

## Zur Diskussion / A discuter

### Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden

#### Bemerkungen zum Aufsatz von Adrian Raass (sic! 2004, 911 ff.)

YVO HANGARTNER\*

*Die kürzlich von Adrian Raass geäusserte Ansicht (vgl. sic! 2004, 911 ff.), die Vermutung, eine vertikale Abrede im Sinn von Art. 5 Abs. 4 KG beseitige wirksamen Wettbewerb, sei widerlegt, wenn Interbrand-Wettbewerb bestehe, widerspricht der gesetzlichen Regelung und der verfassungskonformen Handhabung der Bestimmung. Unter der von Raass gemachten Annahme würde Art. 5 Abs. 4 KG praktisch nie zur Anwendung gelangen. Es entspricht jedoch ausdrücklicher gesetzgeberischer Absicht und dem Sinn der Norm, dass vertikale Abreden im Sinn der Bestimmung grundsätzlich unzulässig sein sollen. Die von Raass vertretene Interpretation widerspricht auch der Wirtschaftsfreiheit der Bundesverfassung, und zwar sowohl der von ihm vertretenen rein institutionellen Betrachtungsweise (denn Intrabrand-Wettbewerb ist geschützter Wettbewerb im Sinn von Art. 96 Abs. 1 BV) als auch der ebenfalls gebotenen grundrechtlichen Handhabung der Wirtschaftsfreiheit (Verpflichtung der Behörden gemäss Art. 35 Abs. 3 BV, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden).*

*L'opinion récemment exprimée par Adrian Raass (cf sic! 2004, 911 ss) selon laquelle la présomption qu'un accord vertical au sens de l'art. 5 al. 4 LCart entraîne la suppression d'une concurrence efficace serait écartée lorsqu'il existe une concurrence interbrand, n'est pas conforme à la disposition légale et à son application conforme à la Constitution. Elle aurait pour conséquence que l'art. 5 al. 4 LCart ne serait plus appliqué. Conformément à la volonté expresse du législateur, les accords verticaux visés par cette disposition doivent être considérés en principe comme illicites. L'interprétation défendue par Raass est au surplus contraire à la liberté économique, garantie par la Constitution fédérale, et ceci aussi bien selon l'approche purement institutionnelle qu'il préconise (car la concurrence intrabrand tombe sous la notion de concurrence protégée par l'art. 96 al. 1 Cst.) que sous l'angle de la liberté économique en tant que droit fondamental (obligation des autorités selon l'art. 35 al. 3 Cst. de veiller à ce que les droits fondamentaux soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux).*

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Regelung
- III. Verfassungsrechtliche Aspekte

#### I. Einleitung

In seinem in dieser Zeitschrift kürzlich erschienenen Beitrag «Eine Frage der Erheblichkeit – Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz»<sup>1</sup> befasst sich Adrian Raass mit der Regelung, dass die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch vermutet wird «bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- und Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertragspartner ausgeschlossen werden» (Art. 5 Abs. 4 KG). Er führt unter Bezugnahme auf Art. 96 Abs. 1 BV aus, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nur dann vorliegen kann, wenn die sie verursachende Abrede zu volkswirtschaftlichen oder sozialen Schäden führt oder führen kann. Dieser Sachverhalt sei jedoch nur gegeben, wenn die Abrede Marktmacht begründe oder verstärke<sup>2</sup>. Solange der Interbrand-Wettbewerb funktioniere, seien keine volkswirtschaftlichen Schäden zu erwarten. In solchen Fällen sei die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG daher widerlegt. Vertikale Abreden seien also nur

<sup>1</sup> sic! 2004, 911 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 914 ff.

dann unzulässig, wenn kein oder kein genügender Interbrand-Wettbewerb bestehe. «Aus ökonomischer Perspektive» sollte bei vertikalen Abreden davon abgesehen werden, auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erkennen ohne vorgängige Prüfung, ob die Abredeteiligen überhaupt über Marktmacht verfügen<sup>3</sup>.

