



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 96 Abs. 1 BV

Eine Kommentierung von Andreas Heinemann
Herausgegeben von Stefan Schlegel / Odile Ammann

ZITIERVORSCHLAG

Andreas Heinemann, Kommentierung zu Art. 96 Abs. 1 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Heinemann, Art. 96 Abs. 1 BV N. XXX.

Art. 96 Wettbewerbspolitik

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

GLIEDERUNG

| | |
|--|----|
| I. Gesamtkonzeption von Art. 96 BV und Stellung in der Wirtschaftsverfassung | 3 |
| A. Struktur von Art. 96 BV | 3 |
| B. Bezug zur Wirtschaftsfreiheit und zum Binnenmarkt | 4 |
| C. Konsumentenschutz | 4 |
| D. Weitere verfassungsrechtliche Bezüge | 5 |
| E. Gang der Darstellung | 5 |
| II. Entstehungsgeschichte von Art. 96 Abs. 1 BV | 6 |
| A. Die «neuen» Wirtschaftsartikel von 1947: Der «alte» Kartellartikel | 6 |
| B. Der Kartellartikel der revidierten Bundesverfassung | 7 |
| III. Kontext | 10 |
| A. Tragweite von Art. 96 Abs. 1 BV | 10 |
| B. Die Begriffe «Missbrauchsprinzip» und «Verbotsprinzip» | 11 |
| C. Festlegung auf das Missbrauchsprinzip? | 12 |
| D. Fazit | 15 |
| IV. Kommentar i.e.S. | 15 |
| A. «erlässt» | 15 |
| B. «Vorschriften» | 16 |
| C. «Schädliche Auswirkungen» | 16 |
| D. «volkswirtschaftlich oder sozial» schädlich | 19 |
| E. «von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» | 20 |
| F. «gegen» | 22 |
| G. Ausblick | 22 |
| Weitere empfohlene Lektüre | 23 |
| Literaturverzeichnis | 24 |
| Materialienverzeichnis | 27 |

I. GESAMTKONZEPTION VON ART. 96 BV UND STELLUNG IN DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

A. Struktur von Art. 96 BV

- 1 Art. 96 BV hat Bundeskompetenzen für drei wichtige wirtschaftsrechtliche Regelungsmaterien in einem Artikel vereint: Absatz 1 der Vorschrift betrifft das **Kartellrecht**, Absatz 2 lit. a das **Preisüberwachungsrecht**¹ und Absatz 2 lit. b das **Recht gegen den unlauteren Wettbewerb**². In der alten Bundesverfassung waren diese drei Bereiche auf unterschiedliche Vorschriften verteilt: Die Zuständigkeit für das Kartellrecht war in Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV verankert, der als einer der «neuen Wirtschaftsartikel» im Jahr 1947 angenommen worden war. Art. 31^{septies} aBV zur Preisüberwachung ging auf eine Volksinitiative zurück, die 1982 angenommen wurde. Und die Bundeskompetenz für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb war nicht speziell geregelt, sondern wurde u.a. aus der Zuständigkeit für die Regelung der privatrechtlichen Erwerbstätigkeit abgeleitet (Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV).
- 2 Die gemeinsame Klammer der drei Kompetenzfelder ist der **Wettbewerbsbezug**. Zwar definiert die Verfassung nicht, was unter Wettbewerb verstanden wird, sondern überlässt die nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber.³ Das Vorverständnis hinsichtlich der drei Gebiete kann aber wie folgt skizziert werden: Während das Kartellrecht die Freiheit und die Wirksamkeit des Wettbewerbs schützt, geht es im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb um die Fairness im Wirtschaftsprozess. Kartellrecht bekämpft also die «Unterkühlung» des Wettbewerbs, nämlich funktionswidrige Beschränkungen, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb hingegen eine «Überhitzung», nämlich funktionswidrige Exzesse.⁴ Das Preisüberwachungsrecht ist aufgrund seiner Ausrichtung auf Marktmacht systematisch dem Kartellrecht zuzuordnen und schützt die Marktteilnehmer vor Wettbewerbsdefiziten in preislicher Hinsicht.⁵ Aufgrund des spezifischen Gesetzgebungsauftrags in Art. 96 Abs. 2 lit. a BV stellt es eine eigenständige wettbewerbspolitische Säule dar.⁶ Die gesetzestechnische Einreihung in Absatz 2 zusammen mit dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb ist angesichts des kartellrechtlichen Charakters der Preisüberwachung nicht überzeugend.⁷
- 3 Der mit «Wettbewerbspolitik» überschriebene Art. 96 BV lässt sich also insgesamt als **Wettbewerbsartikel** bezeichnen, der aus einem **Kartellartikel** (Art. 96 Abs. 1 BV), einem **Preisüberwachungsartikel** (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV) und einem **Unlauterkeitsartikel** (Art. 96 Abs. 2 lit. b BV) besteht.⁸ Typologisch handelt es sich bei Art. 96 BV um eine sachlich begrenzte Kompetenznorm mit nachträglich derogatorischer Wirkung, die dem Bund die (Gesetzgebungs-)Zuständigkeit für die genannten Felder zuweist.⁹ Soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht, bleiben die Kantone zuständig.¹⁰ Auf dem Gebiet

1. S. OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV.

2. Kommentierung erscheint demnächst.

3. Vgl. Hettich (2003) Rn. 200 ff., insbesondere auch Rn. 216; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 14; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 6.

4. BSK-Hilty, Art. 1 UWG N. 142; Thouvenin, 152 ff.

5. Vgl. Botschaft 1996 (BV), S. 301; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 20, spricht von «einer gewissen Verdopplung der bundesrechtlichen Kompetenz».

6. OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 6 ff.

7. Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 8 («eher zufällig»).

8. Die beiden ersten Begriffe sind in der Literatur üblich (s. z.B. Biaggini, Art. 96 BV N. 5 und 8), der dritte sei hier vorgeschlagen.

9. Biaggini, Art. 96 BV N. 5, 8; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 4; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 1; zur Zentralisierung der Umsetzung auf Bundesebene s.u. N. 43.

10. Wenn keine ausschliessliche Bundeskompetenz vorliegt. Art. 96 BV sieht aber lediglich eine konkurrierende Bundeszuständigkeit vor, s. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 19, 33, 44 ff.

des Kartell- und Preisüberwachungsrechts hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz erschöpfenden Gebrauch gemacht, so dass kein Platz für kantonales Kartell- oder Preisüberwachungsrecht verbleibt.¹¹ Entsprechend verhält es sich beim Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, nur dass hier die Kantone einschlägige Kompetenzen auf dem Gebiet der Gewerbepolizei behalten haben.¹²

B. Bezug zur Wirtschaftsfreiheit und zum Binnenmarkt

- 4 Die Zusammenfassung der drei Teilgebiete in einem Artikel unterstreicht die Bedeutung des Wettbewerbsschutzes im Gesamtgefüge der Wirtschaftsverfassung.¹³ Ein enger Bezug besteht zu der in Art. 27 BV grundrechtlich und in Art. 94 BV institutionell verbürgten **Wirtschaftsfreiheit**: Einerseits soll unternehmerische Initiative vor staatlichen Beschränkungen geschützt werden. Andererseits sollen Unternehmen den Wettbewerb nicht durch Kartelle oder andere Wettbewerbsbeschränkungen beschädigen oder durch unlauteres Verhalten verzerren.¹⁴ Beide Schutzrichtungen kommen zusammen, wenn der Wettbewerb durch öffentliche Unternehmen beschränkt wird. Es folgt bereits aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, dass das Kartellrecht gleichermassen auf private und öffentliche Unternehmen anwendbar ist.¹⁵ Die gelegentlich zu lesende Formulierung, das Kartellrecht habe die Funktion, «private» Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen,¹⁶ ist deshalb reduktionistisch. Ganz allgemein geht es um Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen (auf dem Gebiet des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auch durch andere Marktakteure), seien diese privat oder öffentlich. Der Wirtschaftsverfassungsgeber erteilt dem Gesetzgeber für den Bereich der Wirtschaft den Auftrag, eine marktwirtschaftliche Ordnung zu konstituieren, die auf dem **Prinzip Wettbewerb** gründet.¹⁷
- 5 Dem Abbau öffentlicher Handelsbeschränkungen dient auch Art. 95 BV, insbesondere sein Absatz 2. Durch einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sollen die interkantonalen Einschränkungen beseitigt werden.¹⁸ Die Herstellung eines landesweiten Binnenmarktes dient der Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit.¹⁹ Das Binnenmarktgesetz füllt diese Vorgaben aus.²⁰

C. Konsumentenschutz

- 6 Auch besteht eine enge Verbindung zum **Konsumentenschutz**. Nur bei funktionierendem Wettbewerb kommen die Konsumentinnen und Konsumenten in den Genuss von Produkten, die so günstig, qualitativ hochwertig und innovativ sind wie möglich. Die Wettbewerbswirtschaft garantiert

11. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 19, 34 (unter Hinweis auf die kantonalen Kompetenzen im Bereich der kantonal administrierten Preise, in Bezug auf welche die Preisüberwachung nur ein Anhörungsrecht hat, vgl. Art. 14 PüG).

12. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 46 (unter Hinweis auf Art. 335 StGB).

13. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 2.

14. Vgl. DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 17: Der Schutz des Wettbewerbs vor dem Staat nach Art. 94 BV lässt sich als «negative Wettbewerbsgarantie» bezeichnen, der Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 96 BV als «positive Wettbewerbspolitik».

15. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 6; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 7 (mit Bestimmung des Verhältnisses zwischen Art. 94 und 96 BV).

16. S. z.B. Botschaft 1994, S. 474.

17. Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 1 («Sicherung einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung»); CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 36 («choix clair du Constituant en faveur d'une économie de marché dont la libre concurrence est un principe fondamental»); SGK-Vallender/Hettich, Vorb. zur Wirtschaftsverfassung N. 4, 6 f. (die Vorschriften enthalten einen «ordnungspolitischen Grundentscheid für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft»).

18. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 5.

19. Winistörfer (2021), S. 621.

20. Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6.10.1995 mit Änderungen (SR 943.02).

Konsumentensouveränität, räumt also den Akteuren am Ende der Wertschöpfungskette die Entscheidung darüber ein, was in der Volkswirtschaft produziert wird. Wird der Wettbewerbsmechanismus durch Beschränkungen oder Verfälschungen gestört, verlieren die Konsumenten ihre Souveränität.²¹ Aufgrund dieses engen Zusammenhangs sah der Verfassungsentwurf von 1995 noch vor, die Bundeskompetenz für den Konsumentenschutz in den Wettbewerbsartikel zu integrieren (Art. 78 Abs. 3 VE 95). Da aber Fragen des Konsumentenschutzes über Fragen des Wettbewerbs hinausgehen, fiel die Wahl schliesslich auf einen eigenen Konsumentenschutzartikel, nämlich Art. 97 BV.²² Stets ist aber das Zusammenspiel zwischen Wettbewerb und Konsumentenschutz zu beachten: Schutz des Wettbewerbs schützt auch die Konsumenten. Und gut informierte Konsumenten sorgen dafür, dass der Wettbewerb seine Funktionen verwirklichen kann.²³

D. Weitere verfassungsrechtliche Bezüge

- 7 Marktwirtschaft ist kein Naturzustand, sondern bedarf zu ihrer Realisierung verschiedener **Garantien**. Das Eigentum ist zu gewährleisten (Art. 26 BV), und zwar sowohl das private und öffentlich-rechtlich erworbene Sacheigentum als auch das geistige Eigentum. Es muss Vertragsfreiheit herrschen, die vom Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit umfasst wird. Dasselbe gilt für das Recht, Kräfte und Mittel vieler z.B. in Gesellschaften zu bündeln. Das gute Funktionieren der Marktwirtschaft hängt von einer stabilen Währung ab (s. Art. 99 BV und das NBG²⁴).²⁵ Schliesslich muss Rechtsgleichheit herrschen (Art. 8 BV).
- 8 Es gibt auch Spannungen zwischen dem Prinzip Wettbewerb und einzelnen Verfassungsbestimmungen. So gewährt Art. 28 BV Arbeitnehmern und Arbeitgebern **Koalitionsfreiheit**, also das Recht, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen kollektiv auszuhandeln und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen. Überschreiten die Sozialpartner diese Grenzen nicht, ist Kartellrecht nicht anwendbar und ist der Wettbewerbsmechanismus insoweit ausser Kraft gesetzt.²⁶
- 9 Schliesslich enthält die Bundesverfassung inner- und ausserhalb des Abschnitts über Wirtschaft zahlreiche **Politikbereiche** und **Wirtschaftssektoren**, für die besondere Vorschriften aufgestellt werden, z.B. über öffentliche Werke und Verkehr (Art. 81 ff. BV), Energie und Kommunikation (Art. 89 ff. BV), Landwirtschaft (Art. 104 BV) und Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit (Art. 108 ff.). Nur relativ selten erlauben diese Vorschriften dem Bund, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen (s. z.B. Art. 104 Abs. 2 BV).²⁷ Das Wettbewerbsprinzip wird hierdurch nicht aufgehoben; so haben die Massnahmen beispielsweise den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu respektieren.²⁸

E. Gang der Darstellung

- 10 Die drei in Art. 96 BV angesprochenen Regelungsmaterien, also Kartell-, Preisüberwachungs- und Lauterkeitsrecht, streben den **Schutz des wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs** an bzw. korrigieren Fehlentwicklungen, wenn es bereits zu einer Beschädigung des Wettbewerbs gekommen

21. Vgl. Winistörfer (2021), S. 623 f.

22. S. hierzu Botschaft 1996 (BV), S. 302.

23. S. zu diesen Zusammenhängen Heinemann (2020), N. 9.1 ff.

24. Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3.10.2003 mit Änderungen (SR 951.11).

