Die schweizerische Bundesverfassung

St. Galler Kommentar

3. Auflage 2014

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller **Benjamin Schindler**
Rainer J. Schweizer **Klaus A. Vallender**

Professoren für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Leiter wissenschaftliches Sekretariat

Reto Patrick Müller

DIKE

Schulthess §

Art. 96

Wettbewerbspolitik

1 Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

2 Er trifft Massnahmen:

a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts;

b. gegen den unlauteren Wettbewerb.

Politique en matière de concurrence

1 La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence.

2 Elle prend des mesures:

a. afin d'empêcher la fixation de prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché;

b. afin de lutter contre la concurrence déloyale.

Politica di concorrenza

1 La Confederazione emana prescrizioni contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi di cartelli e di altre forme di limitazione della concorrenza.

2 Prende provvedimenti:

a. per impedire abusi nella formazione dei prezzi da parte di imprese e organizzazioni di diritto pubblico e privato che hanno una posizione dominante sul mercato;

b. contro la concorrenza sleale.

Materialien: Botsch. des BR an die BVers über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 ff. (zit. Botsch. Partialrevision Wirtschaftsartikel); Botsch. zur VI «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981, BBl 1981 III 342 ff. (zit. Botsch. missbräuchliche Preise); Botsch. zu einem Preisüberwachungsgesetz vom 30. Mai 1984, BBl 1984 II 755 ff. (zit. Botsch. PüG); Botsch. zur VI zur «Überwachung der Preise und der Kreditzinsen» und zur Revision des Preisüberwachungsgesetzes vom 27. November 1989, BBl 1990 I 97 ff. (zit. Botsch. Überwachung Preise); Botsch. VE 96, 301 f.; Art. 87 VE VK-N/S; AB N Verfassungsreform 315 ff.; AB S Verfassungsreform 89 f.; Botsch. zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. (Botsch. KG); Botsch. über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff. (Botsch. Änderung KG 2001); Stn. des BR vom 20. Mai 2009 zur Pa.Iv. Regulierung der Bücherpreise, Ber. vom 20. April 2009 der WAK-N, BBl 2009 4169 ff. (zit. Stn. Buchpreisbindung); Botsch. zur Änderung des Kartellgesetzes und zum BG über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905 ff. (zit. Botsch. Änderung KG 2012).

Literatur: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG); Dies., Vertikale Preis- und Gebietsabreden, in: Stoffel Walter/Zäch Roger (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 69 ff. (zit. Vertikale Abreden); Baudenbacher Carl, Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel etc. 2001 (zit. Lauterkeitsrecht); Biaggini Giovanni, Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit, ZBl 2001, 225 ff. (zit. Von der HGF zur Wirtschaftsfreiheit); BJ, Gutachten vom 20. Juli 2004 zur Presseförderung, VPB 69 (2005) Nr. 47 (zit. Gutachten Presseförderung); Borer Jürg, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. Wettbewerbsrecht I); Bürgi Johannes A., Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstössen, Diss., Bern 2001 (zit. Zivilrechtsfolge Nichtigkeit); David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012 (zit. Wettbewerbsrecht); Dietrich Marcel/Bürgi Alexander, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, sic! 2005, 179 ff. (zit. Zuständigkeiten); Hangartner Yvo, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, recht 2002, 53 ff. (zit. Wirtschaftsfreiheit); Ders., Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, 439 ff. (zit. Revision); Hangartner Yvo/Prümmer Felix, Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse, AJP 2004, 1093 ff. (zit. Ausnahmsweise Zulassung); Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen

Kontext, Bern 2009, 43 ff. (zit. Konzeptionelle Grundlagen); Hettich Peter, Wirksamer Wettbewerb, Diss., Bern 2003 (zit. Wirksamer Wettbewerb); Hilty Reto M./Früh Alfred, Potenzial und Grenzen der Revision von Art. 5 KG, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann Andreas (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Zürich/St. Gallen 2012, 81 ff. (zit. Potenzial); Hoffet Franz, Revision Art. 5 KG: Schnellschuss über das Ziel hinaus, Anwaltsrevue 2011, 418 ff. (zit. Revision Art. 5 KG); Homburger Eric et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 (zit. Komm. KG); Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 (Komm. UWG); Lanz Rudolf, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier/Oesch, Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 783 ff. (zit. Preisüberwachung); Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (éd.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2013 (zit. CR); Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011 (zit. Wettbewerbsrecht II); Rentsch Rudolf, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Diss., Basel 2000 (zit. Deregulierung); Rhinow René/Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch Roger/Zweifel Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 93 ff. (zit. Verfassungsrechtliche Aspekte); Rhinow René/Gurovits András A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD), RPW 2001, 592 ff. (zit. Gutachten Sanktionen); Richli Paul, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, WuR 1989, 191 ff. (zit. Erste Eindrücke); Ders., Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, ZSR 1984 I, 47 ff. (zit. Preisüberwachung); Ders., Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze und zum Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Handels- und Gewerbefreiheit, Habil. Bern, Bern 1983 (zit. Verfassungsgrundsätze); Rubin Bernhard, Art. 1, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007 (zit. SHK KG, Art. 1); Stoffel Walter A., Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Habil. Freiburg, Freiburg 1994 (zit. Staatliche Wirtschaftstätigkeit); Sturny Monique, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier, Europakompatibilität, 107 ff. (zit. Einfluss); Vallender Klaus A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999 (Sondernummer BV), 677 ff. (zit. Grundzüge Wirtschaftsverfassung); Ders., Wirtschaft, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, 955 ff. (zit. Wirtschaft); Vogel Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss., Zürich 2000 (zit. Staat als Marktteilnehmer); Weber Rolf H., Kartellrecht – Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Kartellrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Basel 2000, 1 ff. (zit. Kartellrecht, SIWR Bd. V/2); Ders., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009 (zit. PüG); Ders., Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz, sic! 2012, 231 ff. (zit. Lauterkeitsrecht); Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. Kartellrecht); Ders., Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Kartellrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Basel 2000, 137 ff. (zit. Verhaltensweisen, SIWR Bd. V/2); Zurkinden Philipp/Trüeb Hans Rudolf, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich 2004 (zit. Handkomm. KG).

Inhaltsübersicht

		Rz.
I.	Entstehungsgeschichte	1
II.	Allgemeine Bemerkungen	3
III.	Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Abs. 1)	10
	1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag	10
	2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags	13
	2.1 Geltungsbereich	13
	2.2 Ziel	15
	2.3 Instrumente	21
IV.	Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung (Abs. 2 Bst. a)	27
	1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag	28
	2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags	30
	2.1 Geltungsbereich	30
	2.2 Ziel	37
	2.3 Instrumente	42

V. Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb (Abs. 2 Bst. b) 46
1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag 46
2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags 48
2.1 Geltungsbereich 48
2.2 Ziel 49
2.3 Instrumente 52

I. Entstehungsgeschichte

1 Mit Art. 96 wurden die Wettbewerbsbestimmungen der aBV (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d und Art. 31septies aBV) in einem Artikel zusammengefasst und eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage für Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb geschaffen. Der Wortlaut von Art. 96 war bereits im VE 96 enthalten (Art. 87) und gab in den Räten nur zu wenigen Diskussionen Anlass. Im Nationalrat wurde ein Antrag diskutiert, wonach der Bund auch Vorschriften gegen die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs zu erlassen hätte. Mit diesem Antrag – der keine Mehrheit fand – hätte dem Bund die Kompetenz erteilt werden sollen, Vorschriften gegen «die zum Teil verheerenden Folgen eines schrankenlosen Wettbewerbs» (Votum Gysin, AB N Verfassungsreform 316) zu erlassen.