Interbrand-Wettbewerb besteht fast immer. Würde der durch die Revision vom 20. Juni 2003<sup>4</sup> eingefügte Art. 5 Abs. 4 KG auf Fälle beschränkt, in denen Interbrand-Wettbewerb nicht funktioniert, würde er praktisch nie zur Anwendung gelangen; die gesetzliche Regelung und die bereits früher im gleichen Sinn erlassene Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 betreffend vertikale Abreden<sup>5</sup> würden faktisch ausser Kraft gesetzt. Ein solches Interpretationsergebnis ist erstaunlich. Die Ausführungen des Leiters Ökonomie im Sekretariat der Wettbewerbskommission rufen nach einer Entgegnung aus der Sicht des positiven Gesetzesrechts und des Verfassungsrechts.

## II. Gesetzliche Regelung

Gemäss dem Legalitätsprinzip ist in der Rechtsanwendung vom formellen Gesetz auszugehen. Dieser Grundsatz wird im Bund durch das Massgeblichkeitsgebot von Art. 191 BV verstärkt (in der Nummerierung gemäss Justizreform Art. 190 BV; Vollzug von Bundesgesetzen auch bei allfälliger Verfassungswidrigkeit der Regelung).

Zur Beurteilung unzulässiger vertikaler Wettbewerbsabreden ist von Art. 5 Abs. 1 und 4 KG auszugehen. Art. 5 Abs. 1 KG bezeichnet im zweiten Teilsatz Abreden als unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird (zusätzlich zu den Fällen von Art. 5 Abs. 3 KG) gemäss Art. 5 Abs. 4 KG bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden über absoluten Gebietsschutz im Vertrieb vermutet. In der Praxis werden diese beiden Arten von Abreden oft gekoppelt.

In der näheren Analyse ist zu unterscheiden zwischen der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der Rechtfertigung an sich unzulässiger erheblicher Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch vertikale Abreden, auch wenn die beiden Sachverhalte offenbar gelegentlich vermischt werden<sup>6</sup>.

Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und deshalb grundsätzlich unzulässig sind, können durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind jedoch auf keinen Fall gerechtfertigt<sup>7</sup>. Hingegen sind die Vermutungen der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) widerlegbar.

Dies gilt auch für die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, wie Raass zu Recht hervorhebt<sup>8</sup>. Sie würde allerdings wenig Sinn ergeben, wenn sie, wie als Ergebnis der Argumentation dieses Autors, praktisch immer widerlegt werden könnte. Die angenommene gesetzgeberische Widersprüchlichkeit besteht jedoch nicht. Zunächst, und dies spielt bei der Anwendung einer neuen und politisch umstrittenen bundesgesetzlichen Bestimmung eine ausschlaggebende Rolle, geht aus den Materialien klar hervor, dass der Gesetzgeber in Bestätigung der bereits zuvor eingeschlagenen Betrachtungsweise der Wettbewerbskommission vertikale Abreden, die Mindest- oder Festpreise festsetzen oder Vertriebsgebiete im Sinn absoluten Gebietsschutzes voneinander abschotten, per se als grundsätzlich nicht zu tolerierende Wettbewerbsbeseitigung angesehen hat<sup>9</sup>. Dies, obwohl auch Vorzüge vertikaler Abreden gesehen wurden<sup>10</sup>. Doch darf die gesetzliche Betrachtungsweise nicht mit einem Hinweis auf Vorteile vertikaler Abreden auf den Kopf gestellt werden.

<sup>3</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), Zusammenfassung, 924.

<sup>4</sup> AS 2004, 1385.

<sup>5</sup> RPW 2/2002, 404 ff.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 129 II 18 E. 9.5.3, 42.

<sup>7</sup> Vgl. J. Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, KG 5 N 21.

<sup>8</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 922.

<sup>9</sup> Vgl. R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 343, mit Nachweisen in Fn. 609 und 610, 165; Botschaft vom 23. November 1995 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 566; vgl. auch D. Zimmerli, «Literatur oder Wettbewerb» – Die Gefahr aufgedrängter Wohltaten im Kartellrecht, ZBJV 2003, 311.

<sup>10</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 921, mit Nachweisen in Fn. 67; Zäch (Fn. 9), Rn. 387, 186.