25. Winistörfer (2021), S. 624 ff.

26. Wettbewerbskommission – Sekretariat, Schlussbericht vom 27.6.2024 – *Lohnabsprachen*, N. 23.

27. Eingehend zu expliziten und impliziten Abweichungsermächtigungen Winistörfer (2021), S. 383 ff.

28. Zur Landwirtschaftspolitik s. CR-Henny, Art. 104 Cst. N. 32.

ist. Sie tun dies auf unterschiedlichen Wegen und mit verschiedenen Instrumenten, so dass die drei in den Wettbewerbsartikel integrierten Bundeskompetenzen im Folgenden separat dargestellt werden. In Übereinstimmung mit der im Verfassungsartikel vorgesehenen Reihenfolge steht die Darstellung des **Kartellartikels**, also von Art. 96 Abs. 1 BV, am Anfang.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART. 96 ABS. 1 BV

A. Die «neuen» Wirtschaftsartikel von 1947: Der «alte» Kartellartikel

- 11 Mit den 1947 in die Bundesverfassung eingefügten «**neuen Wirtschaftsartikeln**» sollten die verfassungsrechtlichen Grundlagen für Massnahmen geschaffen werden, die bis 1947 auf Notrecht gestützt worden waren. Hierzu gehörte Art. 31^{bis} aBV, der dem Bund in Absatz 2 die Zuständigkeit einräumte, Vorschriften über die Berufsausübung zu erlassen und Fördermassnahmen zu treffen, dies allerdings nur unter Beachtung der Handels- und Gewerbefreiheit. Von dieser Anforderung wurden in Absatz 3 Ausnahmen gemacht: Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigte, sei der Bund befugt, «nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» bestimmte Regeln zu erlassen, darunter gem. lit. d auch Vorschriften «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen».
- 12 Die Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln hielt den **historischen Hintergrund** fest.²⁹ Das Verbands- und Kartellwesen – so die Botschaft – habe mit einem «Netz von Bindungen und Beschränkungen» «die Handels- und Gewerbefreiheit faktisch weitgehend ausser Kraft» gesetzt.³⁰ In einem etwa 100 Jahre währenden Prozess der Verbandsbildung sei für jeden Beruf ein Verband entstanden. Die Verbandsbildung habe «eine der Grundvoraussetzungen des wirtschaftlichen Liberalismus – dass das Wirtschaftsleben ein freies Zusammenspiel von ungefähr gleich starken Einzelkräften darstellt, deren Interessen am Markt sich gegenseitig ausgleichen – weitgehend aufgehoben».³¹ Gegen diese Phänomene sollte mit einer Bundeskompetenz zum Erlass von Regeln gegen schädliche Kartelle und ähnliche Organisationen vorgegangen werden.
- 13 Um die **Kartellneigung** der schweizerischen Wirtschaft³² nachzuvollziehen, darf ein Hinweis auf die kartellfreundliche Linie des Bundesgerichts in diesen Jahrzehnten nicht fehlen. Grundlegend ist der Entscheid des Bundesgerichts im Fall des Bäckers *Vögtlin* aus dem Jahr 1896. Ein preisbrechender Bäcker wurde vom Bäckerverband boykottiert. Das Bundesgericht hielt fest, dass «die freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Waare nicht abgeben dürfen, [...] an sich weder gegen die gute Sitte, noch gegen die allgemeine Rechtsordnung» verstösst, und legalisierte hiermit im Grundsatz die Kartelle. Dies hinderte das Bundesgericht aber nicht daran, Aussenseiter auf anderem Weg zu schützen: Der Boykottaufruf sei als widerrechtliche Schädigung zu qualifizieren, nämlich als Angriff auf den Anspruch des Gewerbetreibenden auf «Geltung seiner Persönlichkeit».³³ Ein Grundmuster war hierdurch etabliert: Es galt der Grundsatz der «Kartellfreiheit».³⁴ Gegen die schlimmsten Auswüchse (z.B. gegen einen Kollektivboykott) wurde der Einzelne aber auf persönlichkeitsrechtlichem Weg geschützt.

29. S. auch die eingehende Darstellung bei DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 41 ff.

30. Botschaft 1937, S. 849.

31. Botschaft 1937, S. 849.

32. Noch zwei Jahrzehnte später kam die Preisbildungskommission (1957), S. 52, zum Schluss, «die Schweiz zu den 'kartelldichtesten' Ländern zählen zu müssen».

33. BGE 22 I 175 (183 f.) – *Bäcker Vögtlin*.

34. So ausdrücklich elf Jahre später BGE 33 II 106 (117).

- 14 Auf diesem Regel-/Ausnahmeverhältnis bauen die neuen Wirtschaftsartikel auf. In Übereinstimmung mit der kartellfreundlichen Stimmung der Zeit hielt der Bundesrat in der Botschaft fest, «dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse.»³⁵ Der Respekt vor dem «weitverzweigten und schwierigen» Problem ging so weit, dass Aussagen «über die nähere Ausgestaltung einer künftigen Kartellgesetzgebung» für «verfrüht» gehalten wurden.³⁶ Die Einfügung eines Kartellartikels in die damalige Bundesverfassung erfolgte also **auf Reserve**.
- 15 Es dauerte denn auch bis 1962, bis das erste Kartellgesetz verabschiedet wurde, das durch das Kartellgesetz von 1985 abgelöst wurde. In Kraft ist das Kartellgesetz von 1995, das in der Zwischenzeit mehrfach revidiert wurde.³⁷ Während die Kartellgesetze von 1962 und 1985 sowohl in materiell-rechtlicher als auch in institutioneller Hinsicht als schwach zu qualifizieren sind, handelt es sich beim **Kartellgesetz von 1995** um ein modernes Kartellgesetz, das konsequent auf den Schutz wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist.³⁸ Alle drei Kartellgesetze wurden auf Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV gestützt.³⁹ Die seit 2000 erfolgten Änderungen berufen sich auf den Kartellartikel der neuen Bundesverfassung, also auf Art. 96 Abs. 1 BV. Die Bezugnahme im Ingress des Kartellgesetzes wurde entsprechend angepasst.⁴⁰

B. Der Kartellartikel der revidierten Bundesverfassung

- 16 Die Formulierung von Art. 96 Abs. 1 BV lehnt sich eng an Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV an, weist aber **drei Unterschiede** von erheblicher Tragweite auf. Erstens ist der Bund nicht mehr lediglich zur Kartellgesetzgebung «befugt,» sondern er «erlässt» solche Vorschriften, ist also hierzu verpflichtet. Zweitens wird nicht mehr an die schädlichen Auswirkungen von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» (so die alte Bundesverfassung), sondern an solche von «Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» angeknüpft, wodurch die organisationsrechtliche Engführung entfällt (vgl. hierzu unten N. 56 f.). Und drittens zeichnet sich Art. 96 Abs. 1 BV dadurch aus, dass die Zusätze «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt» sowie «nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» entfallen sind.
- 17 Während die beiden ersten Änderungen im Rahmen der Einzelkommentierung (unten N. 40 f., N. 56 ff.) zu besprechen sind, sei hier die Bedeutung der erwähnten Weglassung hervorgehoben. Die alte Bundesverfassung ging davon aus, dass ein Gegensatz von Handels- und Gewerbefreiheit einerseits und Kartellrecht andererseits bestehe. Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertige und «nötigenfalls» könne man von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen, um Auswüchse des Kartellwesens abzustellen (s.o. N. 14). **Nicht die Kartelle, sondern das Kartellrecht** wurde also als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit gedeutet.
- 18 Art. 96 Abs. 1 BV kommt ohne solche Kautelen aus. Nach der Botschaft zur neuen Bundesverfassung ist der Einleitungssatz der alten Bundesverfassung «entbehrlich und braucht im Entwurf nicht weitergeführt zu werden, denn Ziel der Wettbewerbspolitik ist die Sicherung einer freiheitlichen

35. Botschaft 1937, S. 889.

36. Botschaft 1937, S. 889.

37. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6.10.1995 mit Änderungen (SR 251).

38. Zur Kartellgesetzgebungsgeschichte s. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 45 ff.

39. Daneben auf die Zivilrechtskompetenz (Art. 64 aBV, heute Art. 122 BV), und seit der KG-Revision von 2003 auch auf Art. 27 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 2 BV; zur Bedeutung von Art. 27 BV in diesem Zusammenhang s.u. N. 24.

40. Vgl. Fn. 1 des KG; aus gesetzestechnischer Perspektive kritisch gegenüber solchen Anpassungen Hangartner, AJP 2012, 439 f.

Wirtschaftsordnung».⁴¹ Da Wettbewerbsrecht «der Stützung und Stärkung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit» dient,⁴² liegt also **keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** vor, weshalb man den Vorbehalt nicht mehr braucht, dass nötigenfalls eine Abweichung von diesem Grundsatz gestattet sei.⁴³ Kartellrecht schränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht grundsatzwidrig ein, sondern bringt ihre immanenten Schranken zum Ausdruck.⁴⁴

- 19 Damit setzte sich eine Lehrmeinung durch, die schon zum alten Kartellartikel die Auffassung vertreten hatte, dass die Anwendung von Kartellrecht nicht als grundsatzwidrige Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit einzuschätzen sei. Schon früh hatte beispielsweise Zaccaria Giacometti ausgeführt, dass die Vertragsfreiheit nur insoweit vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gedeckt sei, «als deren Ausübung das System der freien Konkurrenz nicht beeinträchtigt; mit andern Worten, Beschränkungen der Privatautonomie zum Schutze des Systems des freien Wettbewerbs sind mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar».⁴⁵ Die neue Bundesverfassung bringt durch den Verzicht auf den Vorbehalt ganz in diesem Sinn zum Ausdruck, dass es **keinen Gegensatz zwischen Kartellgesetzgebung und Wirtschaftsfreiheit** gibt.⁴⁶ Der Kampf gegen die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, zu dem der Gesetzgeber nunmehr nicht lediglich berechtigt, sondern verpflichtet ist, ist folglich keine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, sondern dient dazu, die Wirtschaftsfreiheit nachhaltig zu gewährleisten. Wirtschaftliche Freiheit umfasst nicht das Recht, diese Freiheit durch Kartelle oder andere Wettbewerbsbeschränkungen abzuschaffen. In dieser Änderung kommt ein fundamentaler Wandel des Freiheitsverständnisses zum Ausdruck, durch den das **Freiheitsparadoxon** auf dem Gebiet der Wirtschaft anerkannt wird.⁴⁷
- 20 Die wettbewerbspolitische Perspektive hat sich durch diesen kartellphilosophischen Meilenstein umgekehrt. Es geht nicht mehr lediglich darum, die Auswüchse des Kartellwesens zu bekämpfen (s.o. N. 14). Der Verfassungsgeber erteilt dem Gesetzgeber vielmehr den Auftrag, die Wirtschaftsfreiheit vor Selbstaufhebung zu schützen. Die Toleranz gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen, die dem alten Kartellartikel zugrunde lag, wird durch eine **kritische Sichtweise des Kartellwesens** abgelöst.
- 21 Bemerkenswerterweise weichen die Einschätzungen in der Literatur zur Bedeutung dieses Vorgangs erheblich voneinander ab. Während die einen den Wegfall des Einleitungssatzes als «Paradigmenwechsel» einordnen,⁴⁸ messen andere der Änderung keine besondere Bedeutung zu.⁴⁹ Bei näherer Betrachtung liegt hierin allerdings kein Unterschied in der Sache. Für diejenigen, die bereits nach der alten Bundesverfassung im Kartellrecht keine Abweichung von der Handels- und

41. Botschaft 1996 (BV), S. 301.

42. Ibid.; in der neuen Bundesverfassung hat der Begriff der «Wirtschaftsfreiheit» denjenigen der «Handels- und Gewerbefreiheit» abgelöst, s. Botschaft 1996 (BV), S. 174, 176.

