

Zur Diskussion / A discuter

Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Unternehmen?

Zur Frage des kartellrechtlichen Schutzes von «schwächeren» gegenüber «stärkeren» Unternehmen aus vertragsrechtlicher Perspektive

CHRISTOPH LÜSCHER*

Im «CoopForte»-Entscheid aus dem Jahr 2005 erkennt die Weko auch dann auf eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, wenn lediglich ein einzelnes Unternehmen von diesem abhängig ist. Aus vertragsrechtlicher Perspektive fragt sich allerdings, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen Abhängigkeit in einer solchen Konstellation nicht vielmehr eine tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit darstellt als ein Aufgreifkriterium für eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle.

Dans la décision «CoopForte» rendue en 2005, la Comco constate qu'une entreprise peut être en position dominante même si une seule entreprise en dépend. Sur le plan contractuel se pose cependant la question de savoir si et à quelles conditions une dépendance dans une telle situation n'est pas une limite à la liberté contractuelle plutôt qu'un critère utilisable en matière de contrôle des abus.

- I. Einleitung: Abhängigkeit als wirtschaftliches Faktum und ihre Wahrnehmung als Schwächemerkmal des abhängigen Unternehmens
- II. Zwischenfazit: Fehlende Produktionsumstellungsflexibilität als Ursache faktischer Abhängigkeit und Virulenz eines allgemeinen Ansatzes des Rechts zur Lösung von Abhängigkeitsproblematiken im Verhältnis zwischen Unternehmen
- III. Transformation von Abhängigkeit in den Rechtsbegriff der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit und Entscheidungsfreiheit als «bloss» bedingte Freiheit in der Form von «take it or leave it». Tertium non datur!
- IV. Rechtlich relevantes Umschlagen von Entscheidungsfreiheit in die Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit nach Massgabe funktionaler Wertungen
- V. Ökonomische Überlegungen als Vorbedingung funktionaler Wertungen bei der Unterscheidung von Relevanz/Irrelevanz der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit
- VI. Schutz der Institution wirksamen Wettbewerbs als relevante funktionale Wertungen bei der Anwendung der Bestimmung von Art. 13 KG
- VII. Erweiterung wettbewerbsfunktionaler Wertungen durch die Kartellgesetzrevision aus dem Jahr 2003? Oder was sagt einem der «CoopForte»-Entscheid der Weko?
- VIII. WILLIAMSONS Theorie als Wegweiser für die privatrechtliche Erfassung individueller wirtschaftlicher Abhängigkeit von Unternehmen
- IX. Kategorialdifferenzierung zwischen Typus offener und Typus latenter Abhängigkeit unter Berücksichtigung des Umstandes sog. unvollständiger Verträge
- X. Sicherstellung lohnenswerter Projekte als funktionale Wertungen bei der Beurteilung der rechtlichen Relevanz von Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit beim Typus latenter Abhängigkeit
- XI. Funktionale Wertungen als Konturierung des Grundsatzes von Treu und Glauben, dargestellt am Korrektiv der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit über das Institut der richterlichen Vertragsergänzung
- XII. Schlussfolgerungen: Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit? Es kommt darauf an! Zusammenfassung/Résumé

I. Einleitung: Abhängigkeit als wirtschaftliches Faktum und ihre Wahrnehmung als Schwächemerkmal des abhängigen Unternehmens

Bekanntlich erhielten ELINOR OSTROM und OLIVER WILLIAMSON den Nobelpreis 2009 für Ökonomie. Anerkannt werden damit OSTROM und WILLIAMSON als Autoren der Neuen Institutionenökonomik, eines multidisziplinären Forschungsansatzes. Dieser Ansatz will erklären, welche Organisationsform der Wirtschaft in welcher Situation überlegen ist. Lohnt sich für ein Unternehmen, etwa nicht alle Komponenten, die es für die Herstellung seiner Produkte braucht, selber herzustellen und statt-

dessen die Komponenten von anderen Unternehmen zu beziehen? Kurz: Ist Insourcing oder Outsourcing die erfolgreichere, sprich profitablere Strategie? Gängiges Beispiel für ein offenbar lohnenswertes Outsourcing liefert die Automobilindustrie, die Komponenten für die Automobilproduktion von den sog. Zulieferern bezieht¹. Oder, um ein weiteres Beispiel zu nennen, werden Lieferanten von grossen Detailhändlern gemeinhin als von diesen abhängige Unternehmen wahrgenommen. Dementsprechend werden zunächst umgangssprachlich die Attribute stark und schwach verwendet: Abhängige Unternehmen werden als schwächere und Unternehmen, von denen jene Unternehmen abhängen, im Gegenzug als stärkere bezeichnet. Andererseits zeigt die derzeitige Lage der Automobilindustrie mit einem riesigen Angebotsüberhang von Automobilen², wie relativ eine solche Attribution sein kann³. Wie fragwürdig die pauschale Zuordnung von stärker und schwächer sein kann, wird noch am umstrittenen Schweizer «CoopForte»-Fall näher darzulegen sein.

Dennoch ist damit das Schlüsselwort gefallen, an dem das Recht anknüpfen kann: Schwächerenschutz. Dieser ist und bleibt ein zentrales Thema des Rechts. Bereits das klassische Vertragsrecht hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, welche Merkmale denn die Schwäche einer Vertragspartei ausmachen und unter welchen Bedingungen diese zu schützen ist. Prototyp dafür ist die Bestimmung von Art. 21 OR oder gewissermassen dessen Fortentwicklung in Art. II. – 7:207 DCFR. Prototypisch sind diese Vorschriften auch deshalb, weil Praxis und Doktrin erkannt haben, dass die Schwäche einer Vertragspartei unter Umständen auch mit der institutionellen Rahmung von Verträgen, mit Markt und Organisation zusammenhängt.