Art. 5 Abs. 4 KG beruht auf der Konzeption, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertragspartner ausgeschlossen werden, grundsätzlich wirksamen Wettbewerb beseitigen und daher im Sinn von Art. 5 Abs. 1 zweiter Teilsatz KG unzulässig sind. Mit anderen Worten: Im Grundsatz will das Gesetz, dass Preiswettbewerb herrscht, wenn ein Produkt über verschiedene Unternehmen nachgeordneter Handelsstufen vertrieben wird, und dass in einem bestimmten Gebiet nicht nur ein einziges (oder einzelne wenige) Unternehmen den Vertrieb besorgen dürfen (also z.B. nicht nur ein Unternehmen den Vertrieb von Autos oder von Autoersatzteilen der Marke A oder von Parfums der Marke Z). Der Vertrieb soll vielmehr auch anderen Unternehmen ermöglicht werden, sofern diese verlangte und gerechtfertigte sachliche Voraussetzungen (wie Fachkenntnisse, kaufmännische Vertrauenswürdigkeit) erfüllen. Es soll somit (im horizontalen Verhältnis, wie dies der Begriff des Wettbewerbs voraussetzt) Intra-Brand-Wettbewerb ermöglicht werden.

Die Annahme von Art. 5 Abs. 4 KG muss als Vermutung widerlegbar sein. Die Widerlegung darf die Bestimmung aber nicht ihres Sinns entleeren; sie darf nicht in einer Art und Weise verstanden werden, welche die klar kenntlich gemachte Absicht des Gesetzgebers unterläuft. Der blosser Verweis auf funktionierenden Inter-Brand-Wettbewerb<sup>11</sup> genügt daher nicht, die Vermutung zu entkräften.

Es gibt aber Konstellationen, in denen die grundsätzliche gesetzliche Annahme, ein Tatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG beseitige wirksamen Wettbewerb, nicht zutrifft. Solche Tatbestände sind sowohl bei vertikalen Preisbindungen wie bei abschottenden vertikalen Vertriebssystemen auszumachen.

Sind lediglich Mindestpreise festgelegt, so können Wettbewerber nachgeordneter Marktstufen theoretisch unterschiedlich hohe Preise im zugelassenen Bereich verlangen, so dass genügend wirksamer Preiswettbewerb bestehen kann. In der Praxis wird dieser Fall allerdings kaum je von Bedeutung sein. Hingegen kann es vorkommen, dass Abreden über Mindest- oder Festpreise nicht oder nicht genau eingehalten werden und aus diesem Grund genügend wirksamer Preiswettbewerb besteht. Naheliegender ist der Gedanke, wirksamen Wettbewerb trotz vertikaler Abreden über Mindest- oder Festpreise anzunehmen, wenn wirksamer Wettbewerb über andere Parameter als den Preis stattfindet, wenn es also vor allem auf Beratung und Service ankommt. Das Bundesgericht ist diesem Gedanken im Entscheid über die Buchpreisbindung gefolgt<sup>12</sup>. Dagegen wird allerdings eingewendet, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Preisabreden durch den Nachweis von Wettbewerb zum Beispiel in der Beratung umgestossen werden könnte, so würde der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG praktisch bedeutungslos. Dies deshalb, weil der Nachweis von Wettbewerb über irgendeinen anderen Parameter immer möglich sei<sup>13</sup>. Andererseits wird aber auch darauf hingewiesen, dass bei gleichen Gütern, um die es bei Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG geht, die Ausschaltung des Preiswettbewerbs meist zur Beseitigung des Wettbewerbs führt<sup>14</sup>. Man wird also nicht umhin kommen, die einzelnen Fälle zu analysieren und je nachdem festzustellen, ob trotz Festsetzung von Mindest- oder Höchstpreisen wirksamer Wettbewerb besteht. Dabei ist selbstverständlich zu beachten, dass Preisabreden oft in Verbindung mit selektiven Vertriebssystemen ergehen, in denen einheitliche Standards auch für Beratung, Service usw. festgelegt werden, so dass wirksamer Wettbewerb auch nicht über diese Parameter stattfinden kann.

Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten im Sinn von Art. 5 Abs. 4 KG verhindern wirksamen Wettbewerb nicht und sind als zulässig anzusehen (Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG), wenn ein von Natur aus homogenes Produkt oder ein durch Fachverbände oder gesetzlich branchenweit normiertes Produkt auch durch andere Produzenten vertrieben wird (z.B. Rohstoffe bestimmter Art oder normierte Batterien). Eine analoge Situation besteht, wenn Ware eines bestimmten Typs, obwohl nicht normiert hergestellt, von der potenziellen Kundschaft als praktisch identisch empfunden wird (z.B. bestimmte Werkzeuge für den Do-it-yourself-Gebrauch). Eine solche Identität oder Quasi-Identität besteht jedoch nicht, wenn ein bestimmtes Produkt sich aufgrund seiner Ausstattung oder aufgrund werbetechnisch inszenierter (Pseudo-)Exklusivität von anderen Produkten der gleichen Art abhebt (z.B. eine aufgrund der Werbung unterschiedlich aufgenommene Kamera,

<sup>11</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 923.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 129 II 18 E. 9.5.2, 41 f.