43. Grundlegend zum Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und staatlichem Eingriff s. Gygi, ZSR 1970 II 265 ff. (welcher der Bundesverfassung «die Ausrichtung auf eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung» entnimmt, S. 356). Speziell zum Wettbewerbsrecht s. Rhinow, Art. 31^{bis} BV N. 109, 189 ff., 194 f.; Biaggini, Art. 96 BV N. 1; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 13; Richli (2007), Rn. 751 ff.; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 3, 8.

44. Hänni/Stöckli (2013), Rn. 112; Richli (2007), Rn. 754; vgl. auch Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (2011), § 20 Rn. 10 ff.

45. Giacometti (1949), S. 286 f.; s. hierzu DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 36 f.

46. Hettich (2003) Rn. 212.

47. In diesem Sinn auch Stoffel (2003), S. 687; s. die markanten Formulierungen des wettbewerbsbezogenen Freiheitsparadoxons von Gygi, ZSR 1970 II 372 («Der Wettbewerb neigt von den Kartellen und den monopolistischen Erscheinungen her zum Selbstmord [...]; und dies ausgerechnet von der Vertragsfreiheit her»); Schluep, AJP 1996, 795, 808 («Nun ist aber Wettbewerb rechtlich nichts, aber auch gar nichts anderes als juristisch vor Selbstaufhebung bewahrte Freiheit»); und Vallender AJP 1999, 677, 681 Fn. 28 («Die Wirtschaftsfreiheit hat folglich auch dort ihre Grenzen, wo sie ihre eigenen Voraussetzungen zerstört»).

48. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 54 ff. (mit Überschrift); die Bedeutung der Änderung würdigend auch Hänni/Stöckli (2013), Rn. 112; Richli (2007), Rn. 751 ff.; Schott (2010), Rn. 627.

49. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 3 («Eine materielle Neuerung war damit nicht beabsichtigt.»); BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 31, 35.

Gewerbefreiheit sahen, ist es folgerichtig, dem Wegfall des Vorbehalts im neuen Kartellartikel keine besondere Bedeutung zuzumessen. Diese Positionierung dürfte seit Mitte der 1980er Jahre die Mehrheitsauffassung gewesen sein.⁵⁰ Aber nicht alle waren der neueren Deutung gefolgt, gingen weiterhin vom Grundsatz der Kartellfreiheit aus und sahen in Kartellartikel und -gesetzgebung einen «Einbruch in den Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung».⁵¹ Da der Wegfall des Einleitungssatzes insoweit eine Klärung zugunsten der Mehrheitsauffassung gebracht hat,⁵² sollte dem Vorgang insgesamt **fundamentale Bedeutung** zuerkannt werden.

- 22 Diese Aussage bezieht sich auf die institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Vom *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) ist das *Grundrecht* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu unterscheiden. In grundrechtlicher Hinsicht ist Kartellrecht eine Einschränkung der durch Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit, welche den Anforderungen von Art. 36 BV unterliegt.⁵³ Hieraus lässt sich aber nicht ableiten, dass (immer noch) eine – wie auch immer limitierte – **«Kartellfreiheit»** bestünde.⁵⁴ Vielmehr ist das Kartellrecht eines der Beispiele für eine **Kollision zwischen Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**.⁵⁵ Kartellrecht ist einerseits eine Grundrechtsbeschränkung; andererseits stützt und stärkt es eine freiheitliche Wettbewerbsordnung und verwirklicht damit den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.⁵⁶ Der Kartellartikel (Art. 96 Abs. 1 BV) löst diese Ambivalenz auf: Er stellt klar, dass der Schutz wirksamen Wettbewerbs ein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV ist, so dass der Eingriff in das Grundrecht rechtmässig ist, wenn auch die anderen Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind.⁵⁷ In Bezug auf das geltende Verfassungsrecht kann von **«Kartellfreiheit» deshalb nicht mehr die Rede sein**.
- 23 Die am 12.12.2017 eingereichte **Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)»** hätte in Art. 96 Abs. 1 BV einen zweiten Satz mit folgendem Wortlaut angefügt: «Er [scil. Der Bund] trifft insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden.» Eine Übergangsregel in Art. 197 BV hätte den Bundesrat verpflichtet, bis zum Inkrafttreten von Gesetzesänderungen Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die u.a. das Konzept der relativen Marktmacht in das Kartellrecht und die Garantie des diskriminierungsfreien Online-Einkaufs in das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb eingefügt hätten. Der Gesetzgeber setzte die zentralen Anliegen der Fair-Preis-Initiative durch die Revision des Kartellgesetzes vom 19.3.2021 um (AS 2021 576).⁵⁸ Daraufhin wurde die Initiative am 25.3.2021 zurückgezogen, so dass der Kartellartikel der Bundesverfassung unverändert blieb.

50. So die Einschätzung von DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55.

51. S. die klare Sezierung des Meinungsspektrums bei Rhinow/Gurovits (2001), S. 595 f.

52. Vgl. Richli (2007), Rn. 754: «Das bedeutet nichts anderes, als dass sich der Verfassungsgeber der Auffassung angeschlossen hat, welche die Wettbewerbspolitik schon nach der alten BV aus dem Dunstkreis der Abweichungen rückte».

53. Rhinow/Gurovits (2001), S. 597.

54. So aber bspw. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 17; Vallender AJP 1999, 677, 684.

55. So die treffende Formulierung von Diebold/Rütsche (2023), § 2 Rn. 16.

56. Heinemann/Kellerhals (2023), S. 7 f.

57. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 9; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 19; so bereits Rhinow/Biaggini (1995), S. 99, in Bezug auf die alte Bundesverfassung.

58. Nämlich insbesondere durch die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG, die Bestimmung zum diskriminierungsfreien Einkauf im Ausland in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und die Vorschrift gegen Geoblocking in Art. 3a UWG; die Neuerungen sind am 1.1.2022 in Kraft getreten.

III. KONTEXT

A. Tragweite von Art. 96 Abs. 1 BV

- 24 Im Mittelpunkt von Art. 96 Abs. 1 BV steht der Wettbewerb als **Institution**.⁵⁹ Dies schliesst es aber nicht aus, der Vorschrift auch eine individualschützende Richtung zu entnehmen.⁶⁰ Hauptsächlich erfolgt der **individuelle Schutz** von Wettbewerbern und anderen Marktteilnehmern aber über Art. 27 BV, der deshalb auch im Ingress des Kartellgesetzes erwähnt wird.⁶¹ Art. 96 Abs. 1 BV beschränkt sich nicht darauf, dem Bund die Kompetenz für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kartellrechts einzuräumen, sondern fügt – im Gegensatz beispielsweise zur Kompetenznorm für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in Art. 96 Abs. 2 lit. b BV – inhaltliche Vorgaben hinzu: Die zu erlassenden Vorschriften haben sich «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» zu richten. Es handelt sich bei Art. 96 Abs. 1 BV folglich um eine **Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive**.⁶²
- 25 Es ist umstritten, welche Bedeutung dieser Direktive zuzumessen ist. Von einer traditionalistischen Strömung wird hieraus abgeleitet, dass das schweizerische Kartellrecht dem **Missbrauchsprinzip** zu unterliegen habe. Es unterscheide sich damit von den meisten anderen Kartellrechtsordnungen, die dem **Verbotsprinzip** folgen.⁶³ Dem stehen Auffassungen gegenüber, nach denen Art. 96 Abs. 1 BV keine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip enthält,⁶⁴ oder welche die Unterscheidung zwischen Verbots- und Missbrauchsprinzip für obsolet, wenig bedeutend oder irrelevant halten.⁶⁵ Die bisweilen recht apodiktisch geführte Diskussion⁶⁶ leidet daran, dass teilweise in Verkennung des Missbrauchsbegriffs abweichende Definitionen gewählt werden, die zu Begriffsverwirrung führen. Zunächst ist also die Begrifflichkeit zu klären.

59. Hänni/Stöckli (2013), Rn. 114; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 13.

60. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5. S. auch SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 5: Auch Individualschutz werde gewährleistet, soweit für den Schutz des Wettbewerbs notwendig.

61. Zu den Hintergründen der Aufnahme von Art. 27 Abs. 1 BV s. Hangartner, AJP 2012, 439, 440 f.; kritisch DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 14 (nur Kompetenznormen sollten im Ingress aufgeführt werden). Allgemein zur Frage des wettbewerbsrechtlichen Institutions- und Individualschutzes s. Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 32 ff.; Martenet/Heinemann (2021), S. 47 f.

62. BGE 143 II 297 E. 5.3.5.

63. In diesem Sinn z.B. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, 141 ff.; BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39 ff.; Kobel, AJP 2004, 1150, 1155; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 30 ff.; CR-Reymond, Art. 6 LCart N. 21.

64. Heinemann (2009), S. 49; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 27; DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55; Stoffel (2023), Rn. 95; SHK-Rubin, Art. 1 KG N. 4; Zäch/Heizmann (2023), Rn. 150 ff., insbesondere 152; s. auch OFK-Borer, Art. 1 KG N. 8: «Welches System – eine Missbrauchsgesetzgebung oder Verbotsgesetzgebung – zur Überprüfung heranzuziehen ist, ist eine Frage der effizienten Ausgestaltung der Gesetzgebung und nicht von künstlich wirkenden Verfassungsinterpretationen».

65. Schlupe (1988), S. 46 f.; Baudenbacher Carl, ZSR 2012 II 419, 641 (mit Bezug auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen); Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 17; Gallmann/Gersbach (2017), S. 33; Marbach/Ducrey/Wild (2017), Rn. 1386 f.; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 25; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 220; Sturny (2014), S. 86. Inkonsequent BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142, welche mit Emphase die Geltung des Missbrauchsprinzips behaupten, den Unterschied zwischen Missbrauchs- und Verbotsprinzip aber sodann als für die heutige Zeit wenig relevant bezeichnen.

66. Keinen Widerspruch in Bezug auf eine angebliche verfassungsrechtliche Verankerung des Missbrauchsprinzips duldend BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, die zur Gegenmeinung folgenden Warnhinweis abgeben: «Dieser Auffassung darf als *dem Schweizer Recht fremdes* Produkt keineswegs gefolgt werden» (Hervorhebung im Original). Diese Aussage verwundert: In keinem der führenden Kommentare zur Bundesverfassung wird Art. 96 Abs. 1 BV eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip entnommen (z.B. keine Erwähnung des Missbrauchsprinzips in den Kommentierungen von Biaggini, Art. 96 BV; CR-Martenet, Art. 96 Cst. und BSK-Uhlmann, Art. 96 BV; ausdrücklich ablehnend, den Spielraum des Gesetzgebers durch die Schlagworte Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung einzuschränken, SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 27). Ausserdem verneint ein grosser Teil der kartellrechtlichen Literatur, dass Art. 96 BV eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip zu entnehmen sei (s.o. Fn. 64). Gar von «unbiegsamer Härte» zu sprechen (welche BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 45, der angeblichen Zugrundelegung des Missbrauchsprinzips attestieren), verkennt den Charakter von Art. 96 Abs. 1 BV als Zielnorm, die beträchtliche Spielräume eröffnet.