2 Durch die Zusammenfassung der wettbewerbsrelevanten Bestimmungen in einem Artikel (Art. 96) wird die in der Lehre vertretene Auffassung unterstrichen, wonach das Kartell-, das Preisüberwachungs- und das Lauterkeitsrecht einem gemeinsamen Ziel – dem Schutz des Wettbewerbs – dienen (vgl. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Art. 1, Rz. 65 ff.).

II. Allgemeine Bemerkungen

3 Die Verfassung definiert den Begriff des Wettbewerbs nicht näher, sondern überlässt dessen Konkretisierung weitgehend dem Gesetzgeber (vgl. dazu ausführlich Hettich, Wirksamer Wettbewerb, 111 ff.; weiter auch Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 15 ff.; Vallender/Hettich/Lehne, Wirtschaftsfreiheit, § 13, Rz. 13 ff.). Damit wird dem Gesetzgeber ermöglicht, neue Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie zu berücksichtigen.

4 Art. 96 erteilt dem Bund die Kompetenz und den Auftrag zu einer aktiven Wettbewerbspolitik (Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 2). Art. 96 dient unmittelbar der Verwirklichung des vom Verfassungsgeber getroffenen ordnungspolitischen Grundentscheids für eine marktorientierte – auf Wettbewerb basierende – Privatwirtschaft (zur Begründung dieses Grundentscheids vgl. Komm. zu Art. 94, Rz. 15 ff.; Vallender, Grundzüge Wirtschaftsverfassung, 682 ff.; kritisch dazu Rhinow, BV 2000, 315; Biaggini, Von der HGF zur Wirtschaftsfreiheit, 233). Mit Art. 96 anerkennt die Verfassung, dass es nicht ausreicht, den Staat auf den Koordinationsmechanismus Wettbewerb zu verpflichten (vgl. Art. 27 i.V.m. Art. 35, Art. 94), sondern dass auch Massnahmen notwendig sind, um den Wettbewerb vor bestimmten Verhaltensweisen Privater zu schützen (Aubert, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 96, Rz. 3; Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 4;

Hänni/Stöckli, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 110 ff.). Der Wettbewerb geniesst somit einen umfassenden verfassungsrechtlichen Schutz.

5 Art. 96 bezweckt in erster Linie den Schutz des Wettbewerbs als Institution (Institutionsschutz). Die individuellen Interessen einzelner Wirtschaftssubjekte (Individualschutz) werden insoweit geschützt, als dies für den Schutz des Wettbewerbs notwendig ist (vgl. Vallender/Hettich/Lehne, Wirtschaftsfreiheit, § 13, Rz. 6 ff.; ausführlich zur Kontroverse, ob das gestützt auf Art. 96 erlassene KG auch dem Individualschutz diene, Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 35 ff.; kritisch in Bezug auf das UWG Weber, Lauterkeitsrecht, 232 f., wonach sich das UWG je länger je mehr von dem Schutz der Institution des Wettbewerbs entferne und zu einem Konsumentenschutzgesetz konvertiere). Die Kompetenz zum Erlass von Normen, welche primär die wirtschaftliche Freiheit der Einzelnen schützen, besteht aber aufgrund von Art. 122 (vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 30; Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 731). Der Erlass solcher Normen ist verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern auch geboten (vgl. auch Art. 35 Abs. 3). In seiner Funktion als Ordnungsprinzip verlangt Art. 27, dass der Staat sinnvolle Rahmenbedingungen schafft, damit die Privaten von der Wirtschaftsfreiheit tatsächlich Gebrauch machen können. Der Staat hat daher durch die Ausgestaltung der Rechtsordnung und durch die Rechtsanwendung sicherzustellen, dass die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen übermässig erschwert wird (vgl. Hangartner, Wirtschaftsfreiheit, 56 ff.; Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 20; Rubin, SHK KG, Art. 1, Rz. 9; Vallender, Grundzüge Wirtschaftsverfassung, 680 f.; a.M. Amstutz/Reinert, Vertikale Abreden, 78 ff.). Es ist dem Gesetzgeber überlassen, ob er den Schutz solcher individueller Interessen im Rahmen des klassischen Zivilrechts (z.B. Art. 28 ZGB) oder des Wettbewerbsrechts gewährleistet. Seit dem Inkrafttreten des KG und des UWG steht das Wettbewerbsrecht im Vordergrund. Beide Erlasse stützen sich neben Art. 96 denn auch auf Art. 122 und vermitteln den Privaten zur Wahrung ihrer individuellen Interessen durchsetzbare Ansprüche (vgl. Art. 12 KG, Art. 9 UWG).

6 Während Art. 27 und 94 den Wettbewerb vor staatlichen Eingriffen schützen, dient Art. 96 in erster Linie dem Schutz des Wettbewerbs vor privaten Wettbewerbsbeschränkungen. Dies bedeutet aber nicht, dass die gestützt auf Art. 96 erlassenen Wettbewerbsgesetze nur von Privaten zu beachten und für den Staat ohne Bedeutung sind. Die Verfassung verlangt einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs, unabhängig davon, von wem wettbewerbsbeschränkende Handlungen ausgehen. Die Unterstellung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit unter das Wettbewerbsrecht ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, da durch die Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts die staatliche Wirtschaftstätigkeit unzulässigerweise privilegiert würde (vgl. Vogel, Staat als Marktteilnehmer, 124 ff., der von einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit ausgeht; vgl. auch BGE 138 I 378 E. 9.4, 401 [Glarnersach], wonach die staatliche Wirtschaftstätigkeit dem Wettbewerbsrecht untersteht). Das KG (Art. 2) und das PüG (Art. 2) halten explizit fest, dass sie auch für öffentliche Unternehmen gelten. Im UWG fehlt ein entsprechender Hinweis, jedoch ist dessen Geltung zumindest für die nicht hoheitliche Tätigkeit anerkannt (vgl. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Vor Art. 2, Rz. 5; Jung, in: Jung/Spitz, Komm. UWG, Art. 2, Rz. 16; Vogel, Staat als Marktteilnehmer, 203; Stoffel, Staatliche Wirtschaftstätigkeit, 180).

7 Art. 96 erfüllt eine doppelte Funktion. Einerseits unterstreicht er die zentrale Bedeutung des Wettbewerbs für das schweizerische Wirtschaftssystem und stellt damit klar, dass der Schutz des Wettbewerbs ein legitimes öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 ist, um die Wirtschafts-

freiheit (Art. 27) einzuschränken (vgl. Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 21; Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 743). Diese Klarstellung ist hilfreich, da grundsätzlich auch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, die Festsetzung missbräuchlicher Preise oder unlautere Wettbewerbshandlungen in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen (vgl. Komm. zu Art. 27, Rz. 22 ff.; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 15). Andererseits nimmt der Verfassungsgeber mit Art. 96 auch bereits eine verbindliche Abwägung zwischen dem privaten grundrechtlich geschützten Interesse an möglichst uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb vor: Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen findet dort ihre Grenzen, wo wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben (Art. 96 Abs. 1), marktmächtige Unternehmen missbräuchliche Preise verlangen (Art. 96 Abs. 2 Bst. a) oder unlautere Wettbewerbshandlungen begangen werden (Art. 96 Abs. 2 Bst. b).