<sup>13</sup> Vgl. R.H. Weber / P. Zeier, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2005, (im Druck); BGE 129 II 18 E. 8.3.4, 37 f.

<sup>14</sup> Vgl. Weber/Zieger (Fn. 13); Zäch (Fn. 9), Rn. 426, 207 f.

selbst wenn objektiv praktisch kein Unterschied zu gleichartigen Kameras anderer Unternehmen besteht).

Fazit der gesetzlichen Regelung ist somit:

1. Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, sind grundsätzlich unzulässig (Art. 5 Abs. 4 KG).
2. Solche Abreden sind jedoch zulässig (Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG), wenn wirksamer Wettbewerb trotz Festlegung von Preisen besteht (z.B. weil Abreden über Mindest- oder Festpreise nicht oder nicht genau eingehalten werden) oder wenn wirksamer Wettbewerb trotz selektiver Vertriebssysteme stattfindet (z.B. weil ein Produkt vertrieben wird, das identisch oder quasi-identisch auch auf Vertriebskanälen von Konkurrenten abgesetzt wird).
3. Der blosse Umstand, dass Interbrand-Wettbewerb besteht, vermag nach gesetzgeberischer Absicht und Sinn der Norm die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht zu widerlegen.

### III. Verfassungsrechtliche Aspekte

Raass begründet sein Ergebnis, dass vertikale Abreden nur bei fehlendem oder ungenügendem Interbrand-Wettbewerb zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen und somit nur unter dieser Voraussetzung unzulässig sind, mit einer Bezugnahme auf Art. 96 Abs. 1 BV. Nach dieser Bestimmung erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Volkswirtschaftlich schädlich und eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung könne eine Wettbewerbsabrede aber nur sein, wenn sie Marktmacht begründe oder verstärke. Das aber treffe bei vertikalen Abreden nur zu, wenn der Interbrand-Wettbewerb nicht funktioniere<sup>15</sup>.

Aus juristischer Sicht ist dazu grundsätzlich zu bemerken, dass Art. 96 Abs. 1 BV verfassungsrechtlich autonom ausgelegt wird, das heisst ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung. Ferner ist zu beachten, dass Art. 96 Abs. 1 BV den Auftrag erteilt, nicht nur gegen volkswirtschaftlich, sondern auch gegen sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen<sup>16</sup>. Zudem wird der Begriff Wettbewerb umfassend verwendet, also nicht auf bestimmte Formen des Wettbewerbs eingeschränkt<sup>17</sup>. Der Begriff «Kartell» zielt auf horizontale Abreden, während mit dem Begriff «andere Wettbewerbsbeschränkungen» gerade auch schädliche Auswirkungen vertikaler Abreden ins Visier genommen werden<sup>18</sup>. Mit dem Allerweltswort «sozial»<sup>19</sup> wird dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum eröffnet<sup>20</sup>. Diese ausufernde Problematik wird im Allgemeinen in der Weise angegangen, dass Art. 96 Abs. 1 BV als Grundlage für Vorkehren gegen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs aufgefasst wird. Wirksamer Wettbewerb führt in der Regel zu volkswirtschaftlich und sozial erwünschten Ergebnissen; Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch Wettbewerbsabreden sind deshalb grundsätzlich volkswirtschaftlich und sozial schädlich<sup>21</sup>.

Raass vertritt eine auf den Interbrand-Wettbewerb eingeeengte Betrachtungsweise. Er begründet sie institutionell und stellt sie in Gegensatz zum Individualschutz, wie er früheren Kartellgesetzen zugrunde gelegen habe und in Widerspruch zu Art. 1 KG stehe<sup>22</sup>. Diese Betrachtungsweise wird der Problematik in doppelter Hinsicht nicht gerecht, nämlich weder der institutionellen Garantie der Wirtschaftsfreiheit noch deren grundrechtlichen Gewährleistung.

Art. 1 KG bestimmt, das Gesetz bezwecke, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Der erste Teilsatz wiederholt

<sup>15</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 912 ff.