B. Die Begriffe «Missbrauchsprinzip» und «Verbotsprinzip»

- 26 Ursprünglich bestand Einigkeit über die Bedeutung des Begriffs «Missbrauchsprinzip» im Kartellrecht. So wird beispielsweise in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1962 das Missbrauchsprinzip wie folgt umschrieben: «Ein Kartellgesetz muss die Kartelle und ähnlichen Organisationen grundsätzlich zulassen und sich darauf beschränken, die Auswüchse zu bekämpfen».⁶⁷ Dahinter steht eine **positive Sichtweise der Kartelle**: Sie werden als grundsätzlich gute Ordnungsform der Wirtschaft begrüsst.⁶⁸ Deshalb bleiben sie (genauso wie die anderen Wettbewerbsbeschränkungen) erst einmal erlaubt; lediglich Missbräuche der Kartellbildung sollen bekämpft werden.⁶⁹ Dem Missbrauchsprinzip entspricht es, einen Grundsatz der «**Kartellfreiheit**» anzuerkennen, der lediglich in begründeten Einzelfällen zu durchbrechen sei.⁷⁰ Unter der Herrschaft des Missbrauchsprinzips hat der Wettbewerb einen niedrigen Stellenwert.⁷¹
- 27 Dies hat Konsequenzen auf der **Rechtsfolgenseite**: In einer Kartellrechtsordnung, die dem Missbrauchsprinzip folgt, sind Kartellverträge erst einmal wirksam und werden erst dann nichtig, wenn eine Rechtsanwendungsinstanz das Kartell rechtskräftig untersagt hat (*ex nunc*-Nichtigkeit).⁷² Unter Geltung des Verbotsprinzips sind kartellrechtswidrige Verträge hingegen von Anfang an nichtig (*ex tunc*-Nichtigkeit). Diese Terminologie war dem Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995 wohl bekannt. In der Botschaft zum KG 1995 heisst es: «Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit *ex tunc*, sondern lediglich eine solche *ex nunc* zu.»⁷³
- 28 Für die **Sanktionierung** folgt hieraus: Da ein Verhalten nach dem Missbrauchsprinzip erst in dem Moment illegal wird, in dem es eine Rechtsanwendungsinstanz rechtskräftig untersagt hat, können keine direkten Sanktionen verhängt werden, da das Kartellverhalten in der Vergangenheit ja legal war. Mit dem Verbotsprinzip sind direkte Sanktionen hingegen vereinbar: Das Verhalten war ja von Anfang an kartellrechtswidrig.
- 29 Ein Teil der Lehre gibt dem Begriff des Missbrauchs hingegen einen **anderen Sinn**: Mit Missbrauchsprinzip sei die materielle Direktive in Art. 96 Abs. 1 BV gemeint, nach der sich die kartellrechtlichen Vorschriften gegen die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu richten haben.⁷⁴ Für diese Lehrmeinung besteht der Missbrauch also in den negativen Wirkungen eines Wettbewerbsverhaltens. Die begriffliche Verschiebung dient diesem Teil der Lehre offenbar als Notanker, um ihr grundlegendes Problem zu lösen: Art. 96 Abs. 1 BV spricht nicht von «Missbrauch». In Abweichung von der überkommenen Bedeutung messen sie dem

67. Botschaft 1961, S. 559; s. auch bereits die entsprechenden Aussagen in der Botschaft von 1937 zu den neuen Wirtschaftsartikeln oben N. 14.

68. S. Bericht des Bundesrates 1957, S. 364: «Die Kartellbildung ist ein wesentliches Ordnungselement der modernen Wirtschaft, auch wenn sie wie andere Einrichtungen neben Vorteilen auch Nachteile aufweist». Schürmann (1994), S. 469: «Den Kartellen und sogenannten ähnlichen Organisationen billigt die Verfassung aber durchaus Ordnungsvermögen zu».

69. S. näher Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 14 ff.; Heinemann, ZSR 2016 I, 431, 443 ff.; DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 55; Zäch, AJP 1992, 857 (860).

70. S. z.B. BGE 33 II 106, E.5: Eine Ausnahme vom Grundsatz der «Kartellfreiheit» bestehe beispielsweise im Fall «wucherische(r) Preistreiberei». Näher zur «Kartellfreiheit» s. Stoffel (2003), S. 673 ff., Thier (2011), S. 627 ff.; nach der hier vertretenen Auffassung wurde der Grundsatz der «Kartellfreiheit» spätestens durch den neuen Kartellartikel der Bundesverfassung überwunden, s.o. N. 22.

71. Nach der klaren Analyse von Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 280, «führt das Missbrauchsprinzip im Kartellrecht zur Zulässigkeit von Kartellabsprachen und damit zu weniger Wettbewerb».

72. Zu kurz greift BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 31 ff., welcher der Gegenmeinung entnimmt, dass sie den Bedeutungsgehalt des Missbrauchsprinzips auf die Frage der *ex nunc*-/*ex tunc*-Unzulässigkeit reduziere. Der Autor übersieht, dass das zentrale Merkmal des Missbrauchsprinzips die positive Grundeinstellung zu den Kartellen ist. Die Ausgestaltung der Unzulässigkeitsmodalitäten folgt lediglich hieraus.

73. Botschaft 1994, S. 553.

74. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39 ff.; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 30 ff.; BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 141 ff.

Begriff des Missbrauchs eine konsequentialistische Bedeutung zu, die ihrerseits zwar im Verfassungsartikel niedergelegt, nur eben von der Kategorie des «Missbrauchs» zu unterscheiden ist.⁷⁵

- 30 Richtigerweise ist zwischen **zwei Kategorienpaaren zu unterscheiden**, nämlich zwischen Verbots- und Missbrauchsprinzip einerseits und formbasiertem und wirkungsorientiertem Ansatz andererseits. Verbots- und Missbrauchsprinzip sagen etwas über die Grundeinstellung zu den Kartellen und zur Wirkungsweise kartellrechtlicher Normen aus (negative vs. positive Einstellung zu den Kartellen; anfängliches vs. nachträgliches Verbot), während der Gegensatz zwischen Form und Wirkung die inhaltlichen Anforderungen in kartellrechtlichen Tatbeständen betrifft (Art der Wettbewerbsbeschränkung vs. Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung). Dass die Gleichsetzung von Missbrauchsprinzip und wirkungsorientiertem Ansatz unrichtig ist, zeigt bereits ein Blick auf das US-amerikanische Antitrustrecht: Der weltweit am stärksten ausgeprägte wirkungsbasierte Ansatz wird mit dem Verbotsprinzip kombiniert.⁷⁶
- 31 Die Gleichsetzung des Missbrauchsprinzips mit dem wirkungsorientierten Ansatz sorgt für zahlreiche Missverständnisse und gefährdet aufgrund der Verwendung einer eigenwilligen Begrifflichkeit die rechtsvergleichende Anschlussfähigkeit. Im Folgenden wird folglich zwischen zwei Fragen unterschieden. Es ist erstens zu klären, ob Art. 96 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber das **Missbrauchsprinzip** vorschreibt (hierzu sofort), und zweitens ist zu bestimmen, inwieweit die verfassungsrechtlichen Vorgaben den Gesetzgeber auf einen **«effects-based approach»** festlegen (hierzu s.u. N. 44 ff.).

C. Festlegung auf das Missbrauchsprinzip?

- 32 Für das Missbrauchsprinzip ist die positive Grundeinstellung zu den Kartellen charakteristisch. Die Botschaft von 1937 zum alten Kartellartikel (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV) lag entsprechend dem Geist der damaligen Zeit ganz auf dieser Linie (s.o. N. 14). Allerdings machte sie gleichzeitig deutlich, dass der Frage nicht vorgegriffen werden solle, wie ein allfälliges Kartellgesetz konkret auszugestalten sei.⁷⁷ Es ist also zu unterscheiden zwischen dem grossen Spielraum der Bundesverfassung und der konkreten Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber.⁷⁸ Die Kartellgesetze von 1962 und 1985 folgten klar dem Missbrauchsprinzip.⁷⁹ Dem Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995, das einen Paradigmenwechsel hin zum Schutz wirksamen Wettbewerbs brachte⁸⁰ und damit eine «neue wettbewerbspolitische Ära»⁸¹ einleitete, kamen erste Zweifel. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 enthält einerseits eine Relativierung von Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung.⁸² An anderen Stellen bekennt sich die Botschaft aber ausdrücklich zum Missbrauchsprinzip.⁸³ Trotz dieser

75. Vgl. Rhinow, Art. 31^{bis} BV N. 215 f.: Die Gesetzgebung habe jede Art von schädlichen Auswirkungen zu bekämpfen, weshalb der Gesetzgeber keineswegs darauf beschränkt sei, «bloss eigentlichen Missbräuchen von Kartell- oder Monopolmacht entgegenzutreten». Denjenigen, die Missbrauchsprinzip und Auswirkungspostulat gleichsetzen, sei empfohlen, mit Rhinow (ibid.) nähere Überlegungen zum Begriff des Missbrauchs in der Rechtsordnung anzustellen; grundlegend zum Begriff des Rechtsmissbrauchs s. die historische und rechtsvergleichende Untersuchung von Baudenbacher (2016), S. 26 ff.

76. S. näher zu diesen Zusammenhängen DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 91 ff.; Heinemann ZSR 2023 I 43 53 ff.

77. Botschaft 1937, S. 889.

78. Zum alten Kartellartikel s. beispielsweise Rhinow/Biaggini (1995), S. 107: «die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*» (Hervorhebung im Original).

79. S. Heinemann, ZSR 2016 I, 431, 445 f.

80. Schluep, AJP 1996, 795, 807; Weber/Volz (2023), Rn. 1.15.

81. Baldi/Borer, WuW 1998, 343.

82. Zum alten Kartellartikel der Bundesverfassung heisst es in der Botschaft 1994, S. 634: «Die damit anvisierte Gesetzgebung ist gelegentlich als Missbrauchsgesetzgebung charakterisiert und diese in Gegensatz zu einer Verbotsgesetzgebung gestellt worden. Derartige Klassierungen sind indessen zu pauschal und damit wenig aussagekräftig».

83. Botschaft 1994, S. 469, 489, 551, 553, 555.

Ambivalenz erscheint es richtig, auch das **Kartellgesetz von 1995 als Missbrauchsgesetzgebung** zu qualifizieren.

- 33 Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Kartellgesetz aber mit der Einführung direkter Sanktionen durch die KG-Revision von 2003 **zum Verbotsprinzip übergegangen**. Wie bereits dargelegt wurde, sind direkte Sanktionen mit dem Missbrauchsprinzip nicht zu erklären (s.o. N. 28). Zudem hat das Bundesgericht die *ex tunc*-Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge anerkannt,⁸⁴ was ebenfalls für das Verbotsprinzip charakteristisch ist (s.o. N. 27). Mit diesen beiden Änderungen hat das Kartellgesetz also das Missbrauchsprinzip hinter sich gelassen.⁸⁵
- 34 Im hier zu behandelnden verfassungsrechtlichen Kontext geht es allerdings nicht darum, welches Prinzip auf der Ebene des einfachen Gesetzes gilt, sondern darum, ob der **Kartellartikel der neuen Bundesverfassung** eine Verbotsgesetzgebung zulässt oder – umgekehrt – eine Festschreibung auf das Missbrauchsprinzip enthält. Zur Beantwortung dieser Frage sind die anerkannten Auslegungsmethoden anzuwenden. Der **Wortlaut** von Art. 96 Abs. 1 BV enthält nicht den Begriff «Missbrauch». **Entstehungsgeschichtlich** ist darauf zu verweisen, dass schon Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV, also der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, zwar dem Kartellgeist der damaligen Zeit verhaftet war, dem Gesetzgeber aber keine engen Grenzen ziehen wollte. Der neue Kartellartikel in Art. 96 Abs. 1 BV zeigt einerseits Entschlossenheit: Der Erlass von Kartellrecht wird dem Gesetzgeber nicht mehr anheimgestellt, sondern wird zur Pflicht. Und andererseits hält die Botschaft zum neuen Kartellartikel noch klarer als die Botschaft zum alten Kartellartikel fest, dass der Kartellartikel keine Vorgaben zu den «Mitteln der Kartellpolitik» mache, der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers «beträchtlich» sei, und er «auch partiell das Mittel des Kartellverbots» einsetzen könne. Dies ist eine direkte Reaktion auf und eine klare Absage an die früher vertretene Devise «Verbot einer Verbotsgesetzgebung». Es sei lediglich ausgeschlossen, Wettbewerbsabreden als solche generell zu untersagen.⁸⁶ Die Entstehungsgeschichte spricht also dafür, dass der Kartellartikel **in der Prinzipienfrage agnostisch** ist: Der Gesetzgeber ist frei in seiner Entscheidung darüber, ob er dem (zwingend zu erlassenden) Kartellrecht das Missbrauchs- oder das Verbotsprinzip unterlegen möchte. Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung erwähnt den Begriff des Missbrauchs (im kartellrechtlichen Kontext) nicht einmal. Es trifft zwar zu, dass sich in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 die Aussage findet, dass die Bundesverfassung das Missbrauchsprinzip vorgebe, auch wenn diese Aussage an anderen Stellen relativiert wird (s.o. N. 32). Durch eine Aussage im Zusammenhang mit der einfachen Gesetzgebung kann allerdings nicht die Normierung auf Verfassungsebene überspielt werden, durch die dem Kartellgesetzgeber grosser Spielraum einschliesslich der Möglichkeit partieller Verbote eingeräumt wurde. Diejenigen, die der Aussage in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 absolute Geltung zumessen,⁸⁷ werden der Normenhierarchie nicht gerecht und übersehen zudem, dass sich die Aussage in der KG-Botschaft auf den alten Kartellartikel bezieht, die neuere Lehre und der Verfassungswandel 2000 aber zu einem Paradigmenwechsel hin zu einer kritischen Sichtweise der Kartellwirtschaft geführt haben (s.o. N. 18 ff.).
- 35 In **systematischer Hinsicht** ist festzuhalten, dass die Bundesverfassung an anderen Stellen den Begriff des Missbrauchs durchaus verwendet, z.B. in Art. 13 Abs. 2, 96 Abs. 2 lit. a, 107 Abs. 1, 109 Abs. 1, 119 Abs. 1 und 120 Abs. 1 BV. Wenn der Verfassungsgeber also gewollt hätte, dass der Gesetzgeber