WILLIAMSON untersucht diesen intuitiv wahrgenommenen Zusammenhang von Schwäche, hier von Abhängigkeit einerseits, und von Markt und Organisation andererseits, in seinem bekannten Werk «The Economic Institutions of Capitalism»⁴. Diese Untersuchung wird auch als sog. vertragstheoretische Wende in der ökonomischen Forschung bezeichnet⁵. Denn WILLIAMSON legt dar, dass es nicht möglich ist, die sog. Transaktionskosten – auf die Kurzformel gebracht: Kosten, die durch die Organisation des Wirtschaftens entstehen⁶ – besonders im Fall von Dauerschuldverhältnissen⁷ durch vollständige Verträge abzusichern⁸. Sind somit gerade Verträge vom Typus eines Dauerschuldverhältnisses notwendigerweise unvollständig und entstehen im Laufe der «gelebten» Vertragsbeziehungen Abhängigkeiten, kann sich daraus ein Potenzial für sog. Ausbeutung ergeben, nämlich dann, wenn die eine Partei Investitionen tätigen muss, deren Wert innerhalb der Vertragsbeziehung grösser ist als ausserhalb⁹. Gemeinhin werden solche Investitionen beziehungs- oder transaktionsspezifische Vermögenswerte genannt. Solche Werte haben zur Folge, dass das betreffende Unternehmen seine bisherige Produktion nicht oder nicht ohne weitere Investitionen auf die Herstellung anderer Produkte umstellen kann. Bildlich gesprochen, bleibt das betreffende Unternehmen in dieser Hinsicht in seiner Vertragsbeziehung «gefangen». Dazu ist ein Beispiel zu geben: Ein Unternehmen, das Zündkapseln für Airbags herstellt, kann seine Produktion nicht ohne Weiteres auf andere Produkte umstellen. Und das Ergebnis ist als Folge fehlender Produktionsumstellungsflexibilität Abhängigkeit vom bisherigen Abnehmer der Zündkapseln.

Sonach lässt sich die vorliegende Fragestellung enger eingrenzen und verdeutlichen: Es geht um die Frage der rechtlichen Relevanz von faktischer Abhängigkeit, in die sich ein Unternehmen – vielleicht sogar mit einem sehenden Auge – durch den Vertragsschluss mit einem anderen Unternehmen begibt und die sich aus dessen für die richtige Erfüllung des Vertrages notwendigen Investitionen in transaktionsspezifische Vermögenswerte ergibt.

¹ Ob dagegen Insourcing, wie es auf die mögliche Übernahme von Opel durch den Zulieferer Magna zugetragen hätte, eine erfolgreiche Strategie bedeutete, müsste sich erst noch erweisen.

² Schätzungsweise stehen derzeit 13 Millionen Automobile unverkauft auf der Halde.

³ So versuchten zahlreiche Staaten mit sog. Abwrackprämien die Nachfrage nach Automobilen zu stimulieren.

⁴ O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985.

⁵ So hält denn WILLIAMSON (Fn. 4), 20, fest: «Transaction cost economics (part of the New Institutional Economics tradition research [WILLIAMSON (Fn. 4), 16]) poses the problem of economic organization as a problem of contracting» (Hervorhebung durch LÜSCHER).

⁶ M. KOLMAR, Auf der Suche nach den Transaktionskosten, NZZ vom 15. Oktober 2009, 31; vgl. auch WILLIAMSON (Fn. 4), 18 f.

⁷ WILLIAMSON (Fn. 4), 164.

⁸ Die Gründe für solche Unvollständigkeit sieht WILLIAMSON (Fn. 4), 30 ff. und 176, in der Kombination von «bounded rationality» und Opportunismus (vgl. zu deren Verständnis WILLIAMSON [Fn. 4], 45 f. und 47 ff.).

⁹ Vgl. KOLMAR (Fn. 6), 31.

II. Zwischenfazit: Fehlende Produktionsumstellungsflexibilität als Ursache faktischer Abhängigkeit und Virulenz eines allgemeinen Ansatzes des Rechts zur Lösung von Abhängigkeitsproblematiken im Verhältnis zwischen Unternehmen

Ist die fehlende Produktionsumstellungsflexibilität des einen Unternehmens ursächlich für die Entstehung von Abhängigkeit zwischen Unternehmen, eröffnet dies dem anderen Unternehmen die Möglichkeit der Ausbeutung, was heissen kann, aber keineswegs muss, dass es den Preis unter das kompetitive Niveau drückt.

Ferner wird faktische Abhängigkeit unter gewissen Voraussetzungen auch durch das Vertragsrecht konditioniert. Präziser: Konditioniert wird das Ergebnis dieser Abhängigkeit, nämlich das offenbare Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Dieses Missverhältnis wird einerseits auf die etwa durch die Notlage begründete Abhängigkeit der einen Vertragspartei und andererseits auf deren Ausnutzen durch die andere Vertragspartei zurückgeführt. Aber worin könnte der allgemeine Ansatz des Rechts zur Lösung von Abhängigkeitsproblematiken gerade im Verhältnis zwischen Unternehmen liegen? Zur Klärung dieser Frage dienen die nachfolgenden Überlegungen.

III. Transformation von Abhängigkeit in den Rechtsbegriff der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit und Entscheidungsfreiheit als «bloss» bedingte Freiheit in der Form von «take it or leave it». Tertium non datur!

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich der verallgemeinernd-typisierende Schluss ziehen, dass Abhängigkeit gewissermassen «genetisch» mit der Situation von fehlenden – und die Jurisprudenz würde sogleich hinzufügen – zumutbaren Alternativen zusammenhängen muss. Eröffnet nämlich Abhängigkeit dem einen Unternehmen die Möglichkeit, das andere Unternehmen auszubeuten, kann dieses faktisch vor die Alternative gestellt sein, sich entweder ausbeuten zu lassen oder zu liquidieren. In diesem Lichte betrachtet lässt sich Abhängigkeit als grundlegender, negativer Aspekt von Entscheidungsfreiheit begreifen. Verhält es sich so, dann bedeutet Abhängigkeit allgemein Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit.

Damit steht aber noch nicht fest, dass die Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit, sprich das Fehlen der Freiheit, sich so oder anders zu entscheiden, rechtsrelevant ist. Geht man nämlich die Aufzählung der rechtskulturell tradierten Erscheinungsformen von Vertragsfreiheit durch, so figuriert darin die Entscheidungsfreiheit nicht explizit¹⁰. Daraus indes zwingend den Schluss zu ziehen, dass Entscheidungsfreiheit rechtlich überhaupt nicht gewährleistet werde, wäre nicht richtig. Denn Entscheidungsfreiheit ist gewissermassen als Querschnittsfreiheit vor allem in der Abschluss-, Aufhebungs- und Inhaltsfreiheit mit enthalten.