<sup>16</sup> Der Begriff der sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen wird in der wettbewerbsrechtlichen Literatur als selbständiger (nicht bereits durch den Begriff der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen erfasster) Begriff nicht oder nur marginal thematisiert. Vgl. z.B. Zäch (Fn. 9), Rn. 126, 55.

<sup>17</sup> Vgl. auch Y. Hangartner, *Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts*, sic! 2002, 323.

<sup>18</sup> Vgl. M. Kummer, *Der Begriff des Kartells*, Bern 1966, 80 ff.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. H. Krings/H.J. Helle, *Stichwort sozial*, Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. IV, Freiburg/Basel/Wien 1988, Spalten 1209 ff.

<sup>20</sup> Vgl. R. Jacobs, *St. Galler Kommentar zu Art. 96 BV*, N. 17, 1053.

<sup>21</sup> Vgl. Jacobs (Fn. 20), N 16 f., 1052 f.

<sup>22</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 917 f.

Art. 96 Abs. 1 BV. Der zweite Teil enthält mit den Begriffen «Freiheit» und «Marktwirtschaft» ebenfalls eine offene Formulierung.

Bereits ein rein institutioneller Ansatz, auf den Raass die Problematik beschränken möchte, zeigt bei unvoreingenommener Betrachtung, dass vertikale Abreden per se geeignet sind, den Wettbewerb bzw. die marktwirtschaftliche Ordnung einzuschränken und zu volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen zu führen. Auch Intra- und Interbrand-Wettbewerb ist Wettbewerb<sup>23</sup> und damit wettbewerbstheoretisch geeignet, zu ökonomisch besseren Leistungen zu führen. Aus diesem Grund ist mit Art. 5 Abs. 4 KG zu vermuten, dass vertikale Abreden im Sinn der Bestimmung (Preisfestsetzungen, Zuweisung von Vertriebsgebieten mit absolutem Gebietsschutz) zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Vermutung kann ausnahmsweise widerlegt werden. Grundsätzlich und im Regelfall aber gilt, dass Beschränkungen des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs durch vertikale Abreden wie jede andere Wettbewerbsbeschränkung schädliche volkswirtschaftliche Auswirkungen haben können<sup>24</sup>. Die Auffassung, der gegen die Verhinderung von Intra- und Interbrand-Wettbewerb gerichtete Art. 5 Abs. 4 KG komme nur dann und damit nur in jenen seltenen Ausnahmefällen zum Tragen, in denen gleichzeitig kein funktionierender Interbrand-Wettbewerb bestehe, geht an der tatsächlichen Problematik vorbei. Überdies stellt sie die Problemsicht, die Intention und die Regelung des Bundesgesetzgebers geradezu auf den Kopf.

Die institutionell-ökonomische Betrachtungsweise wird durch den Rückgriff auf die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit als verfassungsrechtliches Individualrecht und durch den Verfassungsauftrag zur Bekämpfung auch der sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht unterkariert, sondern im Gegenteil gestützt. Die beiden Sichtweisen dürfen nicht gegeneinander ausgespielt, sie müssen vielmehr zusammengeführt werden<sup>25</sup>. Dies ist eine selbstverständliche Konsequenz der doppelten (individualrechtlichen und institutionellen) Garantie der Wirtschaftsfreiheit in der nachgeführten Bundesverfassung von 1999 (Art. 27 Abs. 1 und Art. 94 Abs. 1 BV). Die Berücksichtigung beider Sichtweisen entspricht elementaren Prinzipien der Verfassungsinterpretation, nämlich dem Grundsatz der Einheit der Verfassung und dem damit zusammenhängenden Prinzip der Herstellung praktischer Konkordanz unter den verschiedenen Verfassungsbestimmungen<sup>26</sup>. Eine Verfassungsinterpretation, die zum Verständnis von Marktwirtschaft und Wettbewerb nur die institutionelle und nicht auch die individualrechtliche Seite heranzieht, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht schlicht nicht nachvollziehbar. Auch das Bundesgericht beruft sich sowohl auf die institutionelle als auch auf die individualrechtliche Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit und führt die beiden Optiken zusammen<sup>27</sup>.