84. BGE 134 III 438 E. 2.2 und 2.3.

85. Näher Heinemann, ZSR 2016 I, 448 f.; DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 78 ff.

86. Botschaft 1996 (BV), S. 301. Nicht überzeugend BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142, die ein angebliches verfassungsrechtliches Missbrauchsprinzip auch daraus ableiten, dass Art. 96 Abs. 1 BV kein totales Kartellverbot zulasse; die Verfasser übersehen, dass der Begriff des Verbotsprinzips keine Totalität voraussetzt, der Gesetzgeber sogar gut beraten ist, hinreichend differenzierte Verbote zu formulieren.

87. So z.B. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 142.

lediglich Missbräuche des Kartellwesens unterbinden soll, hätte er dies in Anlehnung an die genannten Vorschriften durchaus so formulieren können, so wie er es beispielsweise bei der Preisüberwachung (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV: «Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung»), aber eben nicht beim Kartellrecht (Art. 96 Abs. 1 BV) gemacht hat. Selbst wenn er dies getan hätte, wären die Konsequenzen allerdings nicht so wie von den Anhängern des Missbrauchsprinzips artikuliert, die Verbote aufgrund des Missbrauchsprinzips für ausgeschlossen halten: So hat beispielsweise die Verpflichtung zum Schutz vor Missbräuchen der Gentechnologie in Art. 120 Abs. 1 BV die Funktion, Zulässiges von Unzulässigem zu scheiden.⁸⁸ Zur Umsetzung kann der Gesetzgeber Verbote erlassen, was er in den Art. 6 ff. GTG auch getan hat. Ein Widerspruch zum verfassungsrechtlich für das Recht der Gentechnologie vorgegebenen Missbrauchsprinzip besteht nicht. Verbote sind ein Instrument, um Missbräuche zu unterbinden.⁸⁹

- 36 In **teleologischer Hinsicht** ist von fundamentaler Bedeutung, dass in der neuen Bundesverfassung der Zusatz entfallen ist, dass nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abgewichen werden könne (s. bereits oben N. 18 ff.). Die Wirtschaftsfreiheit bedarf des Schutzes vor Selbstaufhebung: Nicht mehr das Kartellrecht, sondern die Kartelle werden als Problem identifiziert. Die positive Grundeinstellung zu den Kartellen wird durch die Anerkennung der immanenten Schranken der Wirtschaftsfreiheit abgelöst. Der Gesetzgeber wird neu zum Erlass kartellrechtlicher Vorschriften und damit zum Schutz wirksamen Wettbewerbs verpflichtet. Er ist «aufgefordert, allen privatrechtlichen Machtanmassungen entgegenzutreten».⁹⁰ Auch die Zielsetzung des Kartellartikels spricht also gegen eine Einzwängung des Gesetzgebers in ein Prinzipienkorsett und erst recht gegen eine Verpflichtung auf die kartellfreundliche Missbrauchsdoctrin.
- 37 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kartellartikel der Bundesverfassung dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum einräumt: Art. 96 Abs. 1 BV ist eine **Zielnorm**, die dem Gesetzgeber das Ziel vorgibt, Schäden durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen abzuwenden, ihm aber grosse Freiheit bei der Wahl der Mittel belässt.⁹¹ Eine Festlegung auf das Missbrauchsprinzip findet nicht statt.⁹² Lediglich ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt ist durch die Vorgaben des Kartellartikels ausgeschlossen.⁹³ Es wäre also nicht verfassungskonform, ein Anmelde- und Genehmigungssystem einzuführen, wie es in der damaligen Europäischen Gemeinschaft bis 2004 galt.⁹⁴ Dies ändert aber nichts am hohen Stellenwert des Wettbewerbs, den der Bundesgesetzgeber zu schützen hat. Die Annahme einer wie auch immer begrenzten «Kartellfreiheit» ist deshalb abzulehnen. Vielmehr ist dem Gesetzgeber aufgetragen, «sich schützend vor das Gut "Wettbewerb" zu stellen».⁹⁵
- 38 Dementsprechend finden Argumente vor Gericht kein Gehör, die allgemein mit dem Missbrauchsprinzip argumentieren. Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht haben zwar noch

88. Errass (2006), S. 46 ff.

89. Heinemann, ZSR 2016 I, 442.

90. So die treffende Formulierung von DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 57.

91. Botschaft 1994, S. 501; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 25; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 66. Das Verständnis des Kartellartikels als Zielbeschreibung, die sich über die Mittel der Kartellpolitik ausschweigt, findet sich bereits bei Rhinow, Art. 31^{bis} BV N. 113, 208 ff.

92. So bereits zum alten Kartellartikel Rhinow, Art. 31^{bis} BV N. 215 f.

93. BGE 135 II 60 E. 3.1.1; näher zu den Spielräumen Biaggini, Art. 96 BV N. 6; Rhinow/Biaggini (1995), S. 101 ff.

94. Bis 2004 mussten Unternehmen, die an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligt waren, eine Ausnahme auf Grundlage der Effizienzrechtfertigung bei der Europäischen Kommission beantragen. Seit der am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen VO 1/2003 (Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1/1) gilt hingegen das System der Legalausnahme: Die Unternehmen müssen in eigener Verantwortung prüfen, ob die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung vorliegen. Einer Genehmigung durch die Europäische Kommission bedarf es nicht mehr.

95. Rhinow/Biaggini (1995), S. 127.

nicht die Geltung des Verbotsprinzips ausdrücklich anerkannt. Die beiden Gerichte weisen aber Parteivorbringen, das sich auf das Missbrauchsprinzip bezieht, als **irrelevant** zurück.⁹⁶

D. Fazit

- 39 Das Missbrauchsprinzip im Kartellrecht bedeutet, dass Kartelle als **gute Ordnungsform der Wirtschaft** anerkannt werden, und dass man deshalb nur gegen Missbräuche der Kartellbildung vorgehen soll und darf. Nach einem Teil der Lehre soll das Missbrauchsprinzip bis zum heutigen Tag dem Kartellgesetzgeber verfassungsrechtlich vorgegeben sein. Die methodengerechte Auslegung des Kartellartikels der Bundesverfassung ergibt ein anderes Bild: Schon Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV, der Kartellartikel der alten Bundesverfassung, war in dieser Hinsicht offen formuliert. Bei aller Sympathie in der damaligen Zeit für das Kartellwesen sollte die konkrete Ausgestaltung zukünftiger Kartellgesetze nicht vorweggenommen werden. Spätestens mit Art. 96 Abs. 1 BV, also dem neuen Kartellartikel, findet keine Festlegung mehr auf das Missbrauchsprinzip statt. Der Kartellgesetzgeber ist in der Ausgestaltung weitgehend frei, wenn man von der Einführung eines Anmelde- und Genehmigungssystems absieht (s.o. N. 37).

IV. KOMMENTAR I.E.S.

A. «erlässt»

- 40 Die Kompetenzartikel der Bundesverfassung sind häufig so formuliert, dass eine bestimmte Materie «Sache des Bundes» ist (z.B. Zivil- und Zivilprozessrecht gem. Art. 122 Abs. 1 BV, Straf- und Strafprozessrecht gem. Art. 123 Abs. 1 BV). In anderen Zusammenhängen geht die Verfassung einen Schritt weiter und sieht vor, dass der Bund Regeln zu einem bestimmten Thema «erlässt» (s. z.B. Art. 38 Abs. 2, 74 Abs. 1, 80 Abs. 1 und 98 Abs. 1 und 3 BV). Wenn es beispielsweise in Art. 98 Abs. 1 BV heisst, dass der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen «erlässt», bedeutet dies, dass er **zum Erlass von Vorschriften verpflichtet** ist, und die Nicht-Regulierung keine Option ist.⁹⁷
- 41 Ebenso verhält es sich bei Art. 96 Abs. 1 BV. Die Vorschrift *verpflichtet* den Bundesgesetzgeber, kartellrechtliche Vorschriften zu erlassen.⁹⁸ Das **Ob einer Kartellgesetzgebung** steht also nicht mehr zu seiner Disposition; ein «laissez faire» in der Wettbewerbspolitik ist folglich ausgeschlossen.⁹⁹ Dahinter steckt die Einsicht, dass Wettbewerb sich nicht von selbst erhält, sondern von Selbstauflösung durch Kartelle und Monopolbildung bedroht ist (s. bereits oben N. 19 f.).¹⁰⁰ Den Staat trifft deshalb eine Verantwortung dafür, das Wettbewerbssystem aufrechtzuerhalten.¹⁰¹

96. S. z.B. BGE 134 III 438 E. 5.3.4; BVGer, RPW 2016/3, 831, E. 7.2.1: «Zu beachten ist zudem, dass die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer „Missbrauchs-“ und europäischer „Verbotsgesetzgebung“ spätestens mit Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einem Verbot mit Legalausnahme in der Europäischen Union konzeptionell überholt sein dürfte».

97. SGK-Hettich, Art. 98 BV N. 14; dies wird auch durch den Vergleich mit Art. 98 Abs. 2 BV deutlich, wonach der Bund Vorschriften über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen erlassen «kann», also nicht muss. Eine Pflicht kann sich aber auch hier durch eine «Zusammenschau mit anderen Verfassungsnormen» ergeben, s. Biaggini, Art. 98 BV N. 11.

98. Botschaft 1996 (BV), S. 301. Anders noch Art. 31^{bis} Abs. 3 aBV: «befugt»; der Gesetzgeber hatte sich damals dann auch 15 Jahre Zeit genommen, um 1962 das erste Kartellgesetz zu erlassen. Zum verpflichtenden Charakter der Vorschrift s. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 12; CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 53.

99. Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 12, 20. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass Art. 96 BV lediglich eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes vorsieht (s.o. N. 3). Der durch Art. 96 Abs. 1 BV erteilte Auftrag verwehrt dem Bund das Argument, die Kantone sollen die angemessenen Wettbewerbsregeln setzen, s. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 20 und 47 (mit Bezug auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb).

100. So stellte bereits Adam Smith fest: «People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices» (Smith, S. 152).