8 Da in einer internationalisierten Wirtschaft weder der Wettbewerb noch die Wettbewerbsbeschränkungen an Staatsgrenzen gebunden sind, hat die gestützt auf Art. 96 erlassene schweizerische Wettbewerbspolitik den internationalen Kontext zu beachten. Diese Forderung ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass in der Schweiz ansässige Unternehmen häufig auch auf ausländischen Märkten tätig sind, und andererseits aus der Tatsache, dass ausländische Unternehmen am Wettbewerb in der Schweiz teilnehmen. Gemäss dem in vielen Ländern anerkannten Auswirkungsprinzip ist grundsätzlich die Wettbewerbsordnung jenes Landes anwendbar, auf dessen Markt sich ein Verhalten auswirkt (für das schweizerische Kartellrecht vgl. Art. 2 Abs. 2 KG; vgl. dazu Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 2, Rz. 40 ff.). Deshalb können auf ein Verhalten, das sich in mehreren Ländern auswirkt, gleichzeitig mehrere Wettbewerbsordnungen anwendbar sein. Diese Internationalität des Wettbewerbsrechts würde es nahelegen, zumindest die Grundzüge auf völkerrechtlicher Ebene – z.B. im Rahmen der WTO – zu harmonisieren. Dies ist bisher aber noch nicht gelungen, und auch die in verschiedenen Staatsverträgen enthaltenen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen haben in der Praxis noch eine untergeordnete Bedeutung (vgl. dazu die Übersicht bei Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 39 ff.).

9 Deshalb ist es nach wie vor in erster Linie am schweizerischen Gesetzgeber, bei der Gestaltung der schweizerischen Wettbewerbspolitik die internationalen Entwicklungen zu berücksichtigen. Aufgrund der geografischen Lage und der wirtschaftlichen Verflechtung ist für die Schweiz insbesondere die europäische Wettbewerbspolitik von grosser Bedeutung. Das europäische Wettbewerbsrecht hat denn auch die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts massgeblich beeinflusst (vgl. dazu Sturny, Einfluss, 107 ff.; weiter auch Botsch. KG, 528 ff.; Botsch. Änderung KG 2001, 2051 ff.; Botsch. Änderung KG 2012, 3937 ff.). Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und die Gerichte ziehen heute das europäische Kartellrecht auch regelmässig zur Auslegung des schweizerischen Kartellrechts heran. Das BGer weist aber zu Recht darauf hin, dass das schweizerische Kartellrecht grundsätzlich autonom auszulegen sei; das europäische Recht sei dann als Auslegungshilfe beizuziehen, wenn der schweizerische Gesetzgeber bewusst eine dem europäischen Recht entsprechende Regelung schaffen wollte (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3, 208 ff.; weitgehender BGE 139 I 72 E. 8.2.3, 89 f., wonach bei Rechtsunsicherheit generell die Praxis zum europäischen Wettbewerbsrecht zu konsultieren sei). Wird zur Auslegung des schweizerischen Wettbewerbsrechts das europäische Wettbewerbsrecht herangezogen, so ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu fordern, dass dabei der unterschiedlichen Basis und Konzeption der beiden Wettbewerbsordnungen Rechnung getragen wird: Während das europäische Primär-

recht (Art. 101 und 102 AEUV) Verbote gewisser Verhaltensweisen unabhängig von deren Auswirkungen auf den Wettbewerb statuiert, verlangt Art. 96 Abs. 1 eine Gesetzgebung, die auf die Auswirkungen der Verhaltensweisen fokussiert (vgl. dazu ausführlich Rz. 16 ff.).

III. Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Abs. 1)

1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag

10 Der Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 entspricht im Wesentlichen Art. 31bis Abs. 3 Bst. d aBV. Die vorgenommenen sprachlichen Anpassungen haben keine materielle Änderung bewirkt (Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 595).

11 Art. 96 Abs. 1 ermächtigt und verpflichtet den Bund, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Bereits unter der Geltung des alten Kartellartikels (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d aBV) war anerkannt, dass der Bund nicht nur über die Kompetenz, sondern auch über einen eigentlichen Auftrag zum Erlass entsprechender Vorschriften verfügte (vgl. Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 95). Der Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 bringt dies nun klar zum Ausdruck (vgl. Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 5; Vallender, Wirtschaft, 960; Tercier/Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier, CR, Introduction générale, Rz. 53).

12 Im Gegensatz zur aBV verzichtet Art. 96 Abs. 1 darauf, die Wahrung des Gesamtinteresses als Voraussetzung für den Erlass entsprechender Vorschriften zu nennen. Die Bindung an das Gesamtinteresse ist eine selbstverständliche Rahmenbedingung des staatlichen Handelns, weshalb sich eine explizite Nennung erübrigt (vgl. Botsch. VE 96, 301 f.; vgl. auch Art. 94 Abs. 2; Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 743). Art. 96 Abs. 1 verzichtet auch auf die in Art. 31bis Abs. 3 aBV enthaltene Formulierung, dass nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abgewichen werden könne. Durch diesen Verzicht wird der heute herrschenden Auffassung Rechnung getragen, dass Vorschriften, die den Wettbewerb schützen, keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit darstellen, sondern der Sicherung und Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit dienen (Botsch. VE 96, 301; Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 1; Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 5; Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 19; Rentsch, Deregulierung, 96; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 10 ff.; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31bis, Rz. 194 f.; Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 595 ff.; Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 751 ff.; BVGer B-2698/2007 [17.7.2008], E. 3.6; vgl. auch Komm. zu Art. 94, Rz. 32 ff.). Damit dient Art. 96 Abs. 1 einerseits der Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27), impliziert andererseits aber auch eine gewisse Einschränkung derselben, da die Vertragsfreiheit (vgl. dazu Komm. zu Art. 27, Rz. 44 f.) insofern eingeschränkt wird, als Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen verhindert werden sollen (vgl. dazu auch Rz. 7).

2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags

2.1 Geltungsbereich

Gestützt auf Art. 96 Abs. 1 werden Vorschriften erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. In Anlehnung an die entsprechende Terminologie im KG (vgl. Titel des KG; Art. 1 KG) wurde mit der BV der Begriff der «ähnlichen Organisation» durch denjenigen der «anderen Wettbewerbsbeschränkungen» ersetzt. Eine Änderung des Geltungsbereichs ist damit nicht verbunden. 13

Gemäss dem Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 fallen die von *Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen* ausgehenden Auswirkungen in den Geltungsbereich einer Kartellgesetzgebung. Aus der Entstehungsgeschichte zum alten Kartellartikel (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d aBV) ergibt sich, dass – unabhängig von ihrer Organisations- oder Erscheinungsform – möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde erfasst werden sollen (Botsch. Partialrevision Wirtschaftsartikel, 889). Der Gesetzgeber hat den Geltungsbereich in diesem (weiten) Sinne konkretisiert: Gemäss Art. 2 KG gilt dieses Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (zu den einzelnen Begriffen vgl. Art. 4 KG). Das BGer hatte die Geltung des KG für öffentliche Unternehmen allerdings teilweise eingeschränkt (BGE 127 II 32 E. 3, 41 ff.). Diese Einschränkung wurde vom Gesetzgeber mit der Revision 2004 beseitigt (Art. 2 Abs. 1bis KG, AS 2004 1385), und das BGer hat seither die Geltung des KG für die staatliche Wirtschaftstätigkeit bestätigt (vgl. BGE 138 I 378 E. 9.4, 401 [Glarnersach]). 14

2.2 Ziel

Art. 96 Abs. 1 ist als Zielnorm ausgestaltet (zur aBV vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31bis, Rz. 113). Gemäss Art. 96 Abs. 1 sollen *volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen* von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft werden. Für die Konkretisierung dieser Zielvorgabe lassen sich aus der Verfassung folgende Richtlinien ableiten: 15

