und damit der Rechtsprechung des EuGH (Bosman-Praxis), der für eine Reihe anderer Verfahren massgebend wurde mit entsprechenden Vergleichslösungen. Weitere Verfahren am Handelsgericht wurden obsolet, nachdem in jenem Prozesskomplex durch Reglement für alle weiteren Kartellzivilprozesse ein Schiedsgericht bestellt wurde. Vgl. zur Frage der Schiedsfähigkeit im Kartellrecht: Ivo Schwander, 3. Kapitel: Zivilrechtliches Verfahren, Nach Art. 12–15: Schiedsverfahren für zivilrechtliche Ansprüche aus dem Kartellgesetz, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, 1067 ff.

⁵¹ Vgl. die klaren Voten im Parlament: Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo, AB 2020 N 228, und Ständerat Hannes Germann, AB 2021 S 147.

⁵² Diese Frage gab zu Diskussionen Anlass bspw. bei der *Neuordnung des Schweizer Finanzmarktrechts* mit der Beurteilung der Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten zwischen den Marktakteuren mittels öffentlicher Aufsichtsbehörden einerseits und Zivil- und Handelsgerichten andererseits.

⁵³ David Rüetschi, Das Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 Abs. 1 KG – Schnittstelle zwischen Zivilprozess und Verwaltungsverfahren, sic! 2008, 871 ff.; Meinrad Vetter/Daniel Peyer, 3. Kapitel: Zivilrechtliches Verfahren, Art. 15 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich 2018, 1057 ff. Das erste Vorlageverfahren nach Art. 15 KG nach seiner Einführung erfolgte am Handelsgericht Zürich im Verfahren HG960160 («Denner-Fälle»). Vgl. bspw.: WEKO-Gutachten RPW 2011/2, 335 mit Abgrenzung Art. 15 und Art. 47 KG.

⁵⁴ Vgl. Bericht in der NZZ vom 3. März 2021, 21; vgl. dazu nunmehr auch das Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021.

waltungsverfahren erheblich zunehmen könnten. Im Spiel zwischen der Aufsichtsbehörde und den Handels- und Obergerichten drängt sich daher folgende Koordination auf. Bei (zeitlich ersten) Aufsichtsbeschwerden: Der Erlass von *WEKO-Leitentscheiden*, die von den Handels- und Obergerichten berücksichtigt werden. Bei (zeitlich ersten) Kartellzivilklagen: Von Amtes wegen Vorlage nach Art. 15 KG an die WEKO, bevor ein *Zivilurteil* erlassen wird.⁵⁵

4. Gerichtsentseide und Vollstreckung

Die vor der KG-Novelle 2021 geäußerte Befürchtung, Urteile von Schweizer Handels- und Obergerichten gegen Unternehmen mit Sitz im Ausland seien im Kartellzivilprozess nicht vollstreckbar, ist unbegründet. Diese Sach- und Rechtslage zeigt sich bei transnationalen Sachverhalten allgemein. Ausländische Unternehmen mit wirtschaftlichen Interessen in der Schweiz verfügen im selektiven Vertriebssystem über vielfältige Kontakte zu ihren Vertragspartnern und damit auch über Vermögenswerte in der Schweiz (Sachen oder Forderungen). Urteile können nach den *allgemeinen Regeln der Arrestlegung* vollstreckt werden (Art. 271 Ziff. 6 SchKG).⁵⁶

VI. Indizierter kollektiver Rechtsschutz (auch) im Kartellrecht

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Forderungsklagen von Unternehmen (insb. Schweizer KMU) und Konsumenten zufolge von Missbrauch relativer Marktmacht im Angebotsmarkt wirkungsvoll durch den kollektiven Rechtsschutz zu wahren sein werden. Es ist daran zu erinnern, dass diese notwendige Klagemöglichkeit bereits vor über 30 Jahren vorgesehen war.⁵⁷ Unverändert ist seit 2003 auch der verfassungsrechtliche Ingress des Kartellgesetzes, was aus gesetzessystematischen Gründen aber nunmehr in der ZPO zu integrieren sein wird.⁵⁸ Zielführend werden in diesem Kontext die vorgesehenen Vergleichsverhandlungen zwischen den Beteiligten sein.⁵⁹

⁵⁵ *Vetter/Peyer* (Fn. 53), Art. 15 KG, N 4 ff.; vgl. zum Konzept des Zusammenspiels mit WEKO-Leitentscheiden auch: Nationalrätin *Prisca Birrer-Heimo*, AB 2020 N 228.

⁵⁶ *Zäch/Tuchschild* (Fn. 28), 227.

⁵⁷ Die Verbandsklage war schon bei der KG-Totalrevision 1994/1995 im *Vorentwurf vorgesehen*; vgl. *Carl Baudenbacher*; Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 1994, 1371, linke Spalte.

⁵⁸ Vorlage 21.082, Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048. Eine Gesetzesergänzung ist hier überfällig. Vgl. zur unbefriedigenden Rechtslage nach dem «Diesel-Entscheid» des Handelsgerichts Zürich: *Tanja Domej*, Besprechung des Urteils 4A_43/2020 vom 16.7.2020, Stiftung A. gegen B. AG und C. AG (Forderung, Prozessfähigkeit), AJP 2021, 256 ff.

⁵⁹ *Matthis Peter*; Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren – einvernehmliche Streitbeilegung im kollektiven Rechtsschutz, Diss. Zürich, Tübingen 2018.