101. Vgl. Biaggini, Art. 96 BV N. 2; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 13.

B. «Vorschriften»

- 42 Art. 96 Abs. 1 KG verpflichtet den Bundesgesetzgeber zum Erlass kartellrechtlicher «Vorschriften», wobei er **in der Gesetzgebungstechnik frei** bleibt. Die tatsächlich gewählte Lösung, nämlich ein separates Kartellgesetz, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Es wäre verfassungskonform, das Kartellrecht in ein marktumfassendes Gesetz zu integrieren, wie es Frankreich mit dem Code de commerce gemacht hat. Man könnte sich auch ein Gesetz vorstellen, das Kartellrecht i.e.S. und Preisüberwachungsrecht unter einem Dach vereint, so lange im integrierten Kartell- und Preisüberwachungsgesetz ein spezifisches preisüberwachendes Instrumentarium und die Institution des Preisüberwachers/der Preisüberwacherin vorgesehen sind.¹⁰² Es wäre ebenfalls denkbar, Kartellrecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in einem Gesetz zusammenzuführen, wie es manche mittel- und osteuropäischen Länder beim Übergang zur Marktwirtschaft gemacht haben. Die Verfassung eröffnet dem Gesetzgeber in solchen Fragen der Gesetzgebungstechnik einen weiten Spielraum.
- 43 Der Formulierungsunterschied zwischen Art. 96 Abs. 1 («erlässt Vorschriften») und Abs. 2 («trifft Massnahmen») ist lediglich terminologischer Natur. Damit wird nicht etwa zum Ausdruck gebracht, dass der Bund auf dem Gebiet des Kartellrechts (Abs. 1) nur legislatorisch, nicht aber administrativ tätig werden könne. So hat der Gesetzgeber auch die exekutiven Bestimmungen zur Durchsetzung des Kartellrechts durch Bundesbehörden zu Recht auf Art. 96 Abs. 1 BV gestützt.¹⁰³

C. «Schädliche Auswirkungen»

- 44 Der Bund hat gem. Art. 96 Abs. 1 BV Vorschriften gegen die volkswirtschaftlich oder sozial «schädlichen Auswirkungen» von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Während die Botschaft zur Vorgängervorschrift noch darauf hingewiesen hatte, «dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse»,¹⁰⁴ ist die **Stossrichtung des neuen Kartellartikels** eine andere: «Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussert sich Absatz 1 nicht. Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen».¹⁰⁵ Er darf nur nicht «Wettbewerbsabreden schon als solche generell» untersagen.¹⁰⁶
- 45 Auch wenn die Formulierung der «schädlichen Auswirkungen» auf die alte Bundesverfassung zurückgeht, hat sich **der Sinn im Kontext der neuen Bundesverfassung ins Gegenteil verwandelt**: Während ursprünglich die Kartelle akzeptiert wurden und sogar von «Kartellfreiheit» die Rede war, geht es nun um die Unterbindung der Kartelle und anderer Wettbewerbsbeschränkungen (s.o. N. 36 f.). Das Kartellgesetz von 1995 hat den wenige Jahre später eintretenden Verfassungswandel

102. So auch OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 7 und N. 26; Richli (2007), Rn. 761. Anders die wohl h.M., s. z.B. Biaggini, Art. 96 BV N. 11; SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 48; CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 32; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 26: Eine Integration der Preisüberwachung in die Wettbewerbskommission sei verfassungsrechtlich zulässig. Auch wenn die Botschaft zur neuen Bundesverfassung die Institution des Preisüberwachers/der Preisüberwacherin nicht ausdrücklich erwähnt (die Rede ist aber immerhin davon, «ein bestimmtes preispolitisches Instrument, die Preisüberwachung, einzusetzen», Botschaft 1996 (BV), S. 301), sollte auch die Botschaft zur (am 28.11.1982 von Volk und Ständen angenommenen) Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» herangezogen werden: Diese hielt fest, dass die Initiative auch auf die Einrichtung eines selbständigen Preisüberwachers abziele, s. Botschaft 1981, S. 362 f.

103. Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 9 f., 18.

104. Botschaft 1937, S. 889.

105. Botschaft 1996 (BV), S. 301.

106. Ibid.

antizipiert, indem die Rede von den schädlichen Auswirkungen in Art. 1 KG in einen wettbewerbsfreundlichen Zusammenhang gestellt wurde: Das Ziel des Kartellrechts besteht nach dem Zweckartikel des Kartellgesetzes darin, «den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Mit der freiheitlichen Ordnung ist nicht die «Kartellfreiheit», sondern eine umfassende Wettbewerbsfreiheit gemeint. Dieses Verständnis wurde in der Verfassungsrechtslehre bereits für den alten Kartellartikel entwickelt, ist aber spätestens mit dem neuen Kartellartikel geltendes Verfassungsrecht.¹⁰⁷ Kartelle und der Missbrauch von Monopolmacht sind grundsätzlich unzulässig, weil sie schädliche Wirkungen hervorbringen.¹⁰⁸ Dabei darf es sich nicht um beliebig geringfügige Wirkungen handeln.¹⁰⁹ In Übereinstimmung hiermit verlangt das Gesetz deshalb im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden zumindest eine «erhebliche» Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG). Für die Zusammenschlusskontrolle gilt ein besonderes Eingriffskriterium (Art. 10 Abs. 2 KG).¹¹⁰ Für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist hingegen keine besondere Qualifikation erforderlich, da der Wettbewerb in solchen Fällen gerade wegen der marktbeherrschenden Stellung bereits geschwächt ist und die betroffenen Märkte deshalb gegen jegliche weitere Beeinträchtigung zu schützen sind.¹¹¹

- 46 Einige Stimmen in der Literatur gehen hierüber hinaus, indem sie der Vorgabe in Art. 96 Abs. 1 BV entnehmen, dass der Gesetzgeber nur ein Verhalten untersagen könne, bei dem **im Einzelfall schädliche Auswirkungen** nachgewiesen wurden.¹¹² Die Verfassung verpflichte Gesetzgeber und Rechtsanwender auf einen «effects-based approach».¹¹³ Der Verfassung wird also eine Vorgabe zur Lösung von Einzelfällen durch Gesetzgeber und Rechtsanwendungsinstanzen entnommen bzw. zugeschrieben.¹¹⁴
- 47 Diese Sichtweise verkennt die Funktion des Kartellartikels als verfassungsrechtliche Kompetenznorm.¹¹⁵ Ausweislich der Materialien wird dem Gesetzgeber ein **weiter Spielraum zuerkannt**, der die Möglichkeit von Verboten einschliesst (s.o. N. 34). Der «effects-based-approach» ist ein Ansatz, der in den USA von den Vertretern der *Chicago School* entwickelt und ab den 1970er Jahren verbreitet wurde. Dem schweizerischen Verfassungsgeber, sowohl dem der neuen Wirtschaftsartikel von 1947 (also als es noch gar keine *Chicago School* gab!) als auch dem der Bundesverfassung 2000 lag es fern, eine konkrete wettbewerbspolitische Theorie in der Bundesverfassung zu verankern.¹¹⁶ Im Übrigen lag die Hauptstossrichtung der *Chicago School* darin, mehr ökonomische Analyse im Hinblick auf

107. Vgl. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 1: «contexte constitutionnel favorable à la concurrence».

108. Vgl. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 54 ff.

109. Rhinow/Biaggini (1995), S. 101; Rhinow/Gurovits (2001), S. 601; OFK-Borer, Art. 1 KG N. 13 f.; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 24; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 12.

110. Nach geltendem Recht ist dies der qualifizierte Marktbeherrschungstest, der im Rahmen der hängigen KG-Revision durch den SIEG-Test abgelöst werden könnte, s. Botschaft 2023, N. 4.1.1.

111. DIKE-Stäuble/Schraner, Art. 7 KG N. 82 ff.; a.A. David/Jacobs (2012), Rn. 718, 721.

112. S. z.B. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 30 und 39; BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 39, 483, 530 sowie 549 (unter Verkenning des Unterschieds zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung, so zu Recht Künzler, S. 333); zur irrigen Anrufung des Missbrauchsprinzips in diesem Zusammenhang s. bereits oben N. 29 f.

113. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 17, 28 (wobei nicht zu hohe Anforderungen an den Nachweis der Schädlichkeit gestellt werden dürften, *ibid.* N. 19); BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 39, 55 ff. Fragend BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5. S. aber auch BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 133 ff.: Die Autoren stimmen zwar im Grundsatz der Auffassung zu, dass das KG auf einem «effects-based approach» fusse, äussern aber Zweifel, ob dies direkt aus dem Kartellartikel der Bundesverfassung abgeleitet werden könne (*ibid.*, N. 136).

114. S. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 28 f.

115. Gegen eine aus der Verfassung abzuleitende Wirkungsprüfung z.B. Baldi, AJP 2016, 316, 322; Baudenbacher Laura, Jusletter 30. Mai 2022, Rn. 40; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 33.

116. Vgl. Rhinow/Biaggini (1995), S. 107 («Der Gesetzgeber wird durch den Kartellartikel nicht auf ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Konzept verpflichtet»); Biaggini, Art. 96 BV N. 3; OFK-Borer, Art. 1 KG N. 15 ff.; BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 5 («Die Bundesverfassung bekennt sich nicht zu einer bestimmten ökonomischen Schule.»).

vertikale Wettbewerbsabreden, einseitige Verhaltensweisen und die Fusionskontrolle anzuwenden.¹¹⁷ Das *per se*-Verbot für klassische Kartelle im US-amerikanischen Antitrust-Recht blieb hierdurch unberührt und wird weiterhin konsequent durchgesetzt.¹¹⁸ Es ist also nicht statthaft, aus dem Kartellartikel mit dem Begriff des «effects-based approach» eine Bedeutung herauszulesen, die dem Verfassungsgeber fremd war.

- 48 Für eine zurückhaltende Auslegung spricht auch die Grundsatzdiskussion über die **Ziele des Kartellrechts**. Zu unterscheiden ist hier zwischen utilitaristischen Ansätzen, die das Ziel der Effizienz in den Mittelpunkt stellen, und deontologischen oder systemischen Konzeptionen, bei denen der Wettbewerb an sich geschützt wird («Theorie der Wettbewerbsfreiheit»)¹¹⁹. Der «effects-based approach» ist ein effizienzorientierter Ansatz, der den utilitaristischen Zielbeschreibungen zuzuordnen ist und der seit den 1990er Jahren unter dem Schlagwort des «more economic approach» von der Europäischen Kommission vorangetrieben (aber nicht verabsolutiert) worden ist.¹²⁰ Auch Jahrzehnte später ist unklar, in welchem Ausmass das Effizienzkriterium in den kartellrechtlichen Tatbeständen zu rezipieren ist. Selbst führende Vertreter der *Chicago School* waren der Ansicht, dass eine Übertreibung des Effizienzkriteriums zu vermeiden ist.¹²¹ Vieles spricht dafür, dass eine Synthese zwischen den Grundsatzpositionen möglich und empfehlenswert ist.¹²² Es liegt völlig fern, dass der Verfassungsgeber den wettbewerbspolitischen Grundsatzstreit lösen und den Kartellgesetzgeber auf eine bestimmte Denkschule verpflichten wollte.¹²³ Auch aus der Diskussion über die Ziele des Kartellrechts lässt sich also ableiten, dass die Verfassung keine allgemeine Verpflichtung auf einen «effects-based approach» vorgibt.
- 49 Der Schlüssel für die richtige Auslegung des Begriffs der «schädlichen Auswirkungen» findet sich in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995: Hiernach stellt der Kartellartikel der Bundesverfassung klar, dass die Wettbewerbsgesetzgebung **nicht beliebige Zwecke verfolgen darf**, sondern vor den negativen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen schützen soll.¹²⁴ Die nach den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 geltende Saldotheorie, die nicht-wettbewerbliche Zielsetzungen des öffentlichen Interesses anerkannte,¹²⁵ wird hiermit ausgeschlossen. Im Übrigen bringt die Rede von den schädlichen Wirkungen eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck: Der Gesetzgeber sieht sich bei der Formulierung kartellrechtlicher Tatbestände vor die Aufgabe gestellt, zwischen schädlichen und unschädlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden.¹²⁶ Diese Aufgabe ist so selbstverständlich, dass der Kartellartikel «nachgerade unnötigerweise»¹²⁷ die schädlichen Auswirkungen erwähnt.

117. Vgl. Botschaft 1994, S. 509.

118. Sullivan/Grimes/Sagers (2016), S. 235 (trotz der Bedeutungszunahme der *truncated rule of reason*). Selbst Hauptvertreter der *Chicago School* haben unter Hinweis auf die Unmöglichkeit eines solchen Unterfangens niemals eine umfassende Wirkungsprüfung verlangt, s. z.B. Bork (1993), S. 117.

119. S. eingehend die Untersuchungen von Künzler (2008) und Meier (2021), S. 101 ff.

120. S. die Beiträge in Zimmer (2012). So hat der *more economic approach* nichts an der primärrechtlich vorgegebenen Unterscheidung in Art. 101 Abs. 1 AEUV von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen geändert; eingehend zur Sichtweise form- und wirkungsbasierter Ansätze nicht als Gegensatz, sondern als Kontinuum s. Heinemann/Picht (2025), S. 159 Rn. 6 ff.

121. Posner (2001), S. 29: «Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further».

122. S. den Vorschlag bei Heinemann, ZSR 2016 I, 436 ff.

123. Ganz im Gegenteil hegt die Botschaft zum Kartellgesetz Sympathie für eine synkretistische Sicht der verschiedenen Wettbewerbsschulen, s. Botschaft 1994, S. 504 ff., insbesondere S. 511: «Dabei hat sich einmal mehr gezeigt, dass sich unterschiedliche wettbewerbstheoretische Denkschulen durchaus kombinieren lassen und sich der Gesetzgeber auf keine bestimmte Doktrin festlegen muss».

124. Botschaft 1994, S. 501.

125. Hierzu z.B. Botschaft 1994, S. 477 f.

- 50 Es ist die Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, den Auftrag des Kartellartikels auszuführen. International ist es üblich, dass die kartellrechtlichen Tatbestände eine **Mischung von formbasierten und wirkungsbezogenen Faktoren** vorsehen.¹²⁸ Dahinter steht die Erfahrung, dass besonders wettbewerbsfeindliche Verhaltensweisen existieren, bei deren Vorliegen eine nähere Wirkungsanalyse unverhältnismässig wäre.¹²⁹ Die Lösung des schweizerischen Kartellgesetzgebers, nämlich ein System von allgemeinen Tatbeständen, Vermutungen und Anwendungsbeispielen, schreibt sich in diese Entwicklung ein. Dies ist mit den Vorgaben des Kartellartikels der Bundesverfassung vereinbar.¹³⁰ Es ist die Gegenansicht, die verfassungsrechtlich bedenklich ist: Die Forderung, eine umfassende Wirkungsanalyse in jedem Einzelfall vorzunehmen, setzt sich über die Einsicht hinweg, dass besonders gefährliche Verhaltensweisen existieren, bei deren Vorliegen eine nähere Wirkungsanalyse entbehrlich ist. Die Bindung kartellbehördlicher Ressourcen für eine Wirkungsprüfung in solchen Fällen reduziert das Potential zur Verfolgung anderer Wettbewerbsbeschränkungen. Die Verabsolutierung der Wirkungsanalyse torpediert damit die von Art. 96 Abs. 1 BV gemachte Vorgabe, effektive Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs zur Verfügung zu stellen und hierdurch eine **«funktionierende Wettbewerbsordnung»**¹³¹ zu gewährleisten.
- 51 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Zielnorm des Art. 96 Abs. 1 BV nicht zur Vornahme einer Prüfung schädlicher Auswirkungen in jedem Einzelfall verpflichtet, sondern dem Gesetzgeber den Auftrag erteilt, kartellrechtliche Vorschriften zu erlassen, die einen **wirksamen Schutz des Wettbewerbs** garantieren, um hierdurch Schaden von Wirtschaft und Gesellschaft abzuwenden. Der Gesetzgeber hat einen grossen Spielraum bei der Wahl oder Kombination form- und wirkungsbasierter Elemente und kann auch partielle Verbote vorsehen. Ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt (s.o. N. 37), das freilich niemand einführen möchte, wird durch den Kartellartikel allerdings ausgeschlossen.

D. «volkswirtschaftlich oder sozial» schädlich

- 52 Die Diskussion um die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen wird in aller Regel in ökonomischer Hinsicht geführt. Dabei geht vergessen, dass der Kartellartikel alternativ auf **«sozial schädliche Auswirkungen»** abstellt.¹³² In den früheren Kartellgesetzen spielten soziale Aspekte eine grosse Rolle, da nach der damals geltenden Saldotheorie soziale Aspekte in einen umfassenden *bilan économique et social* einzustellen und mit

126. Stoffel (2003), S. 686, spricht denn auch zu Recht von einer «Leerformel». Die Formulierung unterscheidet damit auch nicht das schweizerische Kartellrecht von verwandten Kartellrechtsordnungen im Ausland: Überall dort, wo das Kartellrecht auf den Schutz wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist, sollen Schäden verhindert werden, die von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen ausgehen.

127. DIKE-Kley, Vor Art. 1 KG N. 57.

128. S. den rechtsvergleichenden Überblick bei DIKE-Heinemann, Nach Art. 1 KG N. 6 ff.

129. Zur Relevanz der Kosten der Kartellrechtsanwendung s. BSK-Amstutz/Carron, Art. 7 KG N. 137 ff.

130. Nach Rhinow/Biaggini (1995), S. 108 f., ist es «dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht verwehrt [...], sich des *Handlungsinstruments des Verbots* zu bedienen und bestimmte kartellistische Verhaltensweisen, deren Schädlichkeit anerkannt ist, in genereller Weise zu untersagen» (Hervorhebung im Original); zweifelnd an der Verfassungsmässigkeit einer Kombination verschärfender Elemente in Gegenwart und Zukunft (wie z.B. selektiver Per-se-Verbote, Regeln zur Beweislastverteilung, Bussenhöhe) BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 11. Was die aktuelle Rechtslage betrifft, ist festzuhalten, dass die grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen i.S. der Gaba-Rechtsprechung (BGE 143 II 297) nicht als Per-se-Verbot zu qualifizieren ist, da der Grundsatz der Erheblichkeit ja Ausnahmen erlaubt, s. Heinemann ZSR 2023 I, 43, 57; Diebold/Rütsche (2023), § 3 Rn. 110. Auch können aus der Verfassung nicht Vorgaben für Einzelteile der kartellrechtlichen Vorschriften abgeleitet werden; alle Einzelteile in ihrem Zusammenspiel müssen vielmehr den Anforderungen von Art. 96 BV gerecht werden, s. BGE 143 II 297 E. 5.1.5.

131. Botschaft 1994, S. 500 (Hervorhebung hinzugefügt).

132. Skeptisch gegenüber einer Abgrenzung von volkswirtschaftlicher und sozialer Schädlichkeit OFK-Borer, Art. 1 KG N. 13.

volkswirtschaftlichen Belangen und Wettbewerbsaspekten abzuwägen waren. So nannte Art. 29 KG 1985, in dem die Saldotheorie positivrechtlich verankert worden war, die Auswirkungen auf die Landesteile und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten als abwägungspflichtige Rechtsgüter. Mit der Abschaffung der Saldotheorie wurden die sozialen Aspekte aus dem ordentlichen Kartellverfahren entfernt, so dass sie nur noch im Zusammenhang mit dem Verfahren der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat genannt werden.¹³³

- 53 Eine solche Bedeutungsverengung wird der allgemeinen Vorgabe in Art. 96 Abs. 1 BV nicht gerecht.¹³⁴ Das Kriterium der sozialen Schädlichkeit gilt allgemein für das Wettbewerbsrecht. Es unterstreicht die über die wirtschaftlichen Funktionen hinausgehende **gesellschaftspolitische Funktion des Kartellrechts**: Dieses soll die Bündelung und die Konzentration wirtschaftlicher Macht in den Händen einzelner verhindern, da Kartelle und Monopole sowie ihre Vertreter erfahrungsgemäss auch grossen Einfluss auf die politische Willensbildung nehmen.¹³⁵ Die Unterbindung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden, Marktmachtmissbräuchen und wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlüssen hat also auch eine gesellschaftliche Dimension.
- 54 Insbesondere schafft bereits die Vereinbarung und nicht erst die Umsetzung von Kartellvereinbarungen eine **kartellfreundliche Atmosphäre**, die Gift für die Wettbewerbswirtschaft ist.¹³⁶ So hat das Bundesgericht in verfassungskonformer Auslegung (nämlich unter Heranziehung von Art. 96 BV) entschieden: «Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist».¹³⁷ Es ist also auch der potentielle Wettbewerb zu schützen.¹³⁸
- 55 Letztlich stellt der Verweis auf die sozialen Schäden der Kartellbildung eine Verbindung zwischen kartellfreier Marktwirtschaft und direkter Demokratie her: Die Entscheidungen sollen dezentral getroffen werden, in der Wirtschaft durch die einzelnen Akteure auf Ebene der Märkte, in der politischen Sphäre in letzter Instanz durch die Bürgerinnen und Bürger.¹³⁹ Die soziale Dimension des Kartellrechts stellt also eine Verbindung zu grundlegenden Staatsprinzipien her und unterstreicht, wie wichtig der Auftrag in Art. 96 Abs. 1 BV an den Gesetzgeber ist, ein wettbewerbsfreundliches Umfeld zu schaffen.

E. «von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen»

- 56 Im **alten Kartellartikel** war lediglich von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» die Rede. Ursprünglich sollte die Gesetzgebung deshalb nur Kartelle im eigentlichen Sinn (d.h. wettbewerbsbeschränkende Abreden zwischen Wettbewerbern, also horizontale Wettbewerbsabreden) und vergleichbare Organisationen erfassen. Nach der Botschaft zu den neuen

133. Art. 8 und 11 KG erlauben die Zulassung von Wettbewerbsabreden, Marktbeherrschungsmissbräuchen und Zusammenschlüssen aus überwiegenden öffentlichen Interessen, wozu gerade auch soziale Schutzgüter gehören.

134. Vgl. Heizmann (2005), Rn. 87; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 24: Aus dem Adjektiv «sozial» folge, «dass die Schädlichkeit nicht auf ökonomische oder gar monetär messbare Effekte reduziert werden darf».

135. Vgl. Heizmann (2005), Rn. 87; Zäch/Heizmann (2023), Rn. 41.

136. Heinemann (2016), Erheblichkeit, S. 24.

137. BGE 143 II 297 E. 5.4.2; bestätigt z.B. in BGE 144 II 194 E. 4.3.2; BGer 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.2.

138. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 28. A.A. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 57; s. auch BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 KG N. 494: Die Nichtumsetzung einer Kartellvereinbarung spreche, «wenn schon, für das Vorliegen von lebhaftem Wettbewerb und nicht für dessen Fehlen». Der Verfasser übersieht, dass die Gründe für die Nichtumsetzung einer Kartellvereinbarung vielfältig sein können, und seine Deutung berücksichtigt nicht die kritische Bewertung des Kartellwesens durch den neuen Kartellartikel. Haltlos der Vorwurf des «Gesinnungsstrafrecht(s)» (ibid.): Erfasst wird die Kartellvereinbarung, nicht die Kartellgesinnung.

139. Zu diesen Zusammenhängen s. Heinemann (2013), S. 121 ff.

Wirtschaftsartikeln sollten hierdurch beispielsweise auch die Trusts einbezogen werden.¹⁴⁰ Im Lauf der Zeit wurde die Vorschrift weiter ausgelegt. Der Gesetzgeber des Kartellgesetzes von 1995 war beispielsweise der Ansicht, dass die Formulierung ganz allgemein Massnahmen «gegen private Wettbewerbsbeschränkungen» erlaube.¹⁴¹ Dies schloss Regeln gegen vertikale Wettbewerbsabreden (nämlich solche zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen, z.B. Vertriebsverträge), den Missbrauch von Marktmacht sowie gegen wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse ein, also Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht unbedingt auf den ersten Blick unter den Begriff «Kartelle und ähnliche Organisationen» fallen.

- 57 Im **neuen Kartellartikel** wurde die organisationsrechtliche Engführung vollends überwunden.¹⁴² Das Kartellrecht soll sich nicht mehr auf «Kartelle und ähnliche Organisationen» beschränken, sondern allgemein «Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen» regeln. Von dieser Formulierung sind alle Verhaltensweisen umfasst, die üblicherweise unter den Begriff des Kartellrechts gefasst werden, also Regeln über (horizontale und vertikale) Wettbewerbsabreden, den Missbrauch von Marktmacht sowie die Zusammenschlusskontrolle.¹⁴³ Darüber hinaus ist die Formulierung hinreichend weit, um neue Vorgaben aufzunehmen, soweit es um unternehmensbezogene Normen geht, die sich gegen funktionswidrige Beschränkungen des Wettbewerbs richten. Die Vorschrift wäre auch als Grundlage für eine wettbewerbspolitische Preisüberwachung tauglich, wenn hierfür nicht mit Art. 96 Abs. 2 lit. a BV eine eigene Kompetenzgrundlage zur Verfügung stehen würde, die als die speziellere Regel vorgeht.¹⁴⁴ Dies schliesst nicht aus, dass preisbezogene Wettbewerbsbeschränkungen auch unter das allgemeine Kartellrecht fallen, beispielsweise bei Preiskartellen oder Preishöhenmissbräuchen von Marktbeherrschern. Funktionswidrige Fairnessverstösse sind hingegen Angelegenheit des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb. Hierfür ist Art. 96 Abs. 2 lit. b BV die richtige Kompetenzgrundlage.
- 58 Das EU-Recht sieht in den Art. 107 ff. AEUV eine **Kontrolle staatlicher Beihilfen** vor, die als vierter Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts (neben den Vorgaben für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und die Zusammenschlusskontrolle) im Kapitel über die «Wettbewerbsregeln» verankert ist. Die Beihilfenkontrolle richtet sich aber nicht an die Unternehmen, sondern an die subventionierenden Mitgliedstaaten bzw. deren Untergliederungen und ist deshalb kein Kartellrecht im eigentlichen Sinn. Wenn der Bundesgesetzgeber eine Subventionskontrolle einführen möchte, wäre Art. 96 Abs. 1 BV deshalb keine geeignete Kompetenzgrundlage.¹⁴⁵ Für die kantonalen und kommunalen Subventionen kommt aber eine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 95 Abs. 2 BV in Betracht; für Bundessubventionen ist eine stillschweigende Bundeskompetenz anzunehmen.¹⁴⁶
- 59 Aus der Pflicht des Bundesgesetzgebers zum Erlass kartellrechtlicher Vorschriften (s.o. N. 40 f.), kombiniert mit der Konjunktion «und» zwischen den «Kartellen» und «anderen Wettbewerbsbeschränkungen» in Art. 96 Abs. 1 BV, folgt, dass der Gesetzgeber Regelungen zu **allen anerkannten Feldern des Kartellrechts** erlassen muss. Er könnte sich also nicht mit Regeln zu den Kartellen begnügen, aber die vertikalen Wettbewerbsabreden auslassen. Ebenso ist er dazu verpflichtet, Vorschriften über einseitiges Unternehmensverhalten und zur Zusammenschlusskontrolle zu erlassen.

140. Botschaft 1937, S. 889.

141. Botschaft 1994, S. 474.

142. BSK-Uhlmann, Art. 96 BV N. 15; a.A. BSK-Birkhäuser, Art. 1 KG N. 31.

143. CR-Tercier/Martenet, Droit de la concurrence – Introduction générale N. 55; DIKE-Moeckli, Art. 1 KG N. 36.

144. Vgl. SGK-Jacobs, Art. 96 BV N. 31; OK-Kaiser, Art. 96 Abs. 2 lit. a BV N. 6, und oben N. 2.

145. Dumont/Trüten (2023), Rn. 1105.

146. S. CR-Martenet, Art. 96 Cst. N. 26.

- 60 Schädliche Auswirkungen von «Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» lassen sich nur dann vermeiden, wenn die kartellrechtlichen Regeln wirksam sind. Sowohl die materiell-rechtlichen Regeln als auch die Vorgaben zu den Institutionen und zu den Verfahren müssen also so ausgestaltet sein, dass die volkswirtschaftlichen und sozialen Schäden von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vermieden oder aber repariert werden. Was das materielle Recht betrifft, so dürfen die Tatbestände keine überzogenen Anforderungen an die Rechtsanwendungsinstanzen stellen. Bei Institutionen und Verfahren ist zwischen **public** und **private enforcement** zu unterscheiden. Für die öffentlich-rechtliche Durchsetzung müssen ausreichend ausgestattete und mit den nötigen Befugnissen versehene Behörden und Gerichte zur Verfügung stehen, die dem materiellen Recht innert angemessener Frist Geltung verschaffen können. Eine wirksame zivilrechtliche Durchsetzung setzt u.a. voraus, dass keine systemwidrigen Einschränkungen der Aktivlegitimation existieren und dass die Zivilgerichte auf die besonders grossen Beweisschwierigkeiten im Kartellzivilrecht mit Ausschöpfung der Spielräume bei Beweismass und Beweisführung reagieren.¹⁴⁷ Auch wenn Art. 96 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber einen grossen Spielraum einräumt, muss er sich doch immer daran orientieren, dass die kartellrechtlichen Vorschriften einen **wirksamen Schutz des Wettbewerbs** zu gewährleisten haben. Aus dem Kartellartikel ist also als verbindliche Vorgabe für den Gesetzgeber und die Gesetzesanwender der **Effektivitätsgrundsatz** abzuleiten: Das materielle Recht und das Verfahrensrecht sind so auszugestalten, zu interpretieren und anzuwenden, dass die tatsächliche Durchsetzung des Kartellrechts auf verwaltungs- und privatrechtlichem Weg nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert wird.

F. «gegen»

- 61 Die zu erlassenden Vorschriften sollen sich «gegen» die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen richten. Der Gesetzgeber hat im Titel des Kartellgesetzes diese Präposition nicht aufgegriffen, sondern die Formulierung «Bundesgesetz *über* Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen»¹⁴⁸ gewählt. Das Verhältniswort «über» wurde aus den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 übernommen, stammen also aus einer Zeit, in der eine positive Grundeinstellung zur Kartellwirtschaft bestand. Das Kartellgesetz von 1995 hat zwar einen grundlegenden Richtungswechsel hin zum Schutz wirksamen Wettbewerbs vollzogen, diese Stossrichtung aber nicht im Titel des Kartellgesetzes zum Ausdruck gebracht. Die schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen bekämpft man dadurch, dass man Regeln «gegen» sie ergreift, so wie es der Kartellartikel der Bundesverfassung vorgibt. Der Gesetzgeber ist also aufgerufen, den Titel des Gesetzes in «Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen» zu ändern, so wie das UWG ja auch «Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb» heisst.¹⁴⁹

G. Ausblick

- 62 Der Kartellartikel 2000 hat die wettbewerbspolitischen Vorzeichen umgekehrt: Die Kartelle werden nicht mehr als gute Organisationsform anerkannt, sondern als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit und damit als Bedrohung der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung eingestuft. Traditionalistische Kreise bestreiten den Bedeutungswandel und hängen kartellfreundlichen

147. Der aktuelle Rechtszustand erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Es liegt ein einziger Gerichtsentscheid vor, mit dem kartellrechtlicher Schadenersatz zugesprochen wurde, nämlich HGer AG vom 13.2.2003, RPW 2003/2, 451 – Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau. Zum legislatorischen Verbesserungsbedarf im Kartellzivilrecht s. Botschaft 2023, N. 4.1.2.

148. Hervorhebung hinzugefügt.

149. Heinemann, ZSR 2023 I, 64 f.

Prinzipien nach, die sie aus Formulierungen in Art. 96 Abs. 1 BV ableiten (nämlich den «schädlichen Auswirkungen»), welche die Bundesverfassung 2000 in der Tat aus der Kartellzeit übernommen hat. Um solche Fehldeutungen von vornherein zu vermeiden, ist es an der Zeit, **Art. 96 Abs. 1 BV zu ändern**. Es empfiehlt sich, die Vorschrift etwa wie folgt zu formulieren: «Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kartell- und Wettbewerbsrechts ist Sache des Bundes.»¹⁵⁰ Es ist dann die Aufgabe des Gesetzgebers, die Regeln so auszugestalten, dass das fundamentale öffentliche Interesse an einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft den angemessenen Stellenwert erhält.

Zum Autor

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, Diplom-Ökonom, DIAP (ENA, Paris), ist Inhaber eines Lehrstuhls für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor an der Universität Lausanne. Sein Forschungsschwerpunkt ist das schweizerische, europäische und internationale Wirtschaftsrecht mit besonderem Interesse am Kartell- und Immaterialgüterrecht. Er ist Mitglied in Vorstand und Leitendem Ausschuss des Europainstituts an der Universität Zürich (EIZ). Von 2011 bis 2022 gehörte er der schweizerischen Wettbewerbskommission an, seit 2018 als ihr Präsident. Der Verfasser freut sich über Feedback zum vorliegenden Artikel an andreas.heinemann@ius.uzh.ch.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zu Art. 96 BV).

Diebold Nicolas/Rütsche Bernhard, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich 2023.

Gerber David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.

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, S. 43–73.

Heinemann Andreas, Artikel 96 Bundesverfassung – Schutz des Wettbewerbs, in: Weerts Sophie u.a. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 179–184.

Heinemann Andreas, Fortschritt und Rückschritt im schweizerischen Kartellrecht, ZSR 2023 I, 43–66.

Jacobs Reto, Art. 96 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Kley Andreas, Vor Art. 1 KG, in: Zächer Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/ Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

Martenet Vincent, Art. 96 LCart, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31^{bis} BV, in: Aubert, Jean-François u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1991.

150. So Heinemann (2018), S. 179, auch mit Vorschlag einer Neuformulierung von Absatz 2 der Vorschrift.

Rhinow René/Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch Roger/ Zweifel Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93–144.

Rhinow René/Gurovits András A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3, 592–617.

Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795–810.

Stoffel Walter, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat, FS Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 673–688.

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

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, 857–866.

LITERATURVERZEICHNIS

Amstutz Marc/Carron Blaise, Art. 7 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Baldi Marino, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 316–322.

Baldi Marino/Borer Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, 343–356.

Baudenbacher Carl, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419–673.

Baudenbacher Laura Melusine, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, Baden-Baden 2016.

Baudenbacher Laura Melusine, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, Jusletter 30. Mai 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birkhäuser Nicolas, Art. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Borer, Jürg, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.

Bork Robert H., The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, New York 1993.

David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Dumont, Janine/Trüten, Dirk, Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen, in: Kellerhals Andreas/Trüten Dirk (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz – Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023, S. 508–516.

Errass Christoph, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006.

Gallmann Robert/Gersbach Andreas, Repetitorium Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017.

Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Gygi Fritz, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265–389.

Hänni Peter/Stöckli Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.

Hangartner Yvo, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, S. 439–441.

Heinemann Andreas, Demokratie und Marktwirtschaft – Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 121–134.

Heinemann Andreas, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht – Questions fondamentales en droit de la concurrence, Bern 2016, S. 7–33 (zit. Heinemann (2016), Erheblichkeit).

Heinemann Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I, S.v431–455.

Heinemann Andreas, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut / Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 295–331.

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2023.

Heinemann Andreas/Picht Peter G., Kartellrechtliche Methoden und wettbewerbspolitische Implikationen – ein Streifzug, in: Altwicker Tilman/Babusiaux Ulrike/Heiss Helmut/Hermstrüwer Yoan/Thier Andreas (Hrsg.), Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich 2025, S. 159–184.

Heizmann Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005.

Hettich Peter, «Wirksamer Wettbewerb» – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

Hettich Peter, Art. 98 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Hilty Reto M., Art. 1 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013.

Kaiser Patricia S., Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv96abs2a> (besucht am 15.8.2025)

Kobel Pierre, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, S. 1150–1162.

Künzler Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen 2008.

Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017.

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Meier Martin, Ein «More Realistic Approach»?, Tübingen 2021.

Posner Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001.

Reinert Mani, Art. 4 Abs. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

- Reymond Jean-Marc, Art. 6 LCart, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013.
- Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011.
- Richli Paul, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Bern 2007.
- Rubin Bernhard, Art. 1 KG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz*, Bern 2007.
- Schluep Walter R.: in Schürmann Leo/Schluep Walter R., *Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zürich 1988
- Schott Markus, *Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, Zürich 2010.
- Schürmann Leo, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 1994.
- Smith Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Erstausgabe von 1776), Washington D.C. 1998.
- Stoffel Walter R., Wettbewerbsabreden, in: Ducrey Patrik/Zimmerli Daniel (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2: Kartellrecht, 2. Aufl., Basel 2023, S. 69 – 192.
- Sturny Monique, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse*, Bern 2014.
- Sullivan Lawrence A./Grimes Warren S./Sagers Christopher L., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 3. Aufl., St. Paul 2016.
- Tercier Pierre/Martenet Vincent, *Introduction générale*, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013.
- Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und «more economic approach», in: Sethe Rolf u.a. (Hrsg.), *Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber*, Bern 2011, S. 621–645.
- Thouvenin Florent, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, Köln 2007.
- Vallender Klaus A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, *AJP* 1999, S. 677–686.
- Vallender Klaus A./Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung (vor Art. 94 BV)*, *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 4. Aufl., Zürich 2023.
- Weber Rolf H./Volz Stephanie, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2023.
- Winistörfer Marc M., *Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie*, Zürich 2021.
- Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, *AJP* 1992, S. 857–866.
- Zäch Roger/Heizmann Reto, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl., Bern 2023.
- Zimmer Daniel (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham 2012.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1937/2_833_829_719/de, besucht am 15.8.2025.

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8.2.1957, BBl 1955 I 347 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1955/1_365_/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Organisationen vom 18.9.1961, BBl 1961 II 553 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1961/2_553_549_1381/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9.9.1981, BBl 1981 III 342 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_342_314_295/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/1_468_472_389/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24.5.2023, BBl 2023, 1463 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1463/de> besucht am 15.8.2025.

Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.