Die Kartellgesetzgebung darf sich nicht gegen die Kartelle und die anderen Wettbewerbsbeschränkungen als solche richten, sondern nur gegen deren schädliche *Auswirkungen*. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ohne schädliche Auswirkungen werden von der Verfassung zugelassen und dürfen vom Gesetzgeber nicht untersagt werden (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31bis, Rz. 217; Schott, Staat und Wettbewerb, 377). Denn im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen kennt das schweizerische Verfassungsrecht kein generelles Kartellverbot. Die durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27) gewährleistete Vertragsfreiheit beinhaltet eine begrenzte Kartellfreiheit (vgl. Vallender, Grundzüge Wirtschaftsverfassung, 684). Gleichzeitig statuiert die Verfassung mit Art. 96 Abs. 1 für das schweizerische Kartellrecht den sog. «effects-based approach», der auch von der modernen Wettbewerbsökonomie favorisiert wird. Dieser Ansatz verlangt, dass bei der Beurteilung der Verhaltensweise nicht auf deren Form, sondern auf deren Auswirkungen («effects») fokussiert wird. Interventionsbedarf besteht von Verfassung wegen nur dann, wenn die Auswirkungen auf den Wettbewerb zumindest spürbar bzw. erheblich sind (vgl. David/Jacobs, Wettbewerbsrecht, 189 f.; ähnlich auch Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 14 ff.; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, 16

Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 24). Die Beschränkung auf die Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen bedeutet nicht, dass die Mitwirkenden an Kartellen oder Wettbewerbsbeschränkungen nicht Adressaten der Kartellgesetzgebung sein können. Massnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung schädlicher Auswirkungen werden sich regelmässig gegen die an einem Kartell oder an einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkenden Unternehmen richten müssen, um die gewünschte Wirkung zu entfalten.

17 Die Kartellgesetzgebung hat sich auf die Bekämpfung jener Auswirkungen zu beschränken, die *volkswirtschaftlich oder sozial schädlich* sind. Nach herrschender Auffassung sind jene Auswirkungen zu bekämpfen, die sich objektiv gesehen schädlich auswirken; auf die Motivation der wettbewerbsbeschränkenden Handlung kommt es nicht an (vgl. Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 23; Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 101; Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 601, Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 23). Zudem müssen die Auswirkungen nach h.M. eine gewisse *Spürbarkeit/Intensität* aufweisen, damit sie gestützt auf Art. 96 Abs. 1 untersagt werden können (Hänni/Stöckli, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 117; Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 23; Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 601; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 24; Rubin, SHK KG, Art. 1, Rz. 5; Schmidhauser, in: Homburger et al., Komm. KG, Art. 1, Rz. 26).

18 Der Verfassungstext umschreibt den Begriff der *volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen* nicht näher. Bei der Auslegung des Begriffs kommt der Volkswirtschaftslehre eine grosse Bedeutung zu, da sie die Frage zu beantworten hat, welche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen volkswirtschaftlich schädlich sind. In der Volkswirtschaftslehre scheint heute allgemein anerkannt zu sein, dass der Wettbewerb tendenziell zu einer besseren Allokation knapper Ressourcen und damit zu besseren Ergebnissen führt als die anderen Koordinationsmechanismen. Die Verfassung hat diese Erkenntnis insofern übernommen, als sie dem Wettbewerb die führende Rolle als Koordinationsmechanismus zuerkennt (vgl. Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 604; Vallender, Wirtschaft, 956 f.). Der Entscheid zugunsten des Wettbewerbs als Grundregel enthält nach der hier vertretenen Auffassung daher auch die implizite Vermutung, dass der Wettbewerb in der Regel zu den volkswirtschaftlich und sozial erwünschten Ergebnissen führt (ähnlich auch BGE 124 I 25 E. 3g, 31) und dass Massnahmen, die den Wettbewerb spürbar beschränken, tendenziell volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben. Aufgrund dieser Vermutung dürfen an den Nachweis der Schädlichkeit der Auswirkungen von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Zu verlangen ist aber immerhin der Nachweis, dass die zur Diskussion stehende Verhaltensweise den Wettbewerb tatsächlich spürbar beschränkt, da ohne eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auch keine spürbaren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen zu erwarten sind. Letztere sind aber Voraussetzung für eine Intervention gestützt auf Art. 96 Abs. 1 (vgl. Rz. 17).

19 Abgesehen von diesen – eher abstrakten – durch die Verfassung vorgegebenen Richtlinien ist es weitgehend dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, welche Auswirkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Die offene Formulierung von Art. 96 Abs. 1 hat den Vorteil, dass die Verfassung kein bestimmtes Wettbewerbskonzept vorschreibt, sondern es dem Gesetzgeber ermöglicht, neue Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie zu berücksichtigen. Im Rahmen des geltenden KG hat der Gesetzgeber den «wirksamen Wettbewerb» als Schutzobjekt definiert (vgl. Botsch. KG, 511 ff.; zum Begriff vgl. Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 18 ff.; Lehne,

in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 27 ff; Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 118 ff.; Weber, Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 29 ff.; ausführlich dazu Hettich, Wirksamer Wettbewerb, 1 ff.) und folgende Wettbewerbsbeschränkungen als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich qualifiziert: Abreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können, sowie Abreden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen (Art. 5 KG), Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG), Unternehmenszusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken und wirksamen Wettbewerb beseitigen können, ohne eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt zu bewirken (Art. 10 KG). Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Revision des KG (Botsch. Änderung KG 2012, 3905 ff.) soll die Eingriffsschwelle bei gewissen Typen von Wettbewerbsabreden und bei Unternehmenszusammenschlüssen gesenkt werden, wobei fraglich ist, ob für das geplante per se Verbot gewisser Abredetypen eine ausreichende Verfassungsgrundlage besteht (vgl. dazu Rz. 24).

20 Art. 96 Abs. 1 bietet keine Grundlage, um Strukturpolitik zu betreiben, indem bestimmte Bereiche oder Branchen vom Wettbewerb ausgenommen oder dort Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Titel von Art. 96 (Wettbewerbspolitik), der darauf hindeutet, dass die gestützt auf Art. 96 Abs. 1 erlassene Gesetzgebung dem Schutz und nicht der Einschränkung des Wettbewerbs zu dienen hat. Nach dem Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 soll der Bund Vorschriften erlassen gegen bestimmte Auswirkungen von Kartellen und Wettbewerbsbeschränkungen; eine Kompetenz zur Schaffung von Wettbewerbsbeschränkungen ist darin nicht enthalten. Ein Antrag, wonach der Bund gestützt auf Art. 96 Abs. 1 auch Vorschriften gegen die Auswirkungen des Wettbewerbs hätte erlassen können, wurde abgelehnt (AB N Verfassungsreform 316). Zudem stellen Massnahmen, die den Wettbewerb einschränken oder gar ausschliessen, grundsatzwidrige Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit dar (vgl. Komm. zu Art. 94, Rz. 6), für die eine Verfassungsgrundlage notwendig ist (Art. 94 Abs. 4). Art. 96 Abs. 1 stellt keine solche Grundlage dar. Daher wäre es dem Kartellgesetzgeber z.B. verwehrt, gestützt auf Art. 96 Abs. 1 bestimmte Branchen vom Anwendungsbereich des KG auszunehmen oder dort Einschränkungen des Wettbewerbs generell zuzulassen (a.M. offenbar der BR in der Stn. Buchpreisbindung, 4176). Bereits die im geltenden KG vorgesehene ausnahmsweise Zulassung (Art. 8 und 11 KG) ist verfassungsrechtlich kaum abgestützt und sollte daher vom Bundesrat mit grosser Zurückhaltung angewendet werden (gl.M. aber mit anderer Begründung Meinhardt/Prümmer, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 8, Rz. 5; Hangartner/Prümmer, Ausnahmsweise Zulassung, 1102 f.), was in der Praxis auch der Fall ist. Aus den gleichen Gründen bildet Art. 96 Abs. 1 auch keine ausreichende Grundlage für Förderungsmassnahmen des Bundes (vgl. BJ, Gutachten Presseförderung, 554).