Der Zweckartikel 1 KG beschwört die «freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung». Marktwirtschaft meint Wettbewerbswirtschaft und ist in diesem Sinn nichts anderes als institutionalisierte Freiheit, der Zusatz «freiheitlich» bei diesem Verständnis daher ein Pleonasmus. Institutionalisiert werden die Freiheiten der einzelnen Wirtschaftssubjekte. Freiheit ist in einer liberalen Verfassung primär und fundamental Individualfreiheit; die rechtsstaatlich-liberale Verfassung dient der Verwirklichung individueller Freiheit<sup>28</sup>. Art. 35 BV drückt diesen – an sich selbstverständlichen – Gedanken ausdrücklich aus. Der Ingress des Kartellgesetzes nimmt denn auch nicht nur Bezug auf die Kompetenzartikel 96 und 97 Abs. 2 BV im Gefolge der institutionellen Garantie der Wirtschaftsfreiheit in Art. 94 Abs. 1 BV, sondern auch und sogar primär auf die individualrechtliche Grundrechtsgarantie der Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 Abs. 1 BV (die unbestritten auch juristischen Personen zukommt, die nach liberalem Verfassungsverständnis nichts anderes sind als Zweckgebilde im Dienste von Menschen<sup>29</sup>). Entgegen der Argumentation von Raass kann das Problem der Wirtschaftsfreiheit verfassungsrechtlich also vernünftigerweise nicht angegangen werden, ohne auch deren grundrechtliche Garantie zu berücksichtigen (die entgegen der Annahme von Raass<sup>30</sup> keine Kompetenzbestimmung ist, sondern dem Handeln

<sup>23</sup> Vgl. U. Immenga, Die Marke im Wettbewerb. Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, 374 f.

<sup>24</sup> Vgl. Zäch (Fn. 9), Rn. 343, 165, mit Nachweisen aus den Debatten des Nationalrats 2002 und des Ständerats 2003 zum revidierten Kartellgesetz.

<sup>25</sup> Vgl. Hangartner (Fn. 17), 322 f.

<sup>26</sup> Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Neudruck, Heidelberg 1999, 27 f. Hesse hat das Postulat der Herbeiführung praktischer Konkordanz in der Verfassungsinterpretation in die – auch schweizerische – Staatsrechtslehre eingeführt.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 129 II 18 E. 5.2.1, 24.

<sup>28</sup> Den Technokraten unter den Kartellrechtlern sei Art. 2 der (auch dem Grundrechte-Katalog der schweizerischen Bundesverfassung zugrunde liegenden) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen der französischen Nationalversammlung vom 26. August 1789 in Erinnerung gerufen, wonach Ziel jedes Gemeinwesens die Verwirklichung der Freiheit und aller anderen Menschenrechte ist. Vgl. in diesem Sinn Absatz 4 der Präambel der BV 1999.

<sup>29</sup> Vgl. Y. Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. II, Zürich 1982, 38.

<sup>30</sup> Vgl. Raass (Fn. 1), 922.

von Bund und Kantonen bzw. ihrer Organe je in deren Kompetenzbereich Schranken setzt und Richtung gibt). Die Freiheitsrechte sind umfassend zu beachtende, grundlegende materiellrechtliche Weichenstellungen.

Der Bezug der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit zum Wettbewerb wird durch Art. 35 Abs. 3 BV hergestellt, wonach die Behörden dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Diese Bestimmung der neuen Bundesverfassung von 1999 wurde gerade auch im Hinblick auf frühere wirtschaftsrechtliche Kontroversen eingefügt; sie hat den Streit darüber, ob die individuelle Wirtschaftsfreiheit nicht nur durch den Staat, sondern auch durch Wettbewerbsabreden unter Privaten beeinträchtigt werden kann<sup>31</sup>, in bejahendem Sinn definitiv beendet. Wenn, was verfassungsrechtlich geboten ist, offene Bestimmungen des Kartellgesetzes verfassungskonform interpretiert werden, sind also immer auch Art. 27 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 BV zu berücksichtigen<sup>32</sup>. Die Vernachlässigung des Doppelcharakters der Wirtschaftsfreiheit in kartellrechtlichen Abhandlungen erstaunt umso mehr, als das Kartellgesetz diesen Doppelcharakter durch die Zweiteilung des Verfahrensrechts in zivilrechtliche Verfahren (Art. 12 ff.) und verwaltungsrechtliche Verfahren (Art. 26 ff.) augenfällig ausweist.