Auch der deutsche Rechtswissenschaftler MANFRED WOLF hob bereits in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 1970(!) die Entscheidungsfreiheit in den Stand der rechtsgeschäftlichen Freiheit¹¹. Dass sich seine Konzeption nur partiell durchzusetzen vermochte, dürfte auch mit der weit verbreiteten – und immer noch vorherrschenden – Befürchtung zusammenhängen, dass Entscheidungsfreiheit, verstanden als Perfektionselement des Vertrages, die altherwürdige Parömie «Pacta sunt servanda» aus den Angeln heben könnte. Nebenbei bemerkt, eine dogmatische Parömie, die das BGer heute noch mit Vorliebe verwendet¹².

Die Schwierigkeiten, die sich aus einer allgemeinen Anerkennung der Entscheidungsfreiheit ergeben, liegen nach der vorliegenden Auffassung jedoch nicht so sehr in der Unverträglichkeit mit der tradierten, stark verwurzelten Idee der Vertragstreue, als vielmehr in den Schwierigkeiten der konzisen und präzisen Bestimmung der normativen Bedingungen der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit. Damit ist zugleich gesagt, dass es keine unbedingte Entscheidungsfreiheit geben kann. Im Gegenteil, Entscheidungsfreiheit entfaltet sich immer in einem bestimmten, gegebenen Kontext und kann in diesem Sinne stets «nur» eine bedingte sein. So hält denn auch der deutsche Wirtschaftswissenschaftler und Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts HANS-BERND SCHÄFER fest, dass jede ein-

¹⁰ Vgl. statt anderer P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 613 ff.

¹¹ M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.

¹² Exemplarisch BGer vom 28. Oktober 2008, 4A_299/2008, E. 2.4 und 2.6.

zelne Transaktion oder, in der Rechtssprache, jeder einzelne Vertrag auf der Grundlage von «take it or leave it» abgeschlossen wird¹³. Tertium non datur!

In der Tat lässt sich nicht bestreiten, dass der Entscheidungsfreiheit das binäre Schema von Entweder-oder, entweder tun oder lassen, zugrunde liegt¹⁴. Konkret heisst das, dass ein Zulieferer, der einen Liefervertrag über Komponenten mit einem Automobilhersteller für eine im Voraus bestimmte Dauer abschliesst, die dem Zulieferer indes nicht erlauben wird, mit den dabei erzielbaren Erträgen auch die Kosten seiner Investitionen in die transaktionsspezifischen Vermögenswerte während der Laufzeit des Vertrages wettzumachen, immerhin die Alternative hat, den Vertrag zu schliessen oder eben nicht. Und schliesst er den Vertrag, dann aktualisiert er nichts anderes als seine Entscheidungsfreiheit. Mit anderen Worten: Die Entscheidungsfreiheit einer Partei beinhaltet auch, sich in Abhängigkeit zu begeben. Doch bleibt die Frage virulent, wann die Entscheidungsfreiheit in ihr Gegenteil, nämlich in die Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit, umschlägt und das Sich-Begeben in Abhängigkeit nicht frei erfolgt.

IV. Rechtlich relevantes Umschlagen von Entscheidungsfreiheit in die Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit nach Massgabe funktionaler Wertungen

Die Jurisprudenz mag im soeben vorgetragenen Beispiel eine strukturell konnotierte Ungleichgewichtslage, Imparität und dergleichen zwischen Zulieferer und Automobilhersteller erblicken und infolgedessen für eine richterliche Korrektur des Vertragsverhältnisses plädieren. Diese bedeutet dann im Ergebnis eine Konditionierung der Entscheidungsfreiheit des Automobilherstellers. Aber unter welchen Paradigmen liesse sich dieses Ergebnis rechtfertigen? Abgesehen von der regulativen Leitidee des personalen Schwächerenschutzes oder der Leitidee des Interessenausgleichs, wie sie MANFRED REHBINDER im Anschluss an LLEWELLYN formuliert¹⁵, steht hier das Paradigma des Schutzes der Institution des wirksamen Wettbewerbs im Fokus. Daher ist der einleitend skizzierte Gedanke wieder aufzugreifen, dass Schwächerenschutz auch in den überindividuellen Rahmen von Markt und Organisation zu stellen ist. Was das heissen kann, verdeutlicht CARL BAUDENBACHER in Anschluss an KLAUS HOPT. Ihm zufolge wird der Private zum Funktionär des Wirtschaftssystems und seiner Institute¹⁶. Das kann bedeuten, dass die Entscheidungsfreiheit des «stärkeren» Unternehmens konditioniert werden soll, insoweit das Funktionieren des Wirtschaftssystems infrage steht. Gerade anhand der vorerwähnten Untersuchungen von WILLIAMSON lässt sich klar aufzeigen, dass faktische Abhängigkeit ein derartiges Funktionieren durchaus beeinträchtigen kann und funktionale Wertungen – über welche dogmatischen Einbruchstellen auch immer – in das Vertragsrecht einfließen sollen.

V. Ökonomische Überlegungen als Vorbedingung funktionaler Wertungen bei der Unterscheidung von Relevanz/Irrelevanz der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit

Damit ist zugleich gesagt, dass funktionale Wertungen vor der Beantwortung der methodologischen Frage der dafür geeigneten dogmatischen Einfallstore ökonomische Überlegungen voraussetzen. So ist im vorgenannten Beispiel zuerst zu fragen, wie der Sachverhalt aus ökonomischer Sicht zu verstehen ist. Wie angedeutet, kann der Automobilhersteller den Preis für die Komponenten unter das Niveau drücken, das dem Zulieferer erlaubt hätte, die Kosten seiner Investitionen in transaktionsspezifische Vermögenswerte während der Laufzeit des Vertrages wettzumachen. Die entscheidende Frage

¹³ H.-B. SCHÄFER, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts, in: S. Grundmann (Hg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2000, 560.

¹⁴ WOLF (Fn. 11) lädt dagegen die Entscheidungsfreiheit gerechtigkeits-theoretisch auf, indem er in der Vertragsfreiheit ein Institut zur Sicherung und Ermöglichung der beidseitigen Selbstbestimmung im Recht sieht (60), was konkret heisst, dass dem überlegenen Teil nicht gestattet sein kann, nach freiem Belieben seinem Partner Nachteile aufzubürden, die sich nicht durch objektive Gesichtspunkte der Vertragsgerechtigkeit rechtfertigen lassen (72). Andererseits hält WOLF, 91, völlig zu Recht fest, dass sich die vom Vertragsrecht vorgesehenen Sicherungen der Vertragsfreiheit mit der herrschenden Wettbewerbsordnung vereinbaren lassen müssen, da Wettbewerbs- und Vertragsordnung in einem funktionalen Zusammenhang stehen. Ähnlich geht auch J. DREXL, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, 7, fast 30 Jahre später davon aus, dass wirtschaftliche Selbstbestimmung über die Koordinationsordnung des Marktes bedeutet. In einer solchen Ordnung ist jedoch das binäre Schema von «take it or leave it» unhintergebar. Auf diesen Punkt bringt es auch H. COLLINS, The Law of Contract, London 2003, 139, im Zusammenhang mit der Darstellung der Figur «duress» nach dem «common law»: «[...] the choices of the weaker party were effectively curtailed, leaving only the option of consenting to the contract as the rational one to make.» Vgl. Punkt VI. infra.

¹⁵ M. REHBINDER, Rechtssoziologie, 5. Aufl., München 2003, N 105.

¹⁶ C. BAUDENBACHER, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 152.

kann dann nicht lauten, was den Zulieferer dazu bewog, den Vertrag mit derartigen Bedingungen abzuschliessen, sondern vielmehr, wie sich der vereinbarte Preis (wettbewerbs)ökonomisch erklären lässt. Dazu ergeben sich zwei plausible Erklärungsansätze: Entweder kann der Automobilhersteller den Preis für die Komponenten des Zulieferers unter den entsprechenden tatsächlichen Marktpreis oder, bei Fehlen eines Marktpreises, unter einen nach dem Vergleichsmarktkonzept oder der Kostenmethode¹⁷ errechneten Preis drücken. Oder der Hersteller gibt den Preisdruck, der auf dem Markt für Automobile herrscht, auf den Zulieferer weiter, und handelt es sich dabei um einen allgemeinen Preisdruck auf dem Automobilmarkt, heisst das zwangsläufig, dass sich der Marktpreis für Komponenten generell auf einem tieferen als dem bisherigen Niveau einpendelt. Verhält es sich so, müssen sich die Zulieferer grundsätzlich fragen, ob sie sich nicht besser liquidieren und aus dem Markt für Komponenten ausscheiden, wenn sie ihre Produktivität nicht im Ausmass des Preiszerfalls für Komponenten steigern können.

Ist dieser zweite Erklärungsansatz richtig, so trifft der Zulieferer vorliegend, ökonomisch gesehen, schlicht die falsche Entscheidung, den Vertrag mit dem Hersteller unter den vorerwähnten Bedingungen abzuschliessen, statt sein Unternehmen zu liquidieren oder allenfalls neu auf andere Märkte auszurichten. Die Alternativität von «take it or leave it» beruht hier auf der Funktionsweise des Wettbewerbs in einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Keine funktionalen, zumindest wettbewerbsfunktionalen Wertungen rechtfertigen es, dass der Richter die Entscheidungsfreiheit des Automobilherstellers in irgendeiner Art und Weise nachträglich konditionieren darf, um dem Zulieferer die Wettmachung der Kosten seines Investments in transaktionsspezifische Vermögenswerte zu ermöglichen.

VI. Schutz der Institution wirksamen Wettbewerbs als relevante funktionale Wertungen bei der Anwendung der Bestimmung von Art. 13 KG

Ist hingegen der erste Erklärungsansatz eines unter dem (errechneten) kompetitiven Niveau liegenden Preises richtig, kann der Preisdruck eine Erscheinungsform des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch den Automobilhersteller i.S.v. Art. 7 KG darstellen. Trifft dies zu, dann verlangt der Schutz der Institution des wirksamen Wettbewerbs eine richterliche Korrektur des Vertrages. Die nächste Frage ist dann, welches das dogmatische Einfallstor für die Berücksichtigung der besagten wettbewerbsfunktionalen Wertungen darstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung bildet die Vorschrift von Art. 13 KG eine solche Einbruchsstelle. Dies mit der Folge, dass der Richter vorliegend den Vertrag lediglich in Bezug auf den Preis für nichtig qualifizieren und eine Ersatzregel treffen kann, nämlich die verbindliche Festsetzung eines marktkonformen Preises. Mit anderen Worten rechtfertigt sich hier die modifizierte Teilnichtigkeit, wie sie zur und unter der Bestimmung von Art. 20 Abs. 2 OR von der Lehre entwickelt wurde, die in der Zwischenzeit auch vom BGer anerkannt wird¹⁸ und in Art. 13 lit. b KG sinngemäss sogar Gesetz geworden ist. Geht es hier schliesslich um eine Erhöhung des Preises auf das kompetitive Niveau durch die Regel, dass das marktbeherrschende Unternehmen dieses Niveau ohne sachliche Gründe nicht unterschreiten darf – gewissermassen um ein wettbewerbsfunktionales Unterlassungsverbot –, dürfen allfällige weitere zivilrechtliche Ansprüche des Zulieferers auf Schadenersatz und Genugtuung gemäss Art. 12 KG vernachlässigt werden.

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass funktionale Wertungen, wie sie sich aus dem Kartellverwaltungsrecht ergeben, über die kartellprivatrechtliche Vorschrift von Art. 13 KG in die obligationenrechtliche Frage der (Teil-)Nichtigkeit von Unternehmensverträgen einfließen. Deshalb rechtfertigt sich, die Entscheidungsfreiheit des Automobilherstellers zu konditionieren und im Gegenzug die Entscheidungsfreiheit des Zulieferers, wie sie sich unter wirksamem Wettbewerb ergeben hätte, zu effektuieren. Damit ist zugleich eine wichtige Erkenntnis gewonnen: Es gibt zwar beim Entscheiden kein Ausbrechen aus der Alternativität von «take it or leave it» – diese ist und bleibt unhintergebar –, aber es ist die Aufgabe des Rechts, die Bedingungen anzugeben, unter denen diese keine wahre Alternativität darstellt. Normativer Anknüpfungspunkt dafür bildet die Entscheidungsfreiheit, ergo die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese nicht besteht. Bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung besteht diese nicht in dem Mass, wie sie bei wirksamem Wettbewerb bestanden hätte. Daran soll das Vertragsrecht Mass nehmen.

¹⁷ Vgl. zu den beiden Methoden Weko, RPW 2008, Zusatzversicherung Kanton Luzern, E. 177.

¹⁸ Statt anderer GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 10), N 703.

VII. Erweiterung wettbewerbsfunktionaler Wertungen durch die Kartellgesetzrevision aus dem Jahr 2003? Oder was sagt einem der «CoopForte»-Entscheid der Weko?

Wie dargelegt, besteht die gesollte und damit vom Recht zu schützende Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens im Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch ein anderes Unternehmen nicht. Aber lässt sich daraus folgern, dass die Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens im gesollten Ausmass auch dann nicht besteht, wenn das andere Unternehmen über keinen von wirksamem Wettbewerb unkontrollierten Spielraum verfügt und damit nicht marktbeherrschend ist? Nach dem bekannten, einleitend erwähnten «CoopForte»-Entscheid aus dem Jahre 2005¹⁹ scheint die Weko zu dieser Auffassung zu neigen. Um es vorwegzunehmen, kann diese nicht überzeugen, und zwar bereits mit Blick auf die wesentlichen Bedingungen, welche die Weko für die (angebliche) Erfassung dieser Konstellation durch das teilrevidierte KG2003²⁰ elaboriert hat, bezeichnenderweise unter dem Titel der individuellen wirtschaftlichen Abhängigkeit. Diese lauten vereinfacht ausgedrückt, dass (1) es dem Lieferanten nicht möglich ist, die Distributionsleistungen des (bisherigen) Detailhändlers zu substituieren mit der Folge, dass der Lieferant seine Fixkosten nicht mehr decken kann, und dass (2) er in transaktionsspezifische Vermögenswerte investieren musste, so dass er seine Produktion mit ökonomisch vertretbarem Aufwand nicht auf andere Güter umstellen kann (E. 98). Ob diese beiden Grundbedingungen im Einzelfall erfüllt sind, dafür soll leitend sein, ob sich der Lieferant selbst in die Situation der Abhängigkeit vom Detailhändler manövriert oder dieser jenen veranlasst hat, spezifische Investitionen zu tätigen. Die Veranlassung des einen Unternehmens durch das andere Unternehmen, transaktionsspezifische Vermögenswerte zu schaffen, betrachtet die Weko kartellrechtlich als problematisch (E. 99), ohne allerdings diese Problematik auch nur ansatzweise zu erläutern²¹.

Wie problematisch die Beurteilung des fraglichen Veranlassungsmoments sein kann, ist an einem aktuellen Beispiel aus der schweizerischen Agrarwirtschaft zu verdeutlichen: Der derzeitige Angebotsüberhang an Milch zur Weiterverarbeitung und infolgedessen der nicht unerheblich gesunkene Marktpreis ist u.a. auch darauf zurückzuführen, dass Bauern nach der Aufhebung der Milchkontingentierung ihre Milchproduktion ausweiteten und somit den Bestand an Milchkühen erhöhten. Zweifellos stellt hier die Milchkuh einen transaktionsspezifischen Vermögenswert dar. Lässt sich jetzt beurteilen, ob die Milchverarbeiter und somit die Abnehmer der Milch die Bauern zu weiteren beziehungs-spezifischen Investitionen veranlassten oder ob sich diese nicht vielmehr verspekulierten, indem sie erwarteten, dass nach dem Wegfall der diesbezüglichen Kontingentierung ein Nachfrageüberhang auf dem Markt für weiterzuverarbeitende Milch eintreten und sich somit eine Preiserhöhung einstellen würde?

Dem «CoopForte»-Entscheid zufolge würde die Weko diese Frage aufgrund der Geschichte des vermeintlich abhängigen Unternehmens, der Analyse der bis anhin abgeschlossenen Verträge und der Prüfung der Umstellungskosten beantworten (E. 126 ff.)²². Aber wie soll im Fall der Milchbauern das Gericht die zuvor dargestellte modifizierte Ersatzregel bilden können? Soll es, ja darf es eine nachträgliche Preiserhöhung diktieren, obwohl es wettbewerbsökonomisch gerade nicht plausibel erscheint, dass der bisherige Milchpreis unter dem kompetitiven Niveau liegt?

Folglich braucht es einmal mehr eine ökonomische Theorie, die zumindest einen Ansatz für die Rechtfertigung bietet, warum der Richter auch in der Konstellation, in der ein einzelnes Unternehmen von einem anderen Unternehmen wirtschaftlich abhängig ist, den Vertrag in bestimmten Hinsichten korrigieren dürfen soll. Eine rein wettbewerbsökonomische Theorie, die diese Rechtfertigungsleistung erbringen könnte, scheint nach wie vor nicht in Sicht zu sein, so dass in Anlehnung an die englischen

¹⁹ Weko, RPW 2005, 146 ff., «CoopForte».

²⁰ Eingehender und grundsätzlicher dazu CH. LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, Jusletter vom 2. November 2009, Rz. 3 ff.

²¹ E. 144 relativiert bzw. «vernebelt» in der Folge E. 99 nicht unerheblich, wenn darin festgehalten wird: «Mit anderen Worten muss bestimmt werden, ob die Abhängigkeit eine Konsequenz einer strategischen Option des Lieferanten ist, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erweist, oder ob die Abhängigkeit ohne Selbstverschulden des Lieferanten aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden ist. Ein wettbewerbsrechtliches Problem kann nur im zweiten Fall bestehen».

²² Hätte die Weko in Sachen «CoopForte» nicht eine einvernehmliche Regelung mit Coop erzielen können, dann hätte das Sekretariat der Weko im schlimmsten Szenario Geschichtsforschung in etwa 3000 Fällen betreiben müssen. Das wäre weder praktikabel noch effizient gewesen. Auch die Weko scheint sich dessen bewusst zu sein, zieht aber dennoch daraus den überraschenden Schluss, dass in bestimmten Fällen (in welchen denn?) aufgrund der Firmengeschichte eine Abhängigkeit des Lieferanten nicht ausgeschlossen werden kann (E. 129).

Ökonomen HAY und VICKERS²³ weiterhin die Kurzformel zutrifft: «without market dominance, no abuse».

VIII. WILLIAMSON'S Theorie als Wegweiser für die privatrechtliche Erfassung individueller wirtschaftlicher Abhängigkeit von Unternehmen

Hingegen kann hier WILLIAMSON'S Theorie notwendigerweise unvollständiger Verträge den Weg weisen. Daran anknüpfend zeigt denn auch HANS CASPAR VON DER CRONE auf, dass transaktionskostenspezifische Vermögenswerte, die eine Partei tätigt, die Selektion der nachfolgenden Entscheidung beider Parteien präjudiziert²⁴, nämlich etwa die Selektion, soll der bisherige Vertrag fortgesetzt oder im Gegenteil gekündigt werden, und wenn er fortgesetzt werden soll, zu welchen Bedingungen soll dies geschehen? Genau in diesen Hinsichten eröffnet der Vertrag derjenigen Partei, die keine transaktionspezifischen Vermögenswerte tätigen musste, die Möglichkeit der Ausbeutung der anderen Partei in dem Sinne, dass sie von solchen Werten monetär profitiert, ohne aber dafür einen vertraglich vorgesehenen Ausgleich leisten zu müssen. Das Ergebnis entspricht dann nicht einem «efficient marginal cost pricing result»²⁵.

IX. Kategorialdifferenzierung zwischen Typus offener und Typus latenter Abhängigkeit unter Berücksichtigung des Umstandes sog. unvollständiger Verträge

An dieser Stelle ist zunächst mit Blick auf die nun darzustellende Form von Abhängigkeit, wie sie in WILLIAMSON'S Theorie zum Ausdruck kommt und die auch dem zitierten «CoopForte»-Fall zugrunde liegt, zwischen dem Typus offener Abhängigkeit und latenter Abhängigkeit zu unterscheiden. Charakteristisch für den Typus offener Abhängigkeit, wie ihn der Autor des vorliegenden Beitrags nennen will, ist der Umstand, dass die Marktbeherrschung des einen Unternehmens die Abhängigkeit des anderen und der Missbrauch der Marktbeherrschung dessen Ausbeutung begründen. Dieser Typus wurde bereits weiter oben besprochen. Kennzeichnend für den jetzt zu diskutierenden Typus latenter Abhängigkeit, wie ihn der Autor bezeichnen will, ist das Moment, dass die Abhängigkeit nicht ab initio besteht, die Entscheidungsfreiheit des betreffenden Unternehmens ergo nicht von Beginn an das Soll-Mass unterschreitet, sondern dass sich eine solche Unterschreitung vielmehr schleichend über die Zeit einstellt. Je mehr das betreffende Unternehmen im Zeitverlauf in transaktionspezifische Vermögenswerte investiert, desto mehr wird es vom andern Unternehmen abhängig und desto mehr verengt sich die Entscheidungsfreiheit auf das «take it», während das andere Unternehmen seine volle Entscheidungsfreiheit von «take it or leave it» behält.

X. Sicherstellung lohnenswerter Projekte als funktionale Wertungen bei der Beurteilung der rechtlichen Relevanz von Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit beim Typus latenter Abhängigkeit

Aber rechtfertigt diese ungleiche, beziehungs- und nicht wettbewerbsbedingte Entscheidungsfreiheit²⁶ eine Korrektur des Vertrags durch das Gericht, ja, hat sich denn das abhängig gewordene Unternehmen nicht geradewegs selbst in die Situation der Abwesenheit der Entscheidungsfreiheit in der Zukunft manövriert? Wie zuvor angedeutet, ist es letztlich eine unentscheidbare Frage, wer, wen, wann und wohin manövriert hat. Mehr noch: Hier geht es wiederum darum, worin die rechtliche Relevanz von Abhängigkeit und damit die Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit im Kontext von Markt und Organisation besteht. Die Neue Institutionenökonomik spricht in diesem Zusammenhang vom Hold-up-Problem, das sich darin äussert, dass profitable Projekte nicht mehr zustande kommen, wie es der Wirtschaftswissenschaftler MARTIN KOLMAR im Zusammenhang mit der Besprechung von WILLI-

²³ Vgl. D. HAY/J. VICKERS, *The Economics of Market Dominance*, in: Hay/Vickers (Hg.), Oxford 1987, 39.

²⁴ H. C. VON DER CRONE, *Rahmenverträge*, Zürich 1993, 327 f.

²⁵ Vgl. WILLIAMSON (Fn. 4), 179.

²⁶ In Sachen «CoopForte» (Fn. 19) verneint die Weko das Vorliegen individueller wirtschaftlicher Abhängigkeit selbst bei einem «langfristigen» und exklusiven Vertrag zwischen Lieferant und Detailhändler. Dies mit der aufschlussreichen, WILLIAMSON'S Theorie diametralen Begründung, wonach «im Grunde genommen alleine die Tatsache, dass ein solcher Vertrag abgeschlossen wurde, [zeigt,] dass die Lieferanten, bevor sie ihre Investitionen getätigt haben, verhandeln und so Garantien für eine (teilweise) Amortisation der Investition erlangen könnten. Mit solchen Verträgen verpflichtet sich der Detailhändler, sich nicht opportunistisch zu verhalten, nachdem die Investition getätigt wurde» (E. 133). Daraus erhellt einmal mehr, dass bei Bestehen individueller wirtschaftlicher Abhängigkeit gerade kein Wettbewerbs-Problem vorliegt, sondern vielmehr jenes unvollständiger Verträge.

AMSONS Theorie anschaulich ausdrückt²⁷. Warum es sich so verhalten kann, liegt darin begründet, dass Unternehmen, die in transaktionsspezifische Vermögenswerte investieren müssten, die Gefahr antizipieren, die damit verbundenen Kosten nicht mehr wettmachen zu können.

Daraus ergeben sich die hier notwendigen funktionalen Wertungen, die eine richterliche Korrektur des Vertrages rechtfertigen können, und ausserdem, dass der Interessenausgleich zwischen Unternehmen nicht nur eine Frage der iustitia commutativa oder der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist, sondern vor allem eine notwendige Bedingung einer funktionierenden Wirtschaft. Etwas plakativ und pointiert formuliert: ohne lohnenswerte Investitionen, keine funktionierende Wirtschaft.

XI. Funktionale Wertungen als Konturierung des Grundsatzes von Treu und Glauben, dargestellt am Korrektiv der Abwesenheit von Entscheidungsfreiheit über das Institut der richterlichen Vertragsergänzung

Sonach bleibt noch die entscheidende Frage zu beantworten, welche dogmatischen Einbruchstellen für einen solchen aus überindividuellen Gründen vom Richter vorzunehmenden Interessenausgleich bestünden. Natürlich eignen sich als derartige Einfallstore Generalklauseln, besonders der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und die Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB). In diesem Zusammenhang stehen zwei Konstellationen im Vordergrund, die sich darin unterscheiden, dass im ersten Fall das Gericht korrigierend in den Vertrag eingreift, im zweiten Fall hingegen der Rechtsausübung die entsprechende Rechtswirkung versagt.

Für die erste Konstellation ist der bereits erwähnte Grundgedanke nochmals aufzugreifen, dass Verträge vom Typus eines Dauerschuldverhältnisses unvollständig – ja, nach WILLIAMSON notwendigerweise unvollständig – sind, und zwar u.a. deshalb, weil der Vertrag, anfänglich als einfaches Schuldverhältnis angelegt, mit der Zeit zu einem Dauerschuldverhältnis mutiert, was die wechselseitigen Erwartungen der Vertragsparteien entsprechend verändern wird. Dann fragt sich, ob das transaktionsspezifisch investierende Unternehmen im Fall der Erwartungsenttäuschung durch das andere Unternehmen zu entschädigen ist. Kündigt in der Folge das andere Unternehmen den Vertrag und enttäuscht damit die gegenteilige Erwartung des investierenden Unternehmens, kommt eine Entschädigungspflicht des kündigenden Unternehmens für die transaktionsspezifischen Investitionen des anderen infrage, soweit es sich dabei um eine berechtigte Erwartung auf Fortführung des Vertragsverhältnisses handelt. Die Beurteilung von «legitimate expectations» richtet sich nach der altbekannten, überkommenen richterlichen Vorstellung von redlich und korrekt handelnden Parteien und nimmt damit Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben. So beruht etwa die richterliche Vertragsergänzung auf dem normativen Kriterium von redlich und korrekt handelnden Parteien²⁸. Nur hier – und das ist entscheidend – fliessen in diesen Massstab auch die funktionalen Wertungen mit ein, ja, sie geben diesem Konturen. Das heisst: Sieht der Vertrag keine Entschädigungspflicht im Fall der Kündigung der nicht transaktionsspezifisch investierenden Partei vor, wird aber der ursprüngliche Vertrag im Laufe der Zeit zu einem eigentlichen Rahmenvertrag, innerhalb dessen weitere, neue einfache Schuldverhältnisse abgewickelt werden, dann ist eine richterliche Vertragsergänzung im Sinne einer Entschädigungspflicht zu bejahen. Diese gründet darauf, dass redlich und korrekt handelnde Parteien von Anfang an eine Entschädigungspflicht vereinbart hätten, wären sie sich bewusst gewesen, dass sich der Vertrag zu einem Rahmenvertrag entwickeln würde. Und sind sie Unternehmen, handeln sie redlich und korrekt, wenn ihr Handeln das Funktionieren der Wirtschaft nicht beeinträchtigt. Ein Vertrag ohne Entschädigungspflicht stellt jedoch eine solche Beeinträchtigung dar. Schliesslich wird im Ergebnis mit der richterlichen Ergänzung des Vertrages mit einer solchen Pflicht die Entscheidungsfreiheit des nicht transaktionsspezifisch investierenden Unternehmens nachträglich konditioniert, will es nicht freiwillig die Entschädigung leisten, und im Gegenzug die sich im Laufe der Zeit einstellende Abwesenheit der Entscheidungsfreiheit des anderen Unternehmens monetär kompensiert²⁹.

Für die zweite Konstellation ist dagegen der Grundgedanke leitend, dass das nicht transaktionsspezifisch investierende Unternehmen, wenn es ein vertraglich vereinbartes Gestaltungsrecht wie etwa ein Kündigungsrecht aus sog. nichtigen Gründen ausübt, das transaktionsspezifisch investierende Unternehmen widerrechtlich schädigt, soweit der ursprünglich als einfaches Schuldverhältnis konzipierte

²⁷ KOLMAR (Fn. 6), 33.

²⁸ Statt anderer GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 10), N 1259 f.

²⁹ Ebenso befürwortet VON DER CRONE (Fn. 24), 328 f., eine Ausgleichspflicht, allerdings über die dogmatische Konstruktion einer einfachen Gesellschaft zwischen den Parteien.

Vertrag eine Entschädigungspflicht der kündigenden Partei ausdrücklich ausschliesst. Nimmt man nämlich Anleihe am Vorentwurf für ein einheitliches Haftpflichtrecht, wonach das Verhalten einer Person, welches eine andere Person schädigt, auch dann widerrechtlich ist, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (vgl. Art. 46 Abs. 2 VE), so lässt sich hier die Kündigung als widerrechtlich qualifizieren, mit der Folge, dass diese unwirksam ist und das Vertragsverhältnis damit fortbesteht³⁰. Was somit vorliegt, stellt im Grunde keinen Typus von Rechtsmissbrauch dar, sondern einen Typus der Verletzung von Verhaltensnormen, wie sie das BGer auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB entwickelt (hat)³¹. Vorliegend ist wiederum entscheidend, dass funktionale Wertungen den Grundsatz von Treu und Glauben dahin inhaltlich verdeutlichen, wann sich ein Unternehmen mit Blick auf die Gewährleistung einer funktionierenden Wirtschaft im Vertragsverhältnis mit dem anderen Unternehmen norm- und damit rechtswidrig verhält.

XII. Schlussfolgerungen: Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit? Es kommt darauf an!

Nach den vorhergehenden Ausführungen lässt sich nun die zentrale Frage dieses Aufsatzes, ob Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit wirkt, beantworten. Liegt der Typus offener Abhängigkeit vor, ist diese Frage zu bejahen. Hier können sich Lehre und Praxis an dem Schutzobjekt des Kartellrechts, dem Schutz der Institution des wirksamen Wettbewerbs orientieren, um zu prüfen, ob die Entscheidungsfreiheit des faktisch abhängigen Unternehmens das für einen wirksamen Wettbewerb notwendige Mass erreicht. Bei dessen Unterschreiten liegt rechtlich relevante Abhängigkeit vor, was rechtfertigt, dass der Richter den Vertrag über eine modifizierte Ersatzregel im Sinne von Art. 13 KG entsprechend korrigiert. Dadurch effektuiert er die Entscheidungsfreiheit der Unternehmen, wie sie unter wirksamem Wettbewerb bestanden hätte.

Liegt dagegen der Typus latenter Abhängigkeit vor, ist die Frage der Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der Vertragsfreiheit zu verneinen. Dies ergibt sich bereits aus dem unterschiedlichen gedanklich-konzeptionellen Unterbau der beiden Typen von Abhängigkeit. In der Konstellation des Typus offener Abhängigkeit bedeutet bereits die Anwesenheit des «stärkeren», sprich marktbeherrschenden Unternehmens auf einem Markt eine Gefährdung des Wettbewerbs³². Einer derartigen Gefährdung, die sich etwa über den Ausbeutungsmissbrauch, den Preisdruck unter das kompetitive Niveau, den das «stärkere» Unternehmen nicht nur ausüben kann, sondern auch tatsächlich ausübt, aktualisiert, will das Kartellrecht entgegenwirken. Hingegen erscheint eine Gefährdung des Wettbewerbs durch die blossе Präsenz des «stärkeren» Unternehmens auf einem Markt wie es die Weko im «CoopForte»-Entscheid ohne Weiteres anzunehmen scheint, in der Konstellation des Typus latenter Abhängigkeit ökonomisch nicht plausibel. Im Fall latenter Abhängigkeit liegt vielmehr eine Beeinträchtigung der Wirtschaft im Allgemeinen vor, wenn der Vertrag, würde er, wie ursprünglich vereinbart, vollzogen werden dürfen, zukünftige profitable Projekte aufhalten wird («hold up»). Es geht vorliegend also nicht wie im Fall offener Abhängigkeit um das Entgegenwirken ökonomisch unerwünschter Folgen sog. vermachteter, existenter Märkte, sondern vor allem um das Ermöglichen wirtschaftlichen Wandels durch neue, i.S.v. «efficient marginal cost pricing result» lohnenswerte Projekte.

Ist der gedanklich-konzeptionelle Unterbau bei den beiden Typen von Abhängigkeit grundlegend verschieden, so müssen sich auch die jeweils infrage kommenden dogmatischen Einbruchstellen für das Einfließen funktionaler Wertungen wesentlich unterscheiden. So kann man beim Typus offener Abhängigkeit auf die Bestimmung von Art. 13 KG zurückgreifen. Beim Typus latenter Abhängigkeit steht dagegen dieser Rückgriff gerade nicht offen. Als geeignetes dogmatisches Einfallstor für funktionale Wertungen kann bei diesem Typus aber die Figur der richterlichen Vertragsergänzung fruchtbar gemacht werden, und zwar in dem Sinne, dass die Parteien ihren Vertrag von Anfang an ergänzt hätten, wären sie sich der zukünftigen, von ihnen gemeinsam initiierten Fortentwicklung ihrer Vertragsbeziehung bewusst gewesen. Und als korrekt und redlich handelnde Parteien hätten sie den Vertrag dergestalt ergänzt, dass eine Ergänzung das Funktionieren der Wirtschaft nicht beeinträchtigt, sondern vielmehr neue profitable Projekte initialisiert hätte.

³⁰ Selbstverständlich wäre hier alternativ auch ein Schadenersatzanspruch des transaktionspezifisch investierenden Unternehmens gemäss Art. 41 OR denkbar. Für die Bemessung des Ersatzanspruchs wäre das Kriterium des «efficient marginal cost pricing» massgeblich, was im Ergebnis heisst, dass der Richter den Preis für die Komponenten nachträglich auf das Niveau erhöht, das dessen Grenzkosten entspricht.

³¹ Nachweise bei P. WIDMER/P. WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 101 f.

³² Eingehender dazu LÜSCHER (Fn. 20), Rz. 47 f.

Zusammenfassung

Die vorliegende Skizzierung von Unternehmensabhängigkeitsproblematiken und deren rechtlichen Lösungsansätzen hat bewusst von individuellen Schwächenmerkmalen von Unternehmen, die ebenso wie bei Nicht-Unternehmen Abhängigkeiten erzeugen können, abstrahiert. Sie hat stattdessen Unternehmensabhängigkeiten im Kontext von Markt und Organisation funktional wertend betrachtet. Daraus haben sich die beiden unterschiedlichen Typen von offener und latenter Abhängigkeit ergeben, mit der Folge, dass je nach Typus verschiedene funktionale Wertungen massgebend sind, die entweder über das Kartellprivatrecht oder den Grundsatz von Treu und Glauben die richterlichen Konfliktlösungen präjudizieren.

Résumé

Cette contribution esquisse les problèmes qui peuvent surgir lorsque des entreprises se trouvent en position de dépendance économique et les ébauches de solutions ne tiennent volontairement pas compte des faiblesses individuelles des entreprises qui peuvent toujours créer des dépendances, même en dehors du contexte des entreprises. Elle vise plutôt à évaluer les dépendances dans le contexte du marché et de l'organisation. Deux types de dépendances peuvent alors être distingués. La dépendance ouverte, d'une part, et la dépendance latente, d'autre part. Selon le type de dépendance, les évaluations fonctionnelles diffèrent et préjugent le règlement des conflits soit par le droit privé des cartels soit par le principe de la bonne foi.

* PD Dr. iur., MAES, Rechtsanwalt, Zürich, Privatdozent für privates Wirtschaftsrecht und Rechtstheorie an der Universität Basel. Der vorliegende Beitrag beruht auf dem am 5. November 2009 gehaltenen Habilitationsvortrag.