2.3 Instrumente

21 Während Art. 96 Abs. 1 das Ziel in den Grundzügen umschreibt, enthält er keine Vorgaben in Bezug auf die zur Zielerreichung einzusetzenden Instrumente. Weder schreibt die Verfassung den Einsatz bestimmter Instrumente vor noch schliesst sie gewisse Instrumente aus. Die Wahl der Instrumente ist daher weitgehend dem Gesetzgeber überlassen, dessen Gestaltungsspielraum entsprechend gross ist (Botsch. VE 96, 301; Lehne, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 1, Rz. 24; Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 601 ff.; Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 6 ff.; Zäch, Kartellrecht, 56 ff.; Tercier/Martenet, in: Martenet/Bovet/Tercier, CR, Introduction générale, Rz. 66 f.). Die Verfassung strukturiert den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aber

immerhin in zweierlei Hinsicht: Einerseits untersagt sie ein generelles, ausnahmslos geltendes Verbot der Kartelle oder der Wettbewerbsbeschränkungen; untersagt werden dürfen nur jene Verhaltensweisen, die den Wettbewerb spürbar beschränken und damit auch in der Lage sind, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zu verursachen (vgl. dazu Rz. 16). Andererseits verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), dass nur Instrumente eingesetzt werden, die geeignet und erforderlich sind, um das durch die Verfassung vorgegebene Ziel zu erreichen.

22 Nach der heute h.M. kann der Gesetzgeber auch *Verbote* einsetzen (vgl. Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 108 f.; Rhinow/Gurovits, Gutachten Sanktionen, 603; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 20 ff.; Richli, Preisüberwachung, 61; Ders., Verfassungsgrundsätze, 145; Schmidhauser, in: Homburger et al., Komm. KG, Art. 1, Rz. 28; so auch BGE 135 II 60 E. 3.1.1, 67). Zulässig sind u.a. selektive Verbote, Verbote mit Rechtfertigungsmöglichkeit oder Erlaubnisvorbehalt sowie Verbotsvermutungen. Möglich sind sowohl «ex ante Verbote» wie auch «ex post Verbote», wobei die Letzteren ihre Wirkung erst im Anschluss an ein Untersuchungsverfahren entfalten (gl.M. Heinemann, Konzeptionelle Grundlagen, 47; Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 127). Der in der älteren Literatur z.T. vertretenen These, wonach die Verfassung lediglich «ex post Verbote» zulasse (so etwa Schmidhauser, in: Homburger et al., Komm. KG, Art. 7, Rz. 173; ähnlich auch Hoffet, in: Homburger et al., Komm. KG, Art. 5, Rz. 139 ff.), kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden (gl.M. Bürgi, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit, 230 ff.).

23 Die Instrumente des geltenden KG (selektive Verbote, gesetzliche Vermutungen) sind aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (vgl. dazu die Analyse von Rhinow/Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte, 125 ff.), da mit ihnen nur jene Wettbewerbsbeschränkungen untersagt werden, die den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen: Art. 5 KG setzt für eine Untersagung von Wettbewerbsabreden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus; Art. 7 KG erklärt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dann für unzulässig, wenn daraus eine spürbare Behinderung im Wettbewerb oder eine spürbare Benachteiligung der Marktgegenseite resultiert, und nach Art. 10 KG sind Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen, sofern diese die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen. Damit setzt der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Vorgabe konsequent um, dass gestützt auf Art. 96 Abs. 1 nur jene Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen sind, die sich volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirken (gl.M. Rubin, SHK KG, Art. 1, Rz. 5). Massnahmen, von denen keine solchen Auswirkungen ausgehen, sind von Verfassung wegen zulässig, und der Bund verfügt über keine Kompetenz, diese zu untersagen (Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 24).

24 Deshalb ist es fraglich, ob für die geplante KG-Revision (vgl. Botsch. Änderung KG 2012, 3905 ff.) in allen Punkten eine ausreichende Verfassungsgrundlage besteht. Gemäss Botschaft sollen gewisse Typen von Wettbewerbsabreden per se – und damit unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb – verboten werden (vgl. Botsch. Änderung KG 2012, 3926 ff.). Das kompetenzrechtliche Problem ergibt sich daraus, dass eine auf Art. 96 Abs. 1 abgestützte Intervention Auswirkungen von einer gewissen Spürbarkeit/Intensität voraussetzt (vgl. Rz. 17). Die vom Gesetzgeber mit der Revision ins Auge gefassten Abredetypen haben zwar häufig – aber eben nicht immer – eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge. Je nach Marktstellung der an der Abrede beteiligten Unternehmen und den Wettbewerbsverhältnissen auf dem zur Diskussion stehenden Markt ist es durchaus möglich, dass der Wettbewerb trotz Ab-

rede nicht spürbar beeinträchtigt ist. In diesem Fall sind aber auch keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen zu erwarten. Zwar soll es auch nach der geplanten Revision weiterhin möglich sein, die verbotenen Abredetypen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen (vgl. Botsch. Änderung KG 2012, 3927 f.). Eine solche Rechtfertigungsmöglichkeit vermag aber die Überprüfung der *Auswirkungen* auf den Wettbewerb nicht zu ersetzen. Denn Abreden, die den Wettbewerb nicht spürbar beschränken – d.h. keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen haben –, dürfen gemäss Art. 96 Abs. 1 nicht untersagt werden, unabhängig davon, ob sie effizient oder ineffizient sind. Der vom Verfassungsgeber getroffene Entscheid, lediglich jene Wettbewerbsbeschränkungen zu regulieren, die volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben, verlangt deshalb nach der hier vertretenen Auffassung, dass der Gesetzgeber neben der Rechtfertigung aus Effizienzgründen auch eine Rechtfertigung bzw. eine Ausnahme wegen fehlender Spürbarkeit/Intensität vorsieht (gl.M. Hoffet, Revision Art. 5 KG, 419; teilweise a.M. offenbar Hilty/Früh, Potenzial, 99, die davon auszugehen scheinen, dass die mit der Revision per se verbotenen Abreden immer volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben; ähnlich der BR in Botsch. Änderung KG 2012, 3985 ff.).

25 Das KG enthielt bis zur Revision 2004 *Verwaltungs- und Strafsanktionen* nur für Verstösse gegen rechtskräftige Verfügungen und einvernehmliche Regelungen (Art. 50, 54 KG), während erstmaliges kartellrechtswidriges Verhalten nicht sanktioniert werden konnte. Mit der Revision 2004 wurden direkte Sanktionen (vgl. Art. 49*a* Abs. 1 KG, AS 2004 1385) – kombiniert mit einer *Bonusregelung* («Kronzeugenregelung»; vgl. Art. 49*a* Abs. 2 KG und Art. 8 ff. VO vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen [KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5]) – eingeführt. Die Verfassungsmässigkeit dieser direkten Sanktionen wurde in der Vernehmlassung unter Berufung auf das angebliche «Verbot einer Verbotsgesetzgebung» infrage gestellt. Rhinow/Gurovits haben überzeugend nachgewiesen, dass direkte Sanktionen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sind und u.U. sogar geboten sein können, um das durch die BV vorgegebene Ziel zu erreichen (Gutachten Sanktionen, 608 ff.). René Rhinow hat bereits unter der Geltung des alten Kartellartikels darauf hingewiesen, dass es unzutreffend und irreführend ist, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers mit den Schlagworten der «Zulässigkeit einer Missbrauchsgesetzgebung» und dem «Verbot einer Verbotsgesetzgebung» stark einschränken zu wollen (in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31bis, Rz. 215 f.; gl.M. Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 1, Rz. 8; Heinemann, Konzeptionelle Grundlagen, 45 ff.; Zurkinden/Trüeb, Handkomm. KG, 382; vgl. dazu auch Weber, Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 27 f., der die Begriffe zwar verwendet, jedoch darauf hinweist, dass sie kaum praktische Bedeutung haben; ähnlich auch Zäch, Kartellrecht, 56 ff.; Botsch. Änderung KG 2001, 2035 ff.).

26 Für die *Rechtsanwendung* lässt sich aus dem von der Verfassung vorgegebenen «effects-based approach» (vgl. dazu Rz. 16 ff.) ableiten, dass auch dabei die konkreten Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung und nicht deren Form oder Typus im Mittelpunkt stehen sollten. Deshalb ist z.B. der Entscheid des BVGer vom 19. Dezember 2013 aus verfassungsrechtlicher Sicht zu kritisieren, da es davon ausging, dass bei einem gewissen Typus von Wettbewerbsabrede (absoluter Gebietsschutz in einem Lizenzvertrag) die Auswirkungen nicht überprüft werden müssten, sondern unabhängig von der Marktstellung der involvierten Unternehmen und den Wettbewerbsverhältnissen auf dem relevanten Markt immer von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei (BVGer B-506/2010 [19.12.2013], E. 11.3, insb. E. 11.3.4). Ein

solcher «form-based approach», der allein auf die Form oder den Typus der Wettbewerbsabrede abstellt, steht im Widerspruch zu Art. 96 Abs. 1.

IV. Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung (Abs. 2 Bst. a)

27 Im Vergleich zur aBV (Art. 31[septies]) wurde der Wortlaut von Art. 96 Abs. 2 Bst. a vereinfacht. Die bedeutendste Änderung ist der Verzicht auf die Nennung eines speziellen Instrumentariums – der Preisüberwachung (vgl. dazu Rz. 42 f.).

1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag

28 Art. 96 Abs. 2 Bst. a ermächtigt und verpflichtet den Bund, Massnahmen zur Verhinderung von Preismissbräuchen zu erlassen (vgl. zur aBV Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31[septies], Rz. 8; weiter auch Lanz, Preisüberwachung, Rz. 13, 17). Mit Art. 96 Abs. 2 Bst. a wird keine neue Kompetenz begründet, da der Erlass entsprechender Vorschriften auch auf Art. 96 Abs. 1 gestützt werden könnte (Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 732). Missbräuchliche Preise marktbeherrschender Unternehmen sind i.d.R. volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen (zur aBV vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31[septies], Rz. 16; Richli, Preisüberwachung, 59). Wie die gestützt auf Art. 96 Abs. 1 erlassenen Massnahmen (vgl. dazu Rz. 12) stellen auch die Massnahmen zur Verhinderung von Preismissbräuchen keine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit dar (Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 762).

29 Aus der Entstehungsgeschichte zu Art. 31[septies] aBV ergibt sich, dass der Bund gestützt auf Art. 96 Abs. 2 Bst. a lediglich *wettbewerbspolitische* Ziele verfolgen darf (vgl. dazu Botsch. PüG, 767; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31[septies], Rz. 9 ff.; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, § 20, Rz. 29; Richli, Preisüberwachung, 54 ff.). Für eine konjunkturpolitische Kontrolle der Preise bildet Art. 96 Abs. 2 Bst. a keine Grundlage. Dies ergibt sich heute bereits aus dem Titel von Art. 96 (Wettbewerbspolitik).

2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags

2.1 Geltungsbereich

30 Mit der Beschränkung des Geltungsbereichs auf *marktmächtige Unternehmen oder Organisationen* wird zum Ausdruck gebracht, dass der Bund nicht über eine generelle Kompetenz verfügt, auf die Preisbildung einzuwirken. Die BV definiert den Begriff der marktmächtigen Unternehmen oder Organisationen nicht näher, jedoch lässt sich der Begriff aufgrund der Entstehungsgeschichte und der Systematik erschliessen.

31 Durch die Formulierung «*Unternehmen und Organisationen*» werden – in Analogie zum Kartellartikel – alle marktmächtigen Gebilde unabhängig von ihrer Rechts-, Organisations- und Erscheinungsform erfasst (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31[septies], Rz. 45). In

den Geltungsbereich fallen somit nicht nur Unternehmen im weitesten Sinn, sondern auch Organisationen, denen der Unternehmenscharakter im betriebswirtschaftlichen Sinne abgeht (z.B. vertragliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Vereine etc.). Damit das Vorliegen einer Organisation i.S.v. Art. 96 Abs. 2 Bst. a bejaht werden kann, muss eine minimale Organisationsstruktur – etwa in der Form von Verträgen oder Statuten – vorhanden sein. Fehlt es an jeglicher interner Struktur, so liegt keine Organisation i.S.v. Art. 96 Abs. 2 Bst. a vor. Daher ist etwa fraglich, ob Art. 96 Abs. 2 Bst. a eine Grundlage bietet, um gegen die kollektive Marktmacht mehrerer Unternehmen (zum Begriff vgl. etwa Reinert/Bloch, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 400 ff.; Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 4, Rz. 22) vorzugehen, die untereinander keinerlei Vereinbarungen getroffen haben und denen auch kein abgestimmtes Verhalten nachgewiesen werden kann.

32 Art. 96 Abs. 2 Bst. a hält ausdrücklich fest, dass marktmächtige Unternehmen und Organisationen des *privaten und öffentlichen Rechts* in seinen Geltungsbereich fallen. Die ausdrückliche Erwähnung der Unternehmen des öffentlichen Rechts ist historisch bedingt (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31^{septies}, Rz. 68) und weitgehend obsolet, da sich die gesamte Wettbewerbsgesetzgebung sowohl an private wie auch an öffentliche Unternehmen und Organisationen richtet (vgl. dazu Rz. 6).

33 Für die Auslegung des Begriffs der «*Marktmacht*» gibt die Entstehungsgeschichte gewisse Anhaltspunkte. Die Initianten des Art. 31^{septies} aBV waren 1979 der Auffassung, dass auf vielen Märkten kaum Konkurrenzdruck bestehe und daher marktmächtige Gebilde in der Lage seien, ihre Preise unabhängig von den Marktprinzipien festzusetzen (vgl. Botsch. missbräuchliche Preise, 359 ff.). Durch den Verfassungsartikel sollten jene Unternehmen und Organisationen erfasst werden, die ihre Preise weitgehend unabhängig von ihren Konkurrenten und von der Marktgegenseite festsetzen konnten. Dieses Verständnis von «Marktmacht» deckt sich weitgehend mit der Definition der «Marktbeherrschung» im KG (Art. 4 Abs. 2). Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist der Begriff der «Marktmacht» in Art. 96 Abs. 2 Bst. a somit gleich zu verstehen wie der heute in Art. 4 Abs. 2 KG definierte Begriff der «Marktbeherrschung» (gl.M. Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 1; Künzler/Zäch, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, Art. 2 PüG, Rz. 2; Weber, PüG, Art. 2, Rz. 2; so auch BGE 130 II 449 E. 5, 454 ff.; a.M. offenbar Hänni/Stöckli, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 566; Killias, in: Martenet/Bovet/Tercier, CR, Art. 2 LSPr [PüG], Rz. 9; Lanz, Preisüberwachung, Rz. 20, die ohne nähere Begründung davon ausgehen, dass «Marktmacht» gemäss Art. 2 KG ausreiche, damit die Preise gemäss PüG überprüft werden können; «Marktmacht» i.S. von Art. 2 KG ist aber noch keine «Marktbeherrschung» i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG; vgl. Botsch. KG, 547 f.). Die vorliegend vertretene Auslegung wird durch den Wortlaut in der französischen und italienischen Fassung von Art. 96 Abs. 2 Bst. a unterstützt, verwenden diese doch mit «position dominante» und «posizione dominante» die zu Art. 4 Abs. 2 KG analoge Terminologie. Und schliesslich spricht dafür auch das mit Art. 96 Abs. 2 Bst. a verfolgte Ziel der Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung. Nur Unternehmen, die sich weitgehend unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten können, sind in der Lage, missbräuchliche Preise durchzusetzen. Für die nähere Umschreibung der so verstandenen Marktmacht bzw. Marktbeherrschung kann auf die umfangreiche Kartellrechtsliteratur verwiesen werden (vgl. etwa Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 4, Rz. 14 ff.; Reinert/Bloch, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 1 ff.; Zäch, Verhaltensweisen, SIWR Bd. V/2, 147 ff.).

34 Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich weiter, dass nachfragemächtige Unternehmen (zum Begriff vgl. etwa Borer, Wettbewerbsrecht I, Art. 4, Rz. 23; Reinert/Bloch, in: Amstutz/Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 369 ff.) nicht in den Geltungsbereich von Art. 96 Abs. 2 Bst. a fallen (vgl. Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 9; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 36; Botsch. PüG, 767; Lanz, Preisüberwachung, Rz. 30).

35 In sachlicher Hinsicht werden von Art. 96 Abs. 2 Bst. a sämtliche Preise für Waren und Dienstleistungen erfasst (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 41). Dazu gehören auch Zinsen für Kredite (vgl. Botsch. Überwachung Preise, 101). Lediglich die «Preise» auf dem Arbeitsmarkt fallen nicht in den Geltungsbereich von Art. 96 Abs. 2 Bst. a (vgl. aber Art. 110).

36 Art. 96 Abs. 2 Bst. a erfasst nicht nur die Preise öffentlicher Unternehmen (marktmächtige Unternehmen des öffentlichen Rechts), sondern auch Preise, die durch die öffentliche Hand festgesetzt, genehmigt oder überwacht werden (Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 44). Sofern die Preise von der Exekutive oder der Legislative festgesetzt, genehmigt oder überwacht werden, kann die parallele Überprüfung der Preise durch die Wettbewerbsbehörden und/oder Gerichte staatsrechtlich problematisch sein (Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 44; vgl. dazu die im PüG enthaltenen Lösungsansätze der Anhörung und Empfehlung: Art. 14 und 15 PüG).

2.2 Ziel

37 Das Ziel von Art. 96 Abs. 2 Bst. a besteht in der *Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung*. Der Verfassungstext umschreibt nicht näher, was unter Missbräuchen zu verstehen ist, jedoch ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte und anderen Verfassungsbestimmungen gewisse Anhaltspunkte.

38 Missbräuchliche Preise können nur vorliegen, sofern auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Durch wirksamen Wettbewerb werden die Preisfestsetzungsspielräume automatisch auf ein nicht missbräuchliches Niveau beschränkt (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 34; so auch BVGer B-8800/2010 [21.11.2012], E. 3.8; BVGer B-7407/2009 [7.7.2011], E. 3.8). Preise, die das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind, können nicht missbräuchlich i.S.v. Art. 96 Abs. 2 Bst. a sein (so explizit Art. 12 Abs. 1 PüG). Durch die Verwendung des Wortes «Missbrauch» wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um eine qualifizierte Form überhöhter Preise handeln muss. Nur Preise, die deutlich über dem (fiktiven) Wettbewerbspreis liegen, sind missbräuchlich i.S.v. Art. 96 Abs. 2 Bst. a.

39 Nur übermässig *hohe* Preise können missbräuchlich sein. Tiefe Preise stellen keinen Preismissbrauch i.S.v. Art. 96 Abs. 2 Bst. a dar (vgl. Botsch. PüG, 767; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 36; Lanz, Preisüberwachung, Rz. 30). Missbräuchlich tiefe Preise können allenfalls von der Kartellgesetzgebung (z.B. von nachfragemächtigen Unternehmen erzwungene Tiefpreise oder auf Verdrängung von Konkurrenten gerichtete Tiefpreise marktbeherrschender Unternehmen) oder der Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb (z.B. Lockvogel-Tiefpreise) erfasst werden.

40 Weitere Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs ergeben sich aus den Grundrechten der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie. Das durch die Wirtschaftsfreiheit angestrebte marktwirtschaftliche System impliziert, dass für die Marktteilnehmer Gewinn-

aussichten bestehen. Eine Gesetzgebung, die marktmächtigen Unternehmen die Gewinnaussichten konsequent nehmen würde, wäre mit Art. 27 und 94 nicht zu vereinbaren (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.7.2, 466 f.; Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 11; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 24; Richli, Preisüberwachung, 69, der davon ausgeht, dass eine solche Gesetzgebung den Kerngehalt der Handels- und Gewerbefreiheit [HGF] – heute Wirtschaftsfreiheit – tangieren würde). Der systematische Entzug von Gewinnchancen – etwa indem Preiserhöhungen auf nachgewiesene Kostensteigerungen beschränkt würden – wäre auch mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 24; Richli, Preisüberwachung, 66).

41 Unter Beachtung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es am Gesetzgeber, den Missbrauchsbegriff zu konkretisieren. Diese Konkretisierung ist im geltenden PüG nur teilweise erfolgt (vgl. immerhin Art. 12 PüG). Der Gesetzgeber hat sich weitgehend darauf beschränkt, eine nicht abschliessende Liste von Beurteilungselementen aufzustellen (Art. 13 PüG). Damit wird die Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs zu einem grossen Teil an die rechtsanwendenden Behörden delegiert, was aus rechtsstaatlicher Sicht zu bedauern ist (zu den verschiedenen Methoden, die bei der Überprüfung der Preise angewendet werden vgl. Lanz, Preisüberwachung, Rz. 57; Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 35; Richli, Erste Eindrücke, 202 ff.).

2.3 Instrumente

42 Art. 31septies aBV verlangte explizit, dass die Missbräuche in der Preisbildung mit den Instrumenten der Preisüberwachung und der Preisempfehlungen zu verhindern seien. In der Verpflichtung, ein bestimmtes wettbewerbspolitisches Instrumentarium einzusetzen, wurde denn auch der Hauptunterschied zum alten Kartellartikel gesehen (vgl. Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31septies, Rz. 16; Lanz, Preisüberwachung, Rz. 15).

43 Die geltende Verfassungsbestimmung verzichtet darauf, den Gesetzgeber auf ein bestimmtes Instrument zu verpflichten. Ob mit diesem Verzicht dem Gesetzgeber tatsächlich eine grössere Freiheit bei der Wahl der Instrumente eingeräumt werden sollte, ist unklar. Dafür spricht der Wortlaut, wonach der Gesetzgeber *Massnahmen* zur Verhinderung von Preismissbräuchen zu treffen hat. Welche Massnahmen getroffen werden sollen, wird durch den Verfassungstext nicht festgelegt. Dagegen spricht, dass mit der BV der damals bestehende Rechtszustand lediglich nachgeführt werden sollte, sowie eine – dem Wortlaut von Art. 96 Abs. 2 Bst. a widersprechende – Aussage in der Botschaft, wonach dem Gesetzgeber ein verbindlicher Auftrag erteilt werde, «ein bestimmtes wettbewerbspolitisches Instrumentarium, die Preisüberwachung, einzusetzen» (Botsch. VE 96, 301). Nach der hier vertretenen Auffassung ist auf den Wortlaut von Art. 96 Abs. 2 Bst. a abzustellen, der es dem Gesetzgeber überlässt, die adäquaten Instrumente auszuwählen. Eine Verpflichtung auf das Instrument der Preisüberwachung ist in der neuen Verfassungsbestimmung nicht mehr enthalten (a.M. Lanz, Preisüberwachung, Rz. 17; Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, 761). Die Konsequenzen dieser Änderung dürfen allerdings nicht überschätzt werden, da wirksame Massnahmen gegen Preismissbräuche wohl eine gewisse Form der «Überwachung» voraussetzen.

