



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 96 Abs. 2 lit. a BV

Eine Kommentierung von Patricia S. Kaiser
Herausgegeben von Stefan Schlegel / Odile Ammann

Stand der Bearbeitung: 25.08.2025

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20240210-085429-0

ZITIERVORSCHLAG

Patricia S. Kaiser, Kommentierung zu Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. XXX.

Art. 96 Wettbewerbspolitik

² Er trifft Massnahmen:

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

GLIEDERUNG

I. Kontext	3
Entstehungsgeschichte	3
A. Erste Preisüberwachungen	3
B. Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise»	3
1. Volksinitiative und Gegenentwurf des Bundesrats	3
2. Erster Verfassungstext	4
C. Verfassungsrevision und neue BV	4
II. Kommentar i.e.S.	5
A. Marktmacht und Missbräuche in der Preisbildung (Preissmissbrauch)	5
1. Terminologie der Marktmacht	5
a. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte	5
b. Gesetzliche Anhaltspunkte	5
2. Unterscheidung von Marktmacht und Marktbeherrschung	6
3. Missbräuche in der Preisbildung (Preissmissbrauch)	7
a. Unbestimmter Rechtsbegriff	7
b. Preis – Kasuistik	7
c. Missbrauchsprüfung	8
d. Tiefe Preise	8
B. Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts	8
C. Organisationsform	9
Weitere empfohlene Lektüre	10
Literaturverzeichnis	11

I. KONTEXT

- 1 Art. 96 BV bildet die Kompetenzgrundlage für drei unterschiedliche Bundeskompetenzen: Das Kartellrecht (in Abs. 1), das Preisüberwachungsrecht (in Abs. 2 lit. a) und das Recht des unlauteren Wettbewerbs (in Abs. 2 lit. b). Es handelt sich zwar bei allen drei Kompetenzen um wirtschaftsrechtliche Materien, aber dennoch um unterschiedliche Regulierungsbereiche. Vor der Totalrevision der Bundesverfassung waren diese denn auch auf unterschiedliche Artikel verteilt.¹ Sie werden hier in drei separaten Kommentierungen besprochen.²

ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Erste Preisüberwachungen

- 2 Bereits in der Zwischenkriegszeit, während des Zweiten Weltkrieges und danach kannte die Schweiz eine Preisüberwachung. Diese war **konjunkturpolitisch** ausgestaltet. Der Bundesbeschluss von 1972³ sollte der damaligen Konjunkturüberhitzung, die zu einem Nachfrageüberhang führte und damit eine erhebliche Inflation hervorrief, Herr werden.⁴ Ohne ordentliche Verfassungsgrundlage war die Geltungsdauer dieses – folglich extrakonstitutionellen (Art. 89^{bis} Abs. 1 und 3 aBV) – Bundesbeschlusses bis Ende 1975 befristet.⁵ So folgte der nächste Bundesbeschluss⁶, der jedoch eine veränderte Situation zu meistern hatte: Die Wirtschaftslage hatte sich in eine Rezession abgekühlt, wobei weiterhin eine verhältnismässig hohe Inflation in den Griff zu kriegen war.⁷

B. Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise»

1. Volksinitiative und Gegenentwurf des Bundesrats

- 3 Beflügelt vom guten Abstimmungsergebnis des Bundesbeschlusses von 1975 in der Volksabstimmung, lancierten die Konsumentenschutzorganisationen eine **Volksinitiative zur dauerhaften Einrichtung der Preisüberwachung** und zwar nicht (mehr) als konjunkturpolitische, sondern als wettbewerbspolitisch motivierte Massnahme. Der Bundesrat hingegen stellte der Volksinitiative einen Gegenentwurf mit einer konjunkturpolitisch motivierten und auf inflationäre Phasen beschränkte Preisüberwachung entgegen.⁸ In der Volksabstimmung vom 28. November 1982 sprach sich die Mehrheit von Volk und Ständen jedoch für die Volksinitiative und damit für eine **wettbewerbspolitische Motivierung** aus.⁹

1. Zum Ganzen, siehe OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV.

2. Vgl. OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV; die Kommentierung zu Art. 96 Abs. 2 lit. b ist bei Veröffentlichung dieser Kommentierung noch nicht erschienen.

3. Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne vom 20.12.1972 (AS 1972 2955, 3059; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über zusätzliche Massnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur vom 4.12.1972, BBl 1972 II 1541, Bundesbeschluss ab 1570 ff.).

4. Botschaft, BBl 1972 II 1541, S. 1554 f. und 1570.

5. Richli, S. 49.

6. Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 19.12.1975 (AS 1975 2509, 2552 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 29. September 1975, BBl 1975 II 1601 ff.).

7. Richli, S. 49.

8. So hätte im Konjunkturartikel (Art. 31^{quinquies}) folgender Absatz 2^{bis} eingeführt werden sollen: «Reichen die Massnahmen nach den Absätzen 1 und 2 nicht aus, so ist der Bund befugt, eine Preisüberwachung und die Herabsetzung ungerechtfertigter Preise, insbesondere für Kartelle und ähnliche Organisationen, anzuordnen. Solche Massnahmen sind zu befristen und bei Beruhigung der Preisentwicklung ausser Kraft zu setzen»; vgl. hierzu die Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981, BBl 1981 III 342, S. 374 ff.

9. Bovet, N. 3; Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 12.

2. Erster Verfassungstext

- 4 Der – damals – neue Art. 31^{septies} aBV lautete wie folgt:

«Zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung erlässt der Bund Vorschriften für eine Überwachung der Preise und Preisempfehlungen für Waren und Leistungen marktmächtiger Unternehmungen und Organisationen, insbesondere von Kartellen und kartellähnlichen Gebilden, des öffentlichen und privaten Rechts. Soweit es der Zweck erfordert, können solche Preise herabgesetzt werden.»

- 5 Der Zweck besagter Verfassungsnorm war,¹⁰ erhöhte Preise von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen sowie Organisationen aufgrund von fehlendem wirksamem Wettbewerb zu verhindern, **nicht aber Wettbewerb herzustellen**. Gemäss Botschaft handelt es sich also «um eine Art Wettbewerbsersatz-Politik [,] [...] die den anerkannt besten Preisüberwacher», nämlich den Wettbewerb, ablöst.¹¹
- 6 Die Herstellung von Wettbewerb war dem Kartellartikel (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV) und der Ausführungsgesetzgebung vorbehalten. Diese Verfassungsnorm hätte auch für die Einrichtung einer **wettbewerbspolitischen Preisüberwachung** genügt, da sie gegen jegliche Form volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen eine Grundlage bot.¹² Es bestand eine «parallele» Kompetenz des Bundes.¹³ Allerdings übertrug die neu geschaffene Grundlage von Art. 31^{septies} aBV dem Bundesgesetzgeber einen **spezifischen Gesetzgebungsauftrag**: Die Gewährleistung der wirksamen und raschen Überwachung der Preise marktmächtiger Gebilde. Dies verlangte einen **spezifischen Auftrag** und somit ein ganz **bestimmtes Instrument**.¹⁴

C. Verfassungsrevision und neue BV

- 7 Die beiden separaten Artikel wurden in der BV vom 18. April 1999 in Art. 96 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. a überführt. Letztgenannter Absatz gibt dem Bundesgesetzgeber wiederum den **verbindlichen Auftrag**, zusätzlich zum kartellrechtlichen Instrument **ein spezifisches wettbewerbspolitisches Instrumentarium**, nämlich die Preisüberwachung, einzusetzen.¹⁵ Dabei handelt es sich bei Art. 96 Abs. 2 lit. a BV um eine Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.¹⁶
- 8 Aufgrund der allgemeingültigen Regeln zur Auslegung von Verfassungsartikeln ist weiterhin von der **Gleichrangigkeit** von Kartell- und Preisüberwachungsartikel auszugehen.¹⁷ Somit hat die Totalrevision der Bundesverfassung an der eigenständigen Bedeutung der beiden Artikel für die Schweizer Wirtschaftsverfassung nichts geändert und der alte Rechtszustand wurde beibehalten.¹⁸

10. Die Neuformulierung in der aktuellen BV verfolgt weiterhin den gleichen Zweck.

11. Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 30.5.1984, BBl 1984 II 755, S. 795.

12. Lanz (2020), N. 15; Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 13 ff.; für die gleiche Geltung unter der neuen BV SGK-SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 28.

13. Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 16.

14. Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 16.

15. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, S. 301.; vgl. hierzu auch unten C. Organisationsform.

16. Biaggini, Art. 96 BV N. 8.

17. Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 755, S. 768: Gleichrangigkeit von Verfassungsnormen, sofern diese nicht selbst ein Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck bringen. So auch Lanz (2020), N. 18.

18. Bovet, N. 4; Lanz (2020), N. 18.

II. KOMMENTAR I.E.S.

A. Marktmacht und Missbräuche in der Preisbildung (Preissmissbrauch)

1. Terminologie der Marktmacht

a. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte

- 9 Voraussetzung für das staatliche Tätigwerden gegen die missbräuchliche Preisbildung bildet die **Marktmacht eines Unternehmens oder einer Organisation**. Der Begriff Marktmacht (bzw. das Adjektiv «marktmächtig») wird von der BV nur in besagtem Absatz verwendet. Darüber hinaus findet der Markt jedoch kaum Nennung und wird einzig in der Landwirtschaft (Art. 104) verwendet. Auch der Wortteil «Macht» findet in der BV keine Parallele. So ist einzig im Zusammenhang mit «machtpolitischer oder kriegerischer Bedrohung» im Rahmen der Landesverteidigung (Art. 102) davon die Rede.

b. Gesetzliche Anhaltspunkte

- 10 Auf gesetzlicher Ebene wiederholt das KG den Begriff der Marktmacht im Geltungsbereich, führt ihn aber nicht weiter aus. Hingegen erwähnt es in Art. 4 Abs. 2 «marktbeherrschende Unternehmen» und umschreibt deren Status damit, dass **in wesentlichem Umfang unabhängiges Verhalten** von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) ihrerseits möglich ist.
- 11 Das Preisüberwachungsgesetz (PüG)¹⁹ geht in seinem Geltungsbereich (Art. 1 f.) ebenfalls nicht auf den Begriff der Marktmacht ein und wiederholt bloss, dass es auf «marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts» Anwendung findet. Beim wettbewerbspolitischen Grundsatz von Art. 12 enthält es in Abs. 1 jedoch die Aussage, dass Preissmissbrauch nur vorliegen könne, «wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind».²⁰ Der **Zusammenhang von der Begrifflichkeit der Marktmacht mit dem fehlenden Wettbewerbsdruck** bzw. die inhaltliche Erschliessung über den Wettbewerb hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, indem es festhielt, dass im Grundsatz Preise, die das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind, nicht missbräuchlich sind.²¹ Und es hat weiter ausgeführt: «Dieses wirtschaft[s]systematische Grundverständnis ergibt sich aus der Bundesverfassung. So ist die Zuständigkeit des Bundes, Massnahmen gegen missbräuchliche Preise zu treffen, ausdrücklich beschränkt auf Missbräuche in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen (vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a BV). Diese Kompetenzdefinition sowie die Grundrechte der Eigentumsgarantie (Art. 26) und der Wirtschaftsfreiheit (27 BV) beruhen auf einem wirtschaftssystematischen Grundverständnis, das impliziert, dass missbräuchliche Preise nur vorliegen können, sofern auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Durch wirksamen Wettbewerb werden die Preisfestsetzungsspielräume automatisch auf ein nicht missbräuchliches Niveau beschränkt [...]»²² Auch wenn der «wirksame Wettbewerb» somit als wettbewerbspolitisches Leitbild gilt, ist für das PüG die Präzisierung zu beachten, dass sich die Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Preisbildung beziehen müssen.²³
- 12 Während Art. 94 BV – der Grundsatz der Wirtschaftsordnung – den privaten Wettbewerb vor staatlicher Deformation schützt, bezieht sich Art. 96 BV in erster Linie auf den Schutz des

19. SR 942.20, 20.12.1985.

20. Vgl. zum Begriff des Wettbewerbs Biaggini, Art. 96 BV N. 3 sowie SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 19.

21. Urteil des BVGer, B-8800/2010, 21.11.2012, E. 3.8.

22. Ebenda.

Wettbewerbs vor Privaten: Verbindendes Element der beiden Verfassungsnormen im gemeinsamen Abschnitt Wirtschaft stellt folglich der Schutz des Wettbewerbs dar (vgl. jedoch sogleich [N. 13](#)). Die Bestimmungen lassen sich nicht lupenrein trennen und komplementieren sich.²⁴ Die von Art. 96 BV intendierte Wettbewerbspolitik soll eine **wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung** sicherstellen, womit sie mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) grundsätzlich harmoniert.²⁵ Die in Art. 96 BV geregelte Wettbewerbspolitik steht zudem mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) in Einklang.²⁶ So kann erstere – wettbewerbsrechtlich motivierte Massnahmen – letztere – grundrechtlich geschützte Positionen – auch einschränken: Massstab bildet Art. 36 BV.²⁷ Diese Systematik erhellt, dass die Wettbewerbspolitik i.S.v. Art. 96 BV ein taugliches Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 BV und somit zur Einschränkung des Individualrechts darstellt. Daraus leitet die Lehre mehrheitlich ab, dass auch der Absatz zur Preisüberwachung den Wettbewerb schütze und somit der Schutz des Wettbewerbs ein legitimes Interesse i. S. v. Art. 36 Abs. 2 BV darstelle.²⁸

- 13 M. E. schützt der Absatz zur Preisüberwachung hingegen die Kehrseite des wirksamen Wettbewerbs: Die privaten und kommerziellen Nachfragerinnen und Nachfrager sind **vor den Folgen des fehlenden Wettbewerbs** zu schützen. Der Absatz zur Preisüberwachung und folglich das PÜG kommen eben genau dann zur Anwendung, wenn der Wettbewerb nicht ausreichend spielt, was primär aus rechtlichen (gesetzliche Monopole, z. B. Gebäudeversicherung) oder faktischen Gründen (natürliche Monopole wie z. B. das Gasnetz) der Fall ist. Allerdings ist es irrelevant, ob der Wettbewerb aus übergeordneten öffentlichen Interessen nicht erwünscht ist (wie bspw. im Bereich der Landwirtschaft) oder aber nicht gelingt (wobei der Markt theoretisch spielen könnte, wie bspw. bei den Transaktionsgebühren von Wordline vgl. unten [N. 18](#)). Somit ist die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb Einfallstor des Staates für Eingriffe gemäss Art. 36 Abs. 2 BV.

2. Unterscheidung von Marktmacht und Marktbeherrschung

- 14 Das BVGer hat festgehalten, dass zwischen der preisüberwachungs- und der kartellrechtlichen Missbrauchsabklärung ein kleiner, aber wesentlicher Unterschied bestehe.²⁹ Weil die WEKO Preisausbeutungen im Gegensatz zum Preisüberwacher mit Verwaltungssanktionen belegen kann (Art. 49a Abs. 1 KG), hat der Gesetzgeber für sie auch «eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt».³⁰ Aus diesem Grund genügt für die Intervention des Preisüberwachers bei Vorliegen von Marktmacht die **Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb**. Marktbeherrschung als qualifizierte Marktmacht³¹ ist für die WEKO hingegen Eingriffsvoraussetzung nach Art. 7 KG.³² Insofern ist Marktmacht i. S. v. Art. 2 Abs. 1 KG Aufgreif-, nicht aber Eingriffskriterium. Das bedeutet, dass das KG auf Marktmacht angewendet wird (Art. 2 Abs. 1), der Tatbestand von Art. 7 KG jedoch erst bei Vorliegen von Marktbeherrschung (neben relativer Marktmacht) i.V.m. einer tatbestandlich erfassten unzulässigen

23. Lanz (2020), N. 26.

24. Vgl. für Einzelheiten BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 7.

25. Biaggini, Art. 96 BV N. 1.

26. Vgl. für Einzelheiten BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 8.

27. Biaggini, Art. 96 BV N. 1; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9.

28. So SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 7; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9.

29. Urteil des BVGer B-2050/2007, 24.2.2010, E. 11.3.3.

30. Ebenda.

31. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, S. 547 f., in diesem Sinne auch Lanz (2020), N. 20 und Künzler/Lötscher, Art. 2 PÜG N. 2; a. M. und somit von Deckungsgleichheit von Marktbeherrschung und Marktmacht gehen folgende Autoren aus: SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 33; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 17. Unklar Biaggini, Art. 96 BV N. 9 und Weber, Art. 2 PÜG N. 7, weil für ihn der Marktmachtbegriff «eine Erweiterung erfahren» habe, in der Praxis «die meisten Untersuchungen des Preisüberwachers» jedoch «marktmächtige Unternehmen» betreffen.

32. Lanz (2020), N. 21 ff.

Verhaltensweise greift. Dies im Unterschied zum PüG, für welches die Marktmacht massgebender Unterstellungstatbestand und Eingriffsvoraussetzung darstellt.³³ Die Marktmacht liegt folglich «zwischen normalem Markteinfluss und Marktbeherrschung»³⁴.

3. Missbräuche in der Preisbildung (Preissmissbrauch)

a. Unbestimmter Rechtsbegriff

- 15 Beim im Verfassungstext weiter genannten Preissmissbrauch («Missbräuchen in der Preisbildung») handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**.³⁵ Wie bereits erwähnt, kennt das PüG keine Legaldefinition des Preissmissbrauchs, verbindet diesen jedoch mit wirksamem Wettbewerb und schliesst Preissmissbrauch bei dessen Vorliegen aus (Art. 12 Abs. 1 PüG).

b. Preis – Kasuistik

- 16 Das PüG «gilt für **Preise von Waren und Dienstleistungen** einschliesslich der Kredite. Ausgenommen sind Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Kredittätigkeit der Schweizerischen Nationalbank» (Art. 1).³⁶
- 17 Ökonomisch betrachtet bildet der Preis «den **in Geldeinheiten ausgedrückten Tauschwert eines Gutes**»³⁷. Er ist ein «Knappheitsindikator»³⁸. Daraus erhellt, dass Steuern als voraussetzungslos geschuldete Abgaben keine Preise im Sinne der Verfassungsnorm und damit auch des PüG sein können. Genauso wenig ist bspw. eine privatrechtliche Mahngebühr oder eine Busse ein Preis. Bei Gemengsteuern ist die Frage zu klären, ob der fiskalische Anteil der Abgabe dominiert: in diesem Fall stellen sie ebenfalls keinen Preis dar.³⁹ Hingegen fallen Benützungsgebühren aller Art als Entgelt für die Beanspruchung einer Leistung eines öffentlichen Betriebs, einer Anlage oder einer Einrichtung in den sachlichen Geltungsbereich des PüG. Dabei handelt es sich bspw. um kommunale Versorgungs- und Entsorgungsbetriebe (Elektrizitätswerke, Gas- und Wasserwerke, Kehrrichtverbrennungs- sowie Abwasseranlagen), Taxen für Park- und Marktgebühren sowie Verkehrsbetriebe oder Flughafengebühren. In der Praxis sind folglich stets die Eigenart und der Charakter der fraglichen Abgabe sowie der gegenüberstehenden Leistung zu prüfen.
- 18 Schliesslich handelt es sich auch **beim Entgelt von Waren und Dienstleistungen marktmächtiger Unternehmen** um tatbestandlich erfasste Preise. Beispiele dafür sind Brief- oder Paketporti durch die Schweizerische Post AG, Transaktionsgebühren der Worldline Schweiz AG (vor November 2021 SIX Payment Services AG) oder Vorleistungspreise von Telekommunikationsunternehmen wie der Swisscom AG.

33. Lanz (2020), N. 21 ff., der darauf hinweist, dass diese Auslegung gerichtlich bestätigt ist und der Praxis von WEKO und der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin entspreche; vgl. REKO WEF GB/2001-1, E. 6; BGE 130 II 449 E. 5.1 f. und 5.8; BVGer, 24. 2. 2010, 2050/2007, E. 11.3 und E. 11.3.3.4; indirekt bestätigt habe das BVGer das Verfügungsrecht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin bei marktmächtigen Unternehmen auch in den Fällen B-5436/2011 und B-3863/2013 (Quellen für die Gerichtspraxis) und RPW 2004/4, 1277 ff. N. 9; RPW 2005/4, 718 ff. N. 13 m. w. H.; Lanz (2020), N. 20 ff.

34. Lanz (2020), N. 20.

35. Lanz (2020), N. 28.

36. Hervorhebung durch die Verfasserin.

37. Gabler Wirtschaftslexikon, «Preis», <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/preis-46701>, besucht am 15.1.2023.

38. Richli, S. 55.

39. Lanz (2020), N. 50 f.

- 19 Einen guten Überblick über die verschiedenen, von der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin überwachten Preise, bietet die Sammlung Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), die **im fünften Teil jeweils die Jahresberichte** der Preisüberwachung enthält.⁴⁰

c. Missbrauchsprüfung

- 20 Art. 13 PüG liefert eine Liste mit Beurteilungselementen für die Missbrauchsprüfung bei Erhöhung oder Beibehaltung von Preisen. Diese ist nicht abschliessend («insbesondere») und die einzelnen Elemente stehen auch nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander. Im Übrigen steht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin in ihrer Auswahl und Abwägung **ein grosses Ermessen** zu.⁴¹ So hat die «Annäherung an den Begriff [...] deshalb von der generellen Zweckbestimmung einer wettbewerbspolitischen Preisüberwachung auszugehen».⁴² Denn diese Kriterien eignen sich auch für das verfassungsrechtliche Verständnis des Preismissbrauchs.⁴³
- 21 Mit dem Erfordernis eines Missbrauchs kommt zum Ausdruck, dass es um eine gewisse «Überhöhung» des Preises geht.⁴⁴ Dabei soll den Unternehmen weiterhin **ein angemessener Gewinn** (Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG) zustehen. Gemäss Bundesgericht muss der Gewinn eine übliche Verzinsung auf dem Eigenkapital und eine marktgerechte Risikoprämie umfassen.⁴⁵ Anhaltspunkte für übermässig hohe Gewinne bilden die Höhe der Rückstellungen und Reserven sowie der Gewinnausschüttungen an die Kapitalgeber.⁴⁶

d. Tiefe Preise

- 22 **Missbräuchlich tiefe Preise** werden vom Tatbestand hingegen nicht erfasst. Diese können entweder Ausdruck einer Lockvogelpolitik im Sinne des UWG oder Ausdruck von Nachfragemacht darstellen und somit in den Anwendungsbereich des KG fallen.⁴⁷ Nachfragemacht kann folglich nicht unter Art. 96 Abs. 2 lit. a BV subsumiert werden, was sich bereits aus den Materialien ergibt.⁴⁸

B. Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts

- 23 Wie aus dem Verfassungstext klar hervorgeht, ist der **erfasste Personenkreis äusserst weit**: Die Preisüberwachung umfasst selbst staatlich beherrschte Unternehmen sowie das Gemeinwesen und damit bestimmte öffentliche Abgaben (siehe N. 17).⁴⁹ Die Formulierung orientiert sich am Kartellrecht.
- 24 Eingeschränkt werden die Kompetenzen der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin in diesem Bereich aus **direkt-demokratischen Überlegungen** hingegen vom

40. Abrufbar unter www.preisueberwacher.admin.ch, > Dokumentation > Publikationen > Jahresberichte > besucht am 21.1.2023.

41. BGE 130 II 449 E. 6.1; Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 773, S. 787 f.; Schürmann/Schluep, Art. 13 PüG N. 4; Weber, Art. 13 PüG N. 8.

42. Lanz (2020), N. 29.

43. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 24.

44. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 24; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 38, spricht gar von «qualifizierte Form überhöhter Preise».

45. BGE 130 II 449 E. 6.8.1.

46. Lanz (2020), N. 79.

47. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 39; Lanz (2020), N. 30, Rhinow, Art. 31^{septies} aBV N. 36.

48. Botschaft zum PüG, BBl 1984 II 755, S. 767; Biaggini, Art. 96 BV N. 9; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 34; Lanz (2020), N. 30; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 19.

49. Biaggini, Art. 96 BV N. 10; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 32, 36; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 22; vgl. zu den administrierten Preisen zudem den Bericht der Preisüberwachung, Administrierte Preise: Rechtssituation, Ökonomie und Inventarisierung: Ein Bericht der Preisüberwachung an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vom April 2005 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/administrierte_preise.pdf.download.ppd/administrierte_preise.pdf, besucht am 21.1.2023.

PüG. Sofern ein Preis von einer staatlichen Behörde festgesetzt oder genehmigt wird, steht der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin einzig ein verschärftes Empfehlungsrecht zu (Art. 14 f. PüG).

C. Organisationsform

- 25 Uneinheitlich wird in der Lehre die Frage beantwortet, ob die **Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin (Art. 3 PüG) und somit das Instrumentarium der Preisüberwachung von der Verfassung vorgeschrieben** werden. So wird teilweise vertreten, dass sich die Aufgabenteilung historisch zwar mit der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin etabliert habe, diese jedoch auch abgeschafft werden könnte. Der Gesetzgeber sei frei, die Aufgabenteilung zwischen WEKO und Preisüberwachung festzulegen.⁵⁰ Begründet wird dies nicht zuletzt mit «schwierigen Abgrenzungsfragen», da sich Art. 16 Abs. 2 PüG und Art. 3 Abs. 3 KG, welche die Aufgabenteilung der beiden Behörden regeln, teilweise widersprechen und zu aufwändigen Parallelverfahren und Widersprüchen in der Rechtsanwendung führen würden.⁵¹ Im Behördenalltag ist von dieser Tragik wenig bis nichts zu spüren. So arbeiten die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin und die WEKO nicht nur zusammen (Art. 5 Abs. 1 PüG), sondern orientieren sich auch über wichtige Entscheidungen. In diesem Sinne beteiligt sich die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin mit beratender Stimme auch an den Sitzungen der WEKO.⁵² Darüber hinaus übergeben sich die beiden Behörden Fälle zur Bearbeitung, je nachdem, wie sich der Sachverhalt gestaltet und welche Aspekte im Vordergrund stehen.⁵³
- 26 M. E. ist die Ansicht wenig überzeugend, dass die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin von der geltenden Verfassungsbestimmung nicht verlangt werde. Sie reduziert sich auf eine rein grammatikalische Auslegung. **Systematisch und historisch betrachtet erhellt die separate Funktion** der Preisüberwachung mit der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin an ihrer Spitze schon nur deshalb, weil mit der Totalrevision der Bundesverfassung inhaltlich keine Anpassungen intendiert waren und das Instrument der wettbewerbspolitischen Preisüberwachung klar vorgegeben war.⁵⁴ Im Unterschied zu anderen Verwaltungsbereichen im Generellen und der WEKO im Besonderen, ist die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin eine mit «grosser Ausstrahlungskraft», die versuchen soll, «in Gesprächen einen Beitrag zu einer einvernehmlichen Regelung zu leisten».⁵⁵ Art. 9 PüG – die Norm zur Suche einer einvernehmlichen Regelung zwischen der Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin und den Betroffenen – kommt somit sowohl eine präventive als auch pädagogische Funktion zu. Diese vermittelnde Funktion kann nicht von einem Gremium wie eine Wettbewerbsbehörde ausgeführt werden, sondern verlangt eine Mediatoren-Persönlichkeit. So hat die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin aufgrund seiner bzw. ihrer Historie eine besondere Stellung inne. Art. 9 PüG – der Kern des PüG – führt die Grundsätze weiter, welche die notrechtliche

50. So Biaggini, Art. 96 BV N. 11; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 43; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 26; während aber BSK-Uhlmann am Instrument der Preisüberwachung nicht zweifelt, hält Jacobs fest, dass die geltende Verfassung auf die Vorgabe jeglichen Instruments verzichte. Auch er muss jedoch zugestehen, dass eine gewisse Form der Überwachung für die Umsetzung der Verfassungsvorgabe (wirksame Massnahmen gegen Preismissbräuche) erforderlich ist, weshalb «[d]ie Konsequenzen dieser Änderung (...) allerdings nicht überschätzt werden [dürfen]» A. M. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 301; Lanz (2020), N. 17.

51. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 45; auch Dietrich/Bürgi plädieren dafür, dass unter der geltenden Rechtsordnung die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin nur noch für administrierte Preise zuständig sei.

52. Vgl. für Einzelheiten Lanz (2020), N. 39 ff.

53. Vgl. hierzu tiefgreifend Lanz (2021).

54. Lanz (2020), N. 17 m.w.N.

55. Weber, Art. 9 PüG N. 2.

konjunkturpolitische Preisüberwachung von 1973–1978 prägte. Daraus erhellt, dass die Person des Preisüberwachers bzw. der Preisüberwacherin im Fokus steht. Sie befindet sich wie eine Art Delegierte im Zentrum zwischen den betroffenen Unternehmen und den Konsumentinnen und Konsumenten.⁵⁶ Zudem sei noch folgender Aspekt erwähnt: Für die zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981 zeitgleich stattfindende Revision des Kartellgesetzes hatte die Expertenkommission die Integration von Preisüberwachungsartikeln und deren Vollzug durch die WEKO vorgeschlagen. Nach der Vernehmlassung hat der Bundesrat diese jedoch unter Verweis auf die hängige Volksinitiative sowie parlamentarische Vorstösse gestrichen.⁵⁷ Dieser Vorgang untermauert m. E. den Umstand, dass die Preisüberwachung nicht von einem Gremium oder einer Behörde (WEKO oder Preisüberwachung) – alleine – umgesetzt werden soll und kann. Selbst wenn diese Funktion also – ausschliesslich systematisch betrachtet – erst im Gesetz angelegt werden könnte, ist es das Zusammenspiel aus Systematik und Historie, welches diesen Fehlschluss untersagt.

Zu der Autorin

Dr. iur. Patricia S. Kaiser, LL.M., studierte an den Universitäten Basel, Freiburg i.B. und Strassburg Recht. Danach arbeitete sie während sechs Jahren im Bundesamt für Justiz und betreute mehrheitlich das Dossier der fürsorglichen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981. Berufsbegleitend verfasste sie eine Dissertation im Völkerrecht und spezialisierte sich im Verwaltungsrecht. Nach Abschluss ihrer Mediationsausbildung wechselte sie in den Rechtsdienst des Preisüberwachers, den sie heute leitet.

Die Autorin freut sich über Feedback zum vorliegenden Artikel auf patricia.kaiser@pue.admin.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Aeberhard Kurt, Der Preissmissbrauch im schweizerischen Kartellrecht, Diss., Bern 1979.

Bonvin Jacques/Olivier Schaller, in Martenet, Bovet, Tercier (éditeurs), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2012, ad Art. 12 et 13 LSPr, p. 1739 ss.

Decker Christopher, Modern Economic Regulation, An Introduction to Theory and Practice Illustrated, 2. Aufl., Cambridge 2023.

Preisüberwachung, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen

Elektrizitätsnetzbetreiber, Erste Fassung, Gekürzte Version ohne Vorwort, Bern 2006 <https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/netznutzungsentgelte.pdf>, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von (akut-)stationären Spitaltarifen, Aktualisierte Version Bern 2022 [https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/](https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/)

[praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/](https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/)
[Praxis%20des%20Preis%C3%BCberwachers%20bei%20der%20Pr%C3%BCfung%20von%20\(akut-\)station%C3%A4ren%20Spitaltarifen.pdf](https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/), besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Schweizer Gasmarkt und Kosten des Netzzugangs, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung für schweizerische Gasnetze, Erste Fassung, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/preisueberwachung_schweizer_gasmarkt_und_kosten_des_netzzugangs.pdf.download.pdf/

www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf, besucht am 15.5.2023.

Richli Paul, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, in: Peter Nobel/Robert E. Leu (Hrsg.), *Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes*, Jg. 41, Heft 4/1989, S. 191–209.

Schluep Walter R., «Wirksamer Wettbewerb», Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987.

Surveillance des Prix, Le marché suisse du gaz et la rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau gazier en Suisse, première version, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/le_marche_suissedugazetlaretributiondelutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Pratique du Surveillant des prix dans l'examen des tarifs hospitaliers des soins stationnaires (aigus), version mise à jour, décembre 2022, [https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachters_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.ad.pdf/Pratique%20du%20Surveillant%20des%20prix%20dans%20l%E2%80%99examen%20des%20tarifs%20hospitaliers%20des%20soins%20stationnaires%20\(aigus\).pdf](https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachters_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.ad.pdf/Pratique%20du%20Surveillant%20des%20prix%20dans%20l%E2%80%99examen%20des%20tarifs%20hospitaliers%20des%20soins%20stationnaires%20(aigus).pdf), besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau électrique en Suisse, première version, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/retribution_de_lutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Toller Marco, Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1983.

Viscusi W. Kip/Harrington Jr. Joseph E./Sappington David E. M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 5. Aufl., Cambridge/London 2018.

Volkart Rudolf/Wagner Alexander F., *Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition*, 7. Aufl., Zürich 2018.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, Art. 96 BV, in: Biaggini Giovanni, *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovet Christian, Introduction à la Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr) du 20 décembre 1985 (RS 942.20), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercie Pierre, 2. Aufl., Basel 2013.

Dietrich Marcel/Bürgi Alexander, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Amstutz Marc/Berger Mathis/Borer Jürg/Hilty Reto M./La Spada Anne-Virginie/

56. Kaiser, 174.

57. Vgl. Richli, 1984, 49 ff. für Einzelheiten.

Mathys Roland/Rigamonti Cyrill P./Thouvenin Florent/de Werra Jacques/Wild Gregor, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2005, S. 179–88.

Jacobs Reto, Art. 96, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kaiser Patricia S., Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2023.

Künzler Adrian/Richard Lötscher, Nr. 4 PüG, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 276–278.

Lanz Rudolf, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 873–923.

Lanz Rudolf, Art. 3 Abs. 3 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31^{septies}, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1991.

Richli Paul, Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, in: Revue de droit suisse, Band 103, 1984, cahier 1.

Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kartellgesetz + Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Weber Rolf H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009.