Die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG, dass die dort erwähnten vertikalen Abreden wirksamen Wettbewerb beseitigen, ist somit einerseits aus ökonomischer Optik zu betrachten: Solche Abreden beseitigen den Wettbewerb, soweit die Vermutung nicht ausnahmsweise widerlegt werden kann. Die volkswirtschaftliche Optik wird durch eine soziale und eine Grundrechts-Optik bestätigt und verstärkt: Vertikale Abreden, die im Wettbewerb nicht konterkariert werden können, widersprechen der Gewährleistung der individuellen Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV. Die Behörden, die gemäss Art. 35 Abs. 3 BV für die Verwirklichung der Grundrechte auch unter Privaten zu sorgen haben, sind verpflichtet, Massnahmen dagegen zu treffen. Dafür, dass der Begriff der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht im Sinn einer bestimmten ökonomischen Theorie verengt werden darf, sorgt auch der Begriff der «sozial schädlichen Auswirkungen» in Art. 96 Abs. 1 BV. Zu beachten ist schliesslich, dass Art. 35 Abs. 3 BV gegenüber Art. 96 Abs. 1 BV eine spezielle Norm darstellt und verfassungsgeschichtlich neueren Datums ist. Die Auslegung von Art. 96 Abs. 1 BV in Ausrichtung auch auf Art. 27 BV ist daher für eine verfassungskonforme Betrachtungsweise eine Selbstverständlichkeit.

Verfassungsrechtliches Fazit ist somit:

1. Die Bundesverfassung ist in der Bestimmung, was volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen sind, nicht auf ein bestimmtes ökonomisches Vorverständnis festgelegt (Art. 96 Abs. 1 BV).
2. Die Bundesverfassung verlangt, auch sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen (Art. 96 Abs. 1 BV).
3. Die Bundesverfassung verpflichtet den Staat ausdrücklich, zur Verwirklichung der individuellen Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) beizutragen und dafür zu sorgen, dass sie auch unter Privaten wirksam wird (Art. 35 BV). Die Problematik von Wettbewerbsbeschränkungen gleich welcher Art ist daher auch aus der Sicht der betroffenen Wirtschaftssubjekte und nicht nur aus institutioneller Sicht anzugehen.
4. Die verfassungskonforme Handhabung von Art. 5 Abs. 4 KG verlangt daher (wie eigentlich bereits das Ergebnis der Auslegung dieser Bestimmung nach tradierten Methoden), dass vertikale Abreden im Sinn der Bestimmung grundsätzlich als Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und damit als unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG angesehen werden. Eine Interpretation, die dieses Ergebnis nur

<sup>31</sup> Vgl. F. Gygi/P. Richli, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Aufl., Bern 1997, 151 ff.; R. Rhinow / G. Biaggini, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision*, in: R. Zäch / P. Zweifel (Hg.), *Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform*, St. Gallen 1995, 97.

<sup>32</sup> Der Verfassungsrechtler fragt sich, warum ein Teil auch der neuesten kartellrechtlichen Literatur Mühe hat, Art. 35 BV zu rezipieren. Der Grund ist, dass Vertreter von Spezialmaterien stets Mühe haben, allgemeines, d.h. zwar für ihre Materie bedeutsames, aber eben nicht materiespezifisches Verwaltungs-, Verfassungs- und Völkerrecht und namentlich neues (oder auch wie Art. 35 Abs. 3 BV nur im Sinn einer Klarstellung ausdrücklich formuliertes neues) Verfassungsrecht zur Kenntnis zu nehmen. Im Allgemeinen bequemen sie sich erst durch höchstrichterliche Entscheide in ihrem Spezialgebiet dazu. Dies geschieht zum Beispiel über neue Urteile des Bundesgerichts im Gefolge von EMRK-Garantien. Die Wirtschaftsfreiheit leidet darunter, dass die EMRK nur einzelne Aspekte gewährleistet und die kritischen Eingriffe vom Bundesgesetzgeber ausgehen, der durch Art. 191 BV in der Rechtsanwendung vor Desavouierung geschützt ist. Dies ändert aber nichts an der Verbindlichkeit der Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht auch im Kompetenzbereich des Bundes.

gelten lassen will, wenn kein funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht, verkennt, dass das Kartellgesetz Art. 96 Abs. 1 BV spätestens seit der Revision von 2003 in einer umfassenden ökonomischen Sicht sieht und dass es auch die Anliegen einzelner betroffener Wirtschaftssubjekte und damit die Problematik der Verwirklichung individueller Wirtschaftsfreiheit vor Augen hat.