44 Im Gegensatz zu Art. 31septies aBV verzichtet Art. 96 Abs. 2 Bst. a darauf, Preissenkungen als mögliche Massnahme zur Verhinderung von Preismissbräuchen explizit zu erwähnen. Die Nennung dieser Massnahme erübrigt sich, da der Gesetzgeber grundsätzlich sämtliche (verhältnis-

mässigen) Massnahmen vorsehen kann, die für die Bekämpfung von Preismissbräuchen notwendig sind. Dazu können auch Preissenkungen oder die Untersagung von Preiserhöhungen gehören.

45 Schon Art. 31^{septies} aBV hat keine bestimmte Behördenorganisation verlangt (Rhinow, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 31^{septies}, Rz. 13 f.). Dies gilt auch unter Art. 96 Abs. 2 Bst. a. Es wäre daher möglich, die Preisüberwachung und die Wettbewerbskommission in einer einzigen Wettbewerbsbehörde zusammenzufassen (Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 1; Hänni/Stöckli, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 564). Dies wäre zu begrüssen, da dadurch schwierige Abgrenzungsfragen (vgl. die sich teilweise widersprechenden Art. 16 Abs. 2 PüG und Art. 3 Abs. 3 KG; vgl. dazu Dietrich/Bürgi, Zuständigkeiten, 179 ff.), aufwändige Parallelverfahren und Widersprüche in der Rechtsanwendung vermieden werden könnten.

V. Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb (Abs. 2 Bst. b)

1. Kompetenz und verbindlicher Auftrag

46 Die aBV enthielt keine ausdrückliche Bundeskompetenz zum Erlass von Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb. Das geltende UWG wurde gestützt auf Art. 31bis Abs. 2 aBV (Art. 95 Abs. 1), Art. 31^{sexies} aBV (Art. 97), Art. 64 aBV (Art. 122) und Art. 64bis aBV (Art. 123) erlassen. Mit Art. 96 Abs. 2 Bst. b erhielt das UWG eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage (vgl. Botsch. VE 96, 301).

47 Wie Art. 96 Abs. 1 und Art. 96 Abs. 2 Bst. a enthält auch Art. 96 Abs. 2 Bst. b einen verbindlichen Gesetzgebungsauftrag.

2. Umfang der Kompetenz und des Auftrags

2.1 Geltungsbereich

48 Während Art. 96 Abs. 1 und Art. 96 Abs. 2 Bst. a den persönlichen Geltungsbereich abstecken, fehlt in Art. 96 Abs. 2 Bst. b eine entsprechende Formulierung. Daraus folgt, dass grundsätzlich alle Subjekte, die in irgendeiner Form den Wettbewerb beeinflussen, von der gestützt auf Art. 96 Abs. 2 Bst. b erlassenen Gesetzgebung erfasst werden können (Anbieter, Nachfrager, Medien, Behörden etc.). Dem Gesetzgeber kommt die Aufgabe zu, den Geltungsbereich so festzulegen, dass daraus ein wirksamer Schutz vor unlauterem Wettbewerb resultiert. Das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses ist deshalb keine Voraussetzung, um in den Geltungsbereich der gestützt auf Art. 96 Abs. 2 Bst. b erlassenen Gesetzgebung zu fallen (Biaggini, Komm. BV, Art. 96, Rz. 12). Das BGer hat dies für das UWG bestätigt (vgl. etwa BGE 120 II 76 E. 3a, 78 f.; 117 IV 193 E. 1, 195 ff.; vgl. dazu auch Jung, in: Jung/Spitz, Komm. UWG, Art. 2, Rz. 18).

2.2 Ziel

49 Art. 96 Abs. 2 Bst. b verpflichtet den Bund, Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb zu treffen. *Unlauterer Wettbewerb* ist insofern ein neuer Verfassungsbegriff, als er in der aBV

noch nicht enthalten war. Aus den Materialien ergeben sich keine direkten Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Begriffs (vgl. Botsch. VE 96, 301; in den Räten wurde Art. 96 Abs. 2 Bst. b nicht diskutiert).

50 Dass der Verfassungsgeber den Begriff des unlauteren Wettbewerbs ohne Diskussion in die Verfassung aufgenommen hat, deutet darauf hin, dass er mit der vom Gesetzgeber bereits vorgenommenen Umschreibung des Begriffs im UWG grundsätzlich einverstanden war. Aufgrund dieser speziellen Entstehungsgeschichte (Schaffung der Verfassungsgrundlage nach dem Vorliegen des Gesetzes) lässt sich der Verfassungsbegriff mit Hilfe des (vorbestehenden) UWG konkretisieren. Gemäss Art. 2 UWG gilt als unlauter jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (vgl. dazu etwa Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Art. 2, Rz. 16 ff.; David/Jacobs, Wettbewerbsrecht, 24 ff.; Jung, in: Jung/Spitz, Komm. UWG, Art. 2, Rz. 9 ff.). Zudem stellt Art. 1 UWG klar, dass der unverfälschte Wettbewerb ebenfalls Schutzobjekt des Gesetzes ist, wodurch der ordnungspolitischen Dimension des Lauterkeitsrechts Rechnung getragen wird (vgl. dazu etwa Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Art. 1, Rz. 12 ff.; Jung, in: Jung/Spitz, Komm. UWG, Art. 1, Rz. 2 ff.).

51 Im Rahmen der historischen Auslegung von Art. 96 Abs. 2 Bst. b wird der Lauterkeitsbegriff des im Zeitpunkt der Verfassungsrevision geltenden UWG seine Bedeutung behalten. Jedoch ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht auf diesen Lauterkeitsbegriff beschränkt. Der unbestimmte Rechtsbegriff des unlauteren Wettbewerbs ist vom Gesetzgeber periodisch zu überprüfen und nötigenfalls an neue Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie oder Änderungen der Geschäftsmoral anzupassen (vgl. z.B. der am 1. Juli 2006 in Kraft getretene Art. 4*a* UWG zur Unlauterkeit der Bestechung [AS 2006 2371] oder der per 1. Juli 2012 revidierte Art. 8 UWG, mit dem die sog. abstrakte Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen in Konsumentenverträgen eingeführt wurde [AS 2011 4909]; kritisch zu dieser Entwicklung Weber, Lauterkeitsrecht, 232 ff., der darauf hinweist, dass das UWG immer mehr zu einem Konsumentenschutzgesetz konvertiere und das eigentliche Ziel – der Schutz des Wettbewerbs als Institution – in den Hintergrund trete).

2.3 Instrumente

52 Wie bei Art. 96 Abs. 1 und Art. 96 Abs. 2 Bst. a legt die BV lediglich das Ziel fest, überlässt die Wahl der Instrumente aber weitgehend dem Gesetzgeber. Dieser kann daher im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben frei entscheiden, welche Instrumente eingesetzt werden sollen.

53 Im geltenden UWG stehen die Instrumente der zivilrechtlichen Durchsetzung von Feststellungs-, Unterlassungs-, Publikations-, Schadensersatz- und Genugtuungsansprüchen im Vordergrund (vgl. Art. 9 ff. UWG), während den verwaltungs- und strafrechtlichen Instrumenten eher eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Mit den jüngeren Revisionen des UWG wurde die Bedeutung des Verwaltungs- und des Strafrechts allerdings erhöht (kritisch dazu Weber, Lauterkeitsrecht, 231 ff.; zu den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen vgl. Art. 16 ff. UWG und die VO vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen [Preisbekanntgabeverordnung, PBV, SR 942.211]; zu den strafrechtlichen Bestimmungen vgl. Art. 23 ff. UWG). Diese zivilrechtsorientierte Gesetzgebung ist sinnvoll, wird aber durch die Verfassung nicht vorgeschrieben.