### Zusammenfassung:

*Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Adrian Raass geht in einem kürzlich veröffentlichten Beitrag davon aus, diese Vermutung sei widerlegt, solange der Interbrand-Wettbewerb funktioniere und die Abrede somit keine Marktmacht begründe oder verstärke.*

*Interbrand-Wettbewerb besteht jedoch fast immer. Wäre die Auffassung von Raass richtig, würde Art. 5 Abs. 4 KG daher praktisch nie zur Anwendung gelangen. Das Gesetz will jedoch, dass Wettbewerb unter den Unternehmen herrscht, die ein Produkt vertreiben (also keine Ausschaltung des Wettbewerbs durch Festlegung von Preisen), und dass in einem Gebiet nicht nur ein einziges Unternehmen oder wenige einzelne Unternehmen den Vertrieb besorgen dürfen (also kein absoluter Gebietsschutz). Es kann aber namentlich vorkommen, dass Abreden über Preise nicht eingehalten werden und daher wirksamer Wettbewerb herrscht, womit die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt ist. Der blosser Umstand, dass Interbrand-Wettbewerb besteht, vermag jedoch nach gesetzgeberischer Absicht und Sinn der Norm die Vermutung nicht zu widerlegen.*

*Auch der Rückgriff auf das Verfassungsrecht (Raass beruft sich auf Art. 96 Abs. 1 BV) führt zu keinem anderen Ergebnis. Bereits der von Raass (einseitig) vertretene institutionelle Ansatz zeigt, dass vertikale Abreden per se geeignet sind, den Wettbewerb einzuschränken und damit zu volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen zu führen. Die in Art. 1 KG beschworene freiheitliche Marktwirtschaft dient aber auch dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit der einzelnen Unternehmen. Der Bezug der grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheit zur Gewährleistung des Wettbewerbs wird durch Art. 35 Abs. 3 BV hergestellt, wonach die Behörden dafür sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden. Die verfassungskonforme Handhabung von Art. 5 Abs. 4 KG verlangt daher ebenfalls, dass vertikale Abreden im Sinn der Bestimmung grundsätzlich als Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und damit als unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt werden.*

### Résumé:

*Selon l'art. 5 al. 4 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace, les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Dans une contribution récemment publiée, Adrian Raass soutient que cette présomption serait écartée tant que la concurrence interbrand fonctionne et que l'accord ne crée ni renforce une position dominante sur le marché.*

*Cependant, il existe presque toujours une concurrence interbrand. Si l'opinion de Raass était correcte, l'art. 5 al. 4 LCart ne serait quasiment jamais appliqué. La loi veut cependant assurer une concurrence réelle entre les entreprises qui vendent un produit (donc pas de suppression de la concurrence par la fixation de prix) et éviter qu'une seule entreprise ou seules quelques entreprises soient autorisées à distribuer les produits sur un territoire (donc pas de protection absolue du territoire). Il peut toutefois arriver notamment que des accords sur les prix ne soient pas respectés et qu'une concurrence efficace existe dès lors, ce qui a pour résultat que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart est écartée. Conformément à la volonté du législateur et au sens de cette disposition, elle ne peut toutefois être écartée par le seul fait qu'une concurrence interbrand existe.*

*Le recours au droit constitutionnel (Raass invoque l'art. 96 al. 1 Cst.) ne conduit pas à un autre résultat. L'approche institutionnelle défendue (unilatéralement) par Raass démontre déjà que les accords verticaux sont en soi aptes à restreindre la concurrence et à causer des dommages économiques et sociaux. L'économie de marché fondée sur un régime libéral, telle qu'exprimée par l'art. 1 LCart, vise*

*également à protéger la liberté économique de chaque entreprise. La relation entre la liberté économique en tant que droit fondamental et la sauvegarde de la concurrence est régie par l'art. 35 al. 3 Cst., selon lequel les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. L'application conforme à la Constitution de l'art. 5 al. 4 LCart exige dès lors également que les accords verticaux au sens de cette disposition soient par principe considérés comme contraires à la concurrence efficace et par conséquent comme illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.*

\* Em. Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen; Präsident des wissenschaftlichen Beirats und Mitglied des Leitungsausschusses des EJPD für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung.