

**ROLF H. WEBER**

(Professor em., Universität Zürich)

## **Kommentar zu Artikel 3 KG**

**erscheint in: Roger Zäch/Ruth Arnet/Regina  
Kiener/Felix Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar  
zum Kartellgesetz (KG)**

**Der Kommentar zum Kartellgesetz wird im Früh-  
jahr 2017 im Dike Verlag (Zürich/St. Gallen) er-  
scheinen.**

---

### **Art. 3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften\***

<sup>1</sup> Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:

- a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
- b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

<sup>2</sup> Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.

<sup>3</sup> Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach diesem Gesetz gehen Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

### **Art. 3 Rapport avec d'autres prescriptions légales**

<sup>1</sup> Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment:

- a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique;
- b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.

<sup>2</sup> La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la présente loi.

<sup>3</sup> Les procédures prévues par la présente loi en vue de l'appréciation des restrictions à la concurrence priment les procédures prévues par la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix, sauf décision contraire prise d'un commun accord par la Commission de la concurrence et le Surveillant des prix.

### **Art. 3 Relazioni con altre prescrizioni legali**

<sup>1</sup> Sono fatte salve le prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato, in particolare:

- a. quelle che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi;
- b. quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti.

<sup>2</sup> La presente legge non si applica agli effetti della concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale. Per contro, le limitazioni all'importazione fondate sui diritti di proprietà intellettuale sono valutate secondo le disposizioni della presente legge.

---

\* Der Autor dankt Herrn MLaw Lennart Chrobak LL.M. für seine umfassende Unterstützung und die wertvollen Hinweise bei der Erstellung des Textes; die Abschlussredaktion des Textes erfolgte Ende Juli 2016.

## Art. 3

---

<sup>3</sup> Le procedure previste dalla presente legge in vista della valutazione delle limitazioni della concorrenza hanno il primato su quelle previste dalla legge federale del 20 dicembre 1985 sulla sorveglianza dei prezzi, salvo disposizione contraria pattuita tra la Commissione della concorrenza e il Sorvegliante dei prezzi.

<b>Übersicht</b>	<i>Rz.</i>
A. Überblick	1
B. Wettbewerbsausschliessende Vorschriften (Abs. 1)	3
I. Begründung eines Wettbewerbsausschlusses	3
1. Einleitung	3
2. Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG	9
3. Verfahren und Rechtsfolgen	13
II. Staatliche Markt- und Preisordnung (Bst. a)	18
III. Unternehmen mit besonderen Rechten (Bst. b)	28
C. Immaterialgüterrechtliche Vorschriften (Abs. 2)	34
I. Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht	34
1. Theoretischer Hintergrund	34
2. Anwendungsgrundsätze	44
3. Konsequenzen für die Prüfung kartellrechtliche Sachverhalte	52
II. Einfuhrbeschränkungen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2)	55
1. Allgemeines	55
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	59
a) Markenrecht	60
b) Urheberrecht	62
c) Patentrecht	64
d) Zusammenfassung	68
3. KG Revision 2003	72
III. Lizenzkartellrecht	75
1. Überblick	75
2. Anwendungsbeispiele	84
a) Wettbewerbsabreden	84
b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	89
D. Verhältnis des Kartellgesetzes zum Preisüberwachungsgesetz (Abs. 3)	94
E. Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Bundesgesetzen	102
I. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	103
II. Binnenmarktgesetz (BGBM)	106
III. Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)	109
IV. Zivilgesetzbuch (ZGB)/Obligationenrecht (OR)	112

## A. Überblick

- <sup>1</sup> In Anlehnung an die Grundsätze moderner Gesetzgebungstechnik statuiert Art. 3 KG Vorbehalte im Verhältnis zu anderen gesetzlichen Regelungen, die

in der Systematik des Gesetzes den Bestimmungen über den Geltungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 KG nachgeordnet sind.<sup>1</sup> Ist der **Geltungsbereich** des Gesetzes eröffnet, d.h. es handelt sich um eine private Wettbewerbsbeschränkung durch ein privat- oder öffentlich-rechtliches Unternehmen<sup>2</sup>, gelangt das KG dem Grundsatz nach zur Anwendung und die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der betreffenden Verhaltensweise beurteilt sich nach Massgabe seiner Bestimmungen.<sup>3</sup> Art. 3 schränkt die Anwendbarkeit bzw. den **Anwendungsbereich** des KG aufgrund von öffentlichen Interessen jedoch in bestimmten Bereichen ein, indem es dessen Vor- bzw. Nachrangigkeit im Verhältnis zu anderen Erlassen des schweizerischen Rechts konkretisiert.<sup>4</sup>

Die nachfolgende Kommentierung orientiert sich mit Bezug auf ihre **inhaltliche Gliederung** dem Grundsatz nach an der Unterteilung von Art. 3 KG in Abs. 1 (wettbewerbsausschliessende Vorschriften), Abs. 2 (Vorbehalt von immaterialgüterrechtlichen Vorschriften) sowie Abs. 3 (Vorrang des KG gegenüber dem Preisüberwachungsgesetz). Im Anschluss daran wird das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Bundesgesetzen, insbesondere dem UWG, dem BGBM, dem BöB sowie dem ZGB und dem OR, analysiert.

## B. Wettbewerbsausschliessende Vorschriften (Abs. 1)

### I. Begründung eines Wettbewerbsausschlusses

#### 1. Einleitung

Die schweizerische Wirtschaftsordnung beruht auf dem Modell einer **freien Wettbewerbsordnung** (vgl. vorne Art. 1 N 55 ff.).<sup>5</sup> Die Koordination des Wettbewerbsverhaltens der Marktteilnehmer erfolgt durch den Markt, der im

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994, S. 536.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.43, 1.50 ff.

<sup>3</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 37

<sup>4</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 37; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.79; ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 131; vgl. auch SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 261; BGE 141 II 66 E. 2.2.7; zum Verhältnis von Anwendungs- und Geltungsbereich vgl. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 14.

<sup>5</sup> Vgl. WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 42; Botschaft vom 23. November 1994, S. 473 f., 499; AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 885.

### Art. 3

---

Wege des antagonistischen Wechselspiels von Angebot und Nachfrage eine effiziente Allokation begrenzt verfügbarer Wirtschaftsgüter gewährleistet.<sup>6</sup>

- 4 In einigen Märkten bzw. Wirtschaftsbereichen vermögen sich die vorgenannten Prinzipien indessen nicht hinlänglich durchzusetzen und die Kräfte des freien Wettbewerbs spielen nur unzureichend.<sup>7</sup> Faktisch entsteht dadurch ein Risiko von «**Marktdefiziten**»<sup>8</sup> bzw. von «**Marktversagen**»<sup>9</sup>, die ein korrekatives Entgegenwirken im Wege staatlicher Regulierung und die «Ausgliederung» der «wettbewerbspolitischen Ausnahmereiche»<sup>10</sup> als notwendig erscheinen lassen.<sup>11</sup> Von Marktversagen ist auszugehen, wenn Fehlleistungen der marktwirtschaftlichen Steuerung vorliegen, die zu Wohlfahrtsverlusten führen.<sup>12</sup> Die Problematik vermag insbesondere im Bereich der öffentlichen Güter<sup>13</sup>, in Märkten mit sog. natürlichen Monopolstrukturen, bei ruinösem Wettbewerb sowie bei naturgegebener Güterknappheit aufzutreten.<sup>14</sup> Als **Beispiele** derartiger Märkte sind z.B. die Verkehrs-, Kommunikations- und Energiewirtschaft, der Banken- und Versicherungssektor oder die landwirtschaftliche Erzeugung zu nennen.<sup>15</sup>

<sup>6</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 5 f.; RENTSCH, Deregulierung, S. 39; WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 45, 77.

<sup>7</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 36; DERS., Wirtschaftsregulierung, S. 77.

<sup>8</sup> WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 79.

<sup>9</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 1; WEBER, SIWR V/2, S. 36; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 51, 132; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 282; AMGWERT/SCHLAURI, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch, Rz. 6.14; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 13; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 9; BGE 141 II 66 E. 2.2.1.

<sup>10</sup> WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 78; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 282; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 132; SCHRANER, Kartellrecht, S. 94; vgl. diesbezüglich auch die «Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche» des deutschen Kartellrechts gemäss §§ 28–31b GWB.

<sup>11</sup> WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 77; RENTSCH, Deregulierung, S. 38; Botschaft vom 23. November 1994, S. 537.

<sup>12</sup> BGE 141 II 66 E. 2.2.2.

<sup>13</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 537 f.; hierbei handelt es sich um Güter, die prinzipiell für jede Person ohne Gegenleistung zugänglich sind.

<sup>14</sup> WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 99, 100, 109 f., 114 f., 118 f.; vgl. auch BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 38 f.; AMGWERT/SCHLAURI, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch, Rz. 6.16 ff.

<sup>15</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 36; WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 99, 101; Botschaft vom 23. November 1994, S. 539; vgl. SCHOLL, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch, Rz. 13.1 ff.; für weitere Beispiele vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 51.

Als Gründe für eine partielle oder gesamthafte Substituierung des «marktliche[n] Koordinationsmechanismus» lassen sich neben ökonomischen Effizienzüberlegungen auch gesellschaftliche bzw. soziale Argumente anführen.<sup>16</sup> In Folge von **Deregulierungstendenzen** nicht nur in der Schweiz, sondern seit den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts in ganz Europa, hat indessen eine zunehmende «Eingliederung» von wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen in das Kartellrecht stattgefunden.<sup>17</sup>

In Übereinstimmung mit diesem Befund und den früheren Regelungen von Art. 23 KG 1962 sowie Art. 44 KG 1985 wird der Anwendungsbereich des KG gemäss Art. 3 Abs. 1 durch den Vorbehalt von Vorschriften, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen, eingeschränkt.<sup>18</sup> Diese «**wettbewerbsausschliessenden Vorschriften**»<sup>19</sup> heben den Wettbewerb in den betroffenen Wirtschaftszweigen auf und regeln die massgeblichen Wettbewerbsparameter.<sup>20</sup> Die Vorschriften des Kartellgesetzes zu Wettbewerbsabreden und marktmächtigen Unternehmen treten in diesen Bereichen, in denen der Markt als Regelungssystem seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag<sup>21</sup>, nach Massgabe des angestrebten regulatorischen Interventionszieles in ein nachrangiges Verhältnis zur massgeblichen sektorspezifischen Gesetzgebung.<sup>22</sup>

Die **Ausschlusswirkung** steht unter der Prämisse, dass dem betreffenden Marktteilnehmer eine wettbewerbliche Sonderstellung zuerkannt oder vom öffentlichen Recht besondere Rechte übertragen wurden; anderenfalls vermag

<sup>16</sup> Eingehend WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 77 f.

<sup>17</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 133; vgl. RENTSCH, Deregulierung, S. 15 ff.; grundlegend WEBER, Wirtschaftsregulierung, S. 595 ff.; DERS., Privatisierung, S. 8 ff.; HÜBSCHER/RIEDER, Wettbewerbsrecht, S. 445; vgl. auch AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 883; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 409 f.; EHRSAM/EMCH, Fernmeldemärkte, S. 614 f.; vgl. DUCREY, Landwirtschaft, S. 124 f.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 381.

<sup>18</sup> Vgl. SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 766; zu den Unterschieden der alten und neuen Bestimmungen vgl. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 5.

<sup>19</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 1, WEBER, Preis, S. 5; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 1.

<sup>20</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 282; vgl. auch STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 264, demzufolge die abweichende Vorschriften eine «spezialgesetzliche Rechtfertigung der Wettbewerbsverletzung» darstellen.

<sup>21</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 537; WEBER, SIWR V/2, S. 46.

<sup>22</sup> WEBER, Preise, S. 5; DERS., SIWR V/2, S. 35; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.80 f.

### Art. 3

---

das Kartellgesetz auch mit Bezug auf die öffentliche Aufgabenerfüllung zur Anwendung zu gelangen.<sup>23</sup> Der Vorbehalt hat jedoch keinen absoluten, sondern **relativen Charakter**; die allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften treten im Einzelfall lediglich insoweit hinter die spezifischen Sonderbestimmungen zurück, als sie den Wettbewerb in diesem Bereich effektiv ausschliessen.<sup>24</sup>

- 8 Art. 3 Abs. 1 KG bezeichnet **zwei Vorbehaltsbereiche**, die unter normativen Gesichtspunkten eine abweichende Eingriffsintensität aufweisen. Einerseits hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, das Wettbewerbsverhalten gesamthaft einer **staatlichen Markt- und Preisordnung** zu unterstellen (Bst. a).<sup>25</sup> Andererseits vermag er, in weniger gravierenden Fällen von Marktversagen, lediglich punktuell zu intervenieren, indem er zwecks Erfüllung öffentlicher Aufgaben nur einzelne **Unternehmen mit besonderen Rechten** ausgestattet.<sup>26</sup> Anders als die Formulierung «insbesondere» zunächst nahelegt, kommt der Aufzählung der wettbewerbsausschliessenden Vorschriften in Art. 3 Abs. 1 KG jedoch abschliessender Charakter zu.<sup>27</sup>

### 2. Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG

- 9 Der Charakter vorbehaltsfähiger Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, erschliesst sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes.<sup>28</sup> Die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien suggerieren diesbezüglich nur, dass als massgebliche Rechtsquellen lediglich «**öffentlich-rechtliche Vorschriften**» in Frage kommen und in Folge dessen einen Wettbewerbs-

---

<sup>23</sup> SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 6; WEBER, Preise, S. 5; DERS., SIWR V/2, S. 45 f.; vgl. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.84; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 132.

<sup>24</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 132; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 6; vgl. SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 764, 766; STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 185, 264 f.; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 2; AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886; vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.1, 2.2.3; BGE 129 II 497 E. 3.3.1 in Pra 2005 Nr. 39 S. 303.

<sup>25</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538.

<sup>26</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538.

<sup>27</sup> SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 12; WEBER, SIWR V/2, S. 46; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.89; VOGEL, Staat, S. 186; RENTSCH, Deregulierung, S. 216.

<sup>28</sup> Vgl. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 20.

ausschluss zu begründen vermögen.<sup>29</sup> Mittlerweile hat sich jedoch die Überzeugung gefestigt, dass auch zwingende **Vorschriften des Privatrechts**, wie z.B. des Miet-, Arbeitsrechts sowie Konsumentenrechts, in den Anwendungsbereich der Norm fallen können.<sup>30</sup>

Gegenständlich kommen nicht nur **Bestimmungen des eidgenössischen Rechts**, sondern auch **des kantonalen sowie kommunalen Rechts** in Frage.<sup>31</sup> Im Falle kantonalen Vorschriften ist eine diesbezügliche Zuständigkeit des Kantons und der Einklang mit übergeordnetem Recht, insbesondere der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV und Art. 94 Abs. 3 BV), vorausgesetzt.<sup>32</sup> Mit Blick auf die **Normstufe** vermögen neben Gesetzen im formellen Sinne grundsätzlich auch Verordnungen, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügen, die Grundlage eines Vorbehalts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu bilden.<sup>33</sup> Ob auch **andere Verwaltungsakte**, wie z.B. Konzessionen, dem Erfordernis der «Rechtsvorschrift» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG genügen, ist bislang nicht abschliessend geklärt.<sup>34</sup> Die Wettbewerbskommission befand diesen Umstand im Falle einer Konzession als zweifelhaft, weil es sich nicht um eine abstrakte Norm, sondern um eine individuell-konkrete Verfügung handle.<sup>35</sup> Demgegenüber erachtet das Bundesgericht die Subsumption einer Konzession unter Art. 3 Abs. 1 KG für möglich, wenn der Verwaltungs-

<sup>29</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994, S. 537 f., deren diesbezüglichen Erläuterungen unter dem Übertitel «Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 E)» aufgeführt werden; so scheinbar auch SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8.

<sup>30</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 1, 3; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.85; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 11; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 296; RENTSCH, Deregulierung, S. 173; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 24.

<sup>31</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.86; SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 767; RENTSCH, Deregulierung, S. 179; BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 160; UHLMANN, Staatshandeln, S. 207; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 25.

<sup>32</sup> BGE 129 II 497 E. 3.3.4 in Pra 2005 Nr. 29, S. 305.

<sup>33</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 3; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 10; RENTSCH, Deregulierung, S. 170 f., 209; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 23; BGE 141 II 66 E. 2.2.5.

<sup>34</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 2; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 27.

<sup>35</sup> Weko, RPW 2004/1, 108 Rz. 22, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; offen gelassen in Weko, RPW 2006/4, 634 Rz. 47, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; abw. Sekretariat der Weko, RPW 1998/2, 202 Rz. 18, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, wonach auch ein Vertrag eine Vorschrift gemäss Art. 3 Abs. 1 KG darzustellen vermag; vgl. auch RENTSCH, Deregulierung, S. 170 ff.



### Art. 3

---

akt auf einer gesetzlichen Grundlage basiert, die einen eindeutige Wettbewerbsausschluss postuliert.<sup>36</sup>

- 11 Art. 3 Abs. 1 KG behält nur wettbewerbsmodifizierende Normen vor, die den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen (**Normkollision**).<sup>37</sup> Aus diesem Grund ist zu eruieren, ob die wettbewerbsausschliessenden Vorschriften ausschliessliche Anwendung im Verhältnis zum Kartellgesetz beanspruchen.<sup>38</sup> Keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG stellen demgegenüber Normen dar, die einen Sachverhalt nach unterschiedlichen, nicht wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten regeln und beurteilen (**Normenkumulation**); diese sind parallel bzw. unabhängig von den kartellrechtlichen Bestimmungen anwendbar.<sup>39</sup> Weil «wettbewerbshindernde» Auswirkungen solcher Vorschriften indessen nicht auszuschliessen sind, ist jeweils zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können.<sup>40</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall der **Alternativität**, in Folge derer nur eine der beiden Normen zur Anwendung gelangt.<sup>41</sup>
- 12 Als Beispiele positiver Normenkonkurrenz im Verhältnis zum Kartellgesetz sind namentlich das **Heilmittelgesetz (HMG)**<sup>42</sup> und das **Fernmeldegesetz (FMG)**<sup>43</sup> anzuführen. Im Bereich des früheren **Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG)** war der Anwendungsausschluss gemäss Art. 3 Abs. 1 KG mit Bezug auf konzessionierte Radio- und Fernsehunternehmen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zum Teil umstritten<sup>44</sup>; sowohl unter der Geltung des alten als auch des revidierten Rundfunkrechts ist indessen von einer parallelen

<sup>36</sup> BGE 129 II 497 E. 5.4.7 in Pra 2005 Nr. 39, S. 316.

<sup>37</sup> Zum ganzen SCHLUEP, Nachahmung, S. 337 f.

<sup>38</sup> BGE 141 II 66 E. 2.4.1.

<sup>39</sup> BGE 141 II 66 E. 2.4.1; vgl. SCHLUEP, Nachahmung, S. 337 f., 342 f.

<sup>40</sup> BGE 141 II 66 E. 2.4.1.

<sup>41</sup> Vgl. SCHLUEP, Nachahmung, S. 343.

<sup>42</sup> BGE 141 II 66 E. 3.3.8, 4.2.5; Weko, RPW 2010/4, 656 Rz. 65, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; HUBACHER, Kartellrecht, S. 11.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG; WEBER, Preise, S. 6; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 22; AMGWERD/SCHLAURI, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch, Rz. 6.7, 6.50–6.52, 6.1405; EHRSAM/EMCH, Fernmeldemärkte, S. 606; HEINEMANN, Kartellrecht, S. 12; vgl. RENFER, Fernmelderecht, Rz. 38, 43, 53; BGE 137 II 199 E. 3.4; BGer 4C.404/2006 vom 16.2.2007, E. 3.2; BGer 2A.276/2006 vom 12.7.2006, E. 3.3; BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, E. 4.1.3; BGer 2A.503/2000 bzw. 2A.505/2000 vom 3.10.2000, E. 6c; BVGE 2011/32 E. 12.3.3.1 S. 740 f.; Weko, RPW 2005/1, 89 f. Rz. 224, 229, *Swisscom Directories AG*; abw. noch Weko, RPW 1997/2, 166 Rz. 35 f., *Telecom PTT/Blue Window*.

<sup>44</sup> Vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 137.

Anwendbarkeit der sektorspezifischen Gesetzgebung und des Kartellgesetzes auszugehen.<sup>45</sup>

### 3. Verfahren und Rechtsfolgen

Gewisse Märkte, in denen das Risiko von Marktversagen besteht, nimmt Art. 3 Abs. 1 KG vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes aus und verweist diesbezüglich auf den Vorrang der anwendbaren Spezialgesetze. Die massgebliche sektorspezifische Regulierung steht der Durchsetzung des Kartellgesetzes durch die Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich entgegen.<sup>46</sup> Der Vorbehalt von wettbewerbsausschliessenden Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG hat indessen keinen direkten Einfluss auf die aus Art. 2 KG resultierende **Zuständigkeit der Wettbewerbskommission** zur Untersuchung des betreffenden Sachverhaltes.<sup>47</sup> 13

Die Wettbewerbskommission hat sich zu Beginn von Verfahren in ihrer Prüfung auf die Vorfrage des Bestandes und der Tragweite einer Regelung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu beschränken.<sup>48</sup> Die Beurteilung dieser Rechtsfrage gestaltet sich jedoch mitunter als schwieriges Unterfangen.<sup>49</sup> Die diesbezüglichen Abklärungen haben grundsätzlich **von Amtes wegen**, d.h. auch ohne Antrag des betroffenen Unternehmens, zu erfolgen.<sup>50</sup> 14

Ausgehend von den Erläuterungen der **Gesetzesmaterialien**<sup>51</sup> soll sich der Prüfungsumfang dem Grundsatz nach auf die Frage beschränken, ob der 15

<sup>45</sup> Botschaft vom 18. Dezember 2002, S. 1646; vgl. Botschaft vom 28. September 1987, S. 719; VON DER CRONE/GRONER, Marktmacht, S. 62 f.; BÜHRER/RENFER, Medienkonzentration, Rz. 5 f.; vgl. SHK RTVG-WEBER, Art. 74 Rz. 28; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 45; BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, E. 4.1.3.

<sup>46</sup> Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 45 Rz. 22.

<sup>47</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 6; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.87; BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 145 f., BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 22; vgl. auch STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 281; BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 4.2.

<sup>48</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 6; BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 5.2.1.

<sup>49</sup> BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 5.2.2.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 39 KG i.V.m. 12 VwVG; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 3; vgl. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Rz. 23; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 53; Weko, RPW 2006/4, 632 Rz. 39, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>51</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994, S. 539, wonach die vorbehaltenen Vorschriften nur insoweit einen Ausschluss begründen, als «es bei ihrer Schaffung tatsächlich die

### Art. 3

---

Gesetzgeber von einem Marktversagen ausgegangen ist und deshalb den Wettbewerb in diesem Sektor mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften ausschliessen wollte, nicht jedoch ob ein derartiges Marktversagen effektiv vorliegt.<sup>52</sup> Nach Auffassung des **Bundesgerichts** bedarf es indessen keines tatsächlichen Nachweises des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens, einen bestimmten Bereich vom Wettbewerb auszuschliessen; die Feststellung, dass der betreffende Bereich gemäss Auslegung der in Frage stehenden Regelung nicht dem Wettbewerbsrecht unterliegt, reicht aus.<sup>53</sup> Eine diesbezügliche Willensbekundung des Gesetzgebers vermag auch indirekt zum Ausdruck zu kommen, wenn z.B. die erforderlichen legislatorischen Mittel zur Neutralisierung eines Marktversagens eingesetzt werden.<sup>54</sup>

- 16 Über das Vorliegen von wettbewerbsausschliessenden Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG in einem konkreten Fall vermag die Wettbewerbskommission nach Massgabe von Art. 18 Abs. 3 KG im Wege einer **selbständigen Teilverfügung** zu befinden.<sup>55</sup> Grundsätzlich ist die Wettbewerbskommission frei zu entscheiden, ob sie eine solche Verfügung erlässt; diese Frage ist indessen vorab zu klären, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein derartiger Vorschriften «rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet» behauptet.<sup>56</sup>

---

Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschliessen».

<sup>52</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 133; BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 160; vgl. SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 3; Weko, RPW 2006/4, 632 Rz. 38, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.7.

<sup>53</sup> BGE 129 II 497 E. 3.3.2 in Pra 2005 Nr. 39 S. 304 f.; so auch RENTSCH, Deregulierung, S. 179; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Rz. 7.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu RENTSCH, Deregulierung, S. 179; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 4; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 297.

<sup>55</sup> BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 4.3, 5.2.3; BGE 129 II 497 E. 2.4 in Pra 2005 Nr. 39 S. 296 f.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 283; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 18 Rz. 38; abw. Weko, RPW 2006/3, 514 Rz. 12, 14 f., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, wonach es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung handelt; so auch SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 3; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 24; zur Abgrenzung vgl. SHK BGG-VON WERDT, Art. 91 Rz. 2, 7.

<sup>56</sup> BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 5.2.3; Weko, RPW 2006/3, 514 Rz. 12, 14 f., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 283; vgl. auch CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 54.

Liegt eine wettbewerbsausschliessende Situation vor, sind kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen ausgeschlossen und der Wettbewerbskommission ist sowohl die Durchführung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG als auch der Erlass von Verfügungen gemäss Art. 30 KG bzw. der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG verwehrt.<sup>57</sup> Als Kompensation zum Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes im vorbehaltenen Bereich bleibt indessen die Abgabe von Empfehlungen gemäss Art. 45 KG an die politischen Behörden, z.B. mit Bezug auf zukünftiges Regulierungshandeln, zulässig<sup>58</sup>; ferner sind Stellungnahmen oder Gutachten gemäss Art. 46 f. KG möglich.<sup>59</sup>

## II. Staatliche Markt- und Preisordnung (Bst. a)

In Abhängigkeit von der Intensität des Marktversagens in einem bestimmten Wirtschaftsbereich und den gegenständlichen öffentlichen Interessen vermag der Gesetzgeber gemäss Art. 3 Abs. 1 KG unterschiedliche Regulierungsansätze zur Anwendung zu bringen.<sup>60</sup> Die «**Bereichsausnahme**»<sup>61</sup> von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG sieht diesbezüglich die Möglichkeit eines umfassenden Vorbehalts gegenüber dem Kartellrecht vor, im Rahmen dessen das marktwirtschaftliche System grundsätzlich durch eine staatliche Ordnung substituiert wird.<sup>62</sup> Die gesetzgeberische Intervention gründet auf der Überzeugung, dass eine staat-

<sup>57</sup> BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 22; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 3; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.87; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 51; BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 4.1.2, 5.2.1, 5.3.1.

<sup>58</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 133; WEBER, SIWR V/2, S. 46; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.87; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 283; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 45 Rz. 22 f.; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Rz. 22; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 3; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 51; BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 4.1.2.

<sup>59</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 283; BGer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 4.1.2; vgl. Weko, RPW 2006/3, 514 Rz. 13, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

<sup>60</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538.

<sup>61</sup> VOGEL, Staat, S. 185; RENTSCH, Deregulierung, S. 178 f.; AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886; UHLMANN, Staatshandeln, S. 205; vgl. auch CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 32.

<sup>62</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538.

### Art. 3

---

liche Ordnung im betroffenen Wirtschaftszweig zu besseren Resultaten führe als der freie Wettbewerb.<sup>63</sup>

- 19 Die Implementierung einer «staatlichen Markt- oder Preisordnung» in einem bestimmten Wirtschaftsbereich stellt einen **extensiven regulatorischen Eingriff** in die natürlichen Allokationsfunktionen des Wettbewerbs dar und schliesst in Folge dessen die Anwendung des Kartellgesetzes praktisch vollständig aus.<sup>64</sup> Die in Art. 3 Abs. 1 KG vorgenommene Differenzierung macht dabei deutlich, dass das Vorliegen eines umfassenden Vorbehaltes im Sinne einer ganzheitlichen Markt- oder Preisordnung **nur zurückhaltend anzunehmen** ist; der inhaltliche Umfang der gesetzgeberischen Intervention im Einzelfall ist im Wege der Auslegung zu eruieren.<sup>65</sup> Soweit im betreffenden Wirtschaftsbereich Raum für wettbewerbliches Verhalten besteht, bleibt, unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG, das Kartellgesetz anwendbar.<sup>66</sup>
- 20 Das Gesetz enthält weder eine Legaldefinition noch Beispiele für eine «**staatliche Markt- oder Preisordnung**» und hat die inhaltliche Spezifizierung des Terminus der Rechtsprechung und der Lehre überlassen.<sup>67</sup> Für die Qualifikation eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG finden sich im Schrifttum indessen unterschiedliche Begründungsansätze, deren Anwendungsvoraussetzungen divergieren können.<sup>68</sup>
- 21 In formeller Hinsicht besteht Einigkeit, dass eine Markt- oder Preisordnung auf **staatlichen Rechtsvorschriften** basieren muss, die über ein genügen-

---

<sup>63</sup> SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 2; VON BÜREN/MARBARCH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 282.

<sup>64</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 539; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8; vgl. STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 279, 281, demzufolge sich eine staatliche Markt- oder Preisordnung grundsätzlich auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen bezieht, aber die Bestimmungen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nur ausnahmsweise verdrängt; BGE 141 II 66 E. 2.3.1; BGE 129 II 497 E. 3.3.1 in Pra 2005 Nr. 39 S. 304.

<sup>65</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 4 f.

<sup>66</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 540; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 15; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 4; vgl. auch SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 764.

<sup>67</sup> Eingehend zur Genese des Begriffes STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 272 f.

<sup>68</sup> Für einen Überblick des Meinungsstands im Schrifttum vgl. RENTSCH, Deregulierung, S. 173 ff.

des Mass an Bestimmtheit verfügen (vgl. vorne N 9 f.).<sup>69</sup> Teilweise wird der hoheitliche und zwingende Charakter der implementierten Ordnung für das betreffende Unternehmen betont.<sup>70</sup> Die «**markttechnische Reichweite**» der Normen erstreckt sich indessen nur auf den regulierten Sektor und zeitigt keine Wirkungen auf den vor- bzw. nachgelagerte Märkten.<sup>71</sup>

Unter materiellen Gesichtspunkten ist in zwei Prüfungsschritten zu verfahren. In einem ersten Schritt sind **Zweck bzw. Intensität der staatlichen Regulierung** zu eruieren.<sup>72</sup> Dem Grundsatz nach hat der korrektive Eingriff in die Wirtschaftsordnung den Wettbewerb auf dem fraglichen Markt praktisch vollständig zu beseitigen und nimmt den betreffenden Unternehmen die Möglichkeit einer spürbaren Einflussnahme auf den wirtschaftlichen Koordinationsprozess.<sup>73</sup> Zu diesem Zweck ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, inwiefern die verschiedenen **ökonomischen Wettbewerbsparameter** von der staatlichen Regulierung betroffen sind.<sup>74</sup> Erforderlich ist eine rechtliche Einflussnahme auf einzelne oder mehrere grundlegende Elemente eines Marktes, wie z.B. Produktion, Verteilung oder Preisgestaltung.<sup>75</sup> Dabei sind neben absoluten auch «partielle Bereichsausnahmen» denkbar, deren Ausschlusswirkung sich im Verhältnis zum Kartellgesetz auf einen spezifischen Teilbereich beschränken.<sup>76</sup>

Im Falle einer **staatlichen Marktordnung** werden sämtliche Wettbewerbsparameter einem abweichenden Koordinationssystem unterworfen; ein wirksamer Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmer findet in diesem Bereich nicht

<sup>69</sup> RENTSCH, *Deregulierung*, S. 209; STOFFEL, *Wirtschaftstätigkeit*, S. 277 f.; WEBER, *SIWR V/2*, S. 47; vgl. VOGEL, *Staat*, S. 186; ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, S. 134; vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.3 in Pra 2005 Nr. 39 S. 305.

<sup>70</sup> STOFFEL, *Wirtschaftstätigkeit*, S. 277.

<sup>71</sup> STOFFEL, *Wirtschaftstätigkeit*, S. 278; VOGEL, *Staat*, S. 186.

<sup>72</sup> RENTSCH, *Deregulierung*, S. 209; AMSTUTZ, *Kartellgesetz*, S. 889; STOFFEL, *Wirtschaftstätigkeit*, S. 279.

<sup>73</sup> AMSTUTZ, *Kartellgesetz*, S. 889; VOGEL, *Staat*, S. 186; RENTSCH, *Deregulierung*, S. 209 f.; SCHMIDHAUSER, in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey*, Art. 3 Rz. 8.

<sup>74</sup> RENTSCH, *Deregulierung*, S. 209.

<sup>75</sup> SCHMIDHAUSER, in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey*, Art. 3 Rz. 8; SCHÜRMAN, *Handkomm. KG/PüG*, S. 766; WEBER/VOLZ, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, Rz. 1.90; DERS., *SIWR V/2*, S. 47; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 15; vgl. auch STOFFEL, *Wirtschaftstätigkeit*, S. 279; CARRON, *Concurrence*, S. 57; CR *Concurrence-MARTENET/CARRON*, Art. 3 Abs. 1 Rz. 36.

<sup>76</sup> RENTSCH, *Deregulierung*, S. 209 f.; vgl. auch CR *Concurrence-MARTENET/CARRON*, Art. 3 Abs. 1 Rz. 38.

### Art. 3

---

mehr statt.<sup>77</sup> Bei einer **staatlichen Preisordnung** beschränken sich die regulatorischen Massnahmen demgegenüber auf das besonders wichtige Element des «Preises» und eliminieren den diesbezüglichen Wettbewerb.<sup>78</sup> Die Einschränkung des Preiswettbewerbs in einem bestimmten Wirtschaftsbereich kann dabei entweder durch die Schaffung eines Monopols auf gesetzlicher Grundlage oder die Fixierung eines Tarifs erfolgen.<sup>79</sup> Die im Gesetzestext verwendete Konjunktion «oder» verdeutlicht in diesem Zusammenhang, dass bereits die Errichtung einer Preisordnung für sich alleine zu genügen vermag.<sup>80</sup>

- 24 Ausgehend von diesen Erwägungen ist von einem Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG namentlich dann auszugehen, «wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt oder beeinflusst sind, handle es sich um Produktions-, Verteilungs- oder Preisvorschriften».<sup>81</sup> Ob das betreffende Unternehmen über eine privat- oder öffentlich-rechtliche Organisationsform verfügt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.<sup>82</sup> In der Praxis haben die dargelegten wettbewerbstheoretischen Differenzierungen soweit ersichtlich kaum Niederschlag gefunden.
- 25 Als **klassische Beispiele** eines umfassenden Wettbewerbsausschlusses gelten namentlich der Landwirtschafts- und Agrarsektor.<sup>83</sup> Hinzuweisen ist in diesem

---

<sup>77</sup> STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 279; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8.

<sup>78</sup> AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886; STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 279 f.; RENTSCH, Deregulierung, S. 169; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8.

<sup>79</sup> BGE 129 II 497 E. 5.4.4 f.; Weko, RPW 2010/4, 656 Rz. 60, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>80</sup> Vgl. STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 280; RENTSCH, Deregulierung, S. 169; AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8; Weko, RPW 2010/4, 656 Rz. 60, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; wohl a.M. SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 4.

<sup>81</sup> SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 766; vgl. auch Botschaft vom 23. November 1994, S. 539; BGE 141 II 66 E. 2.3.1.

<sup>82</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 47; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 134; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8.

<sup>83</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 539; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8; SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 767; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 5; SUTTER, Marktordnung, S. 106 f.; BGE 4C.57/2006 vom 20.4.2006, E. 2.1 ff.; BGE 129 II 497 E. 3.3.1 in Pra 2005 Nr. 39 S. 304.

Kontext z.B. auf die frühere Käsemarktordnung sowie den Milchmarkt.<sup>84</sup> Zunehmende **Deregulierungs- und Öffnungstendenzen** haben zwischenzeitlich zu einer Reduktion der staatlichen Regulierung in diesen Bereichen beigetragen<sup>85</sup>; die reflexartige Annahme eines diesbezüglichen Anwendungsvorbehaltes nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG, z.B. im Bereich der Selbsthilfemassnahmen gemäss Art. 8 ff. LwG, erscheint vor diesem Hintergrund in zunehmenden Maße als zweifelhaft.<sup>86</sup> Ferner lassen sich der Bereich der öffentlichen Bildung, die Energiewirtschaft sowie die obligatorische Motorfahrzeughaftpflichtversicherung anführen.<sup>87</sup>

Erscheinungsformen einer **staatlichen Preisordnung** finden sich unter anderem auf dem Gesundheitsmarkt. Nach Massgabe von Art. 52 Abs. 1 Bst. b Krankenversicherungsgesetz (KVG) gelten bis zu einem gewissen Grad staatlich regulierte Höchstpreise für die auf der Spezialitätenlisten des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) aufgeführten Medikamente<sup>88</sup>; keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG existieren demgegenüber im Bereich der Hors-Liste Medikamente, deren Preisbildung den Regeln des freien Marktes unterliegt.<sup>89</sup> 26

Demgegenüber sind handels- und gewerbepolizeiliche Vorschriften, wie z.B. das Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) oder die Bankengesetzgebung **nicht als staatliche Markt- oder Preisordnung zu qualifizieren** (vgl. auch 27

<sup>84</sup> ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 134 f.; VKKP 4/1994, S. 39, 63, 101 f.; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 16; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 35.

<sup>85</sup> Vgl. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.91; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 16; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 5; DUCREY, Landwirtschaft, S. 124 f.; SUTTER, Marktordnung, S. 107; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 428.

<sup>86</sup> DUCREY, Landwirtschaft, S. 128 f., 133, 136; differenzierend SUTTER, Marktordnung, S. 107 f., 116 ff.; Urteil (Obergericht des Kantons Bern) vom 27.8.2014, sic! 12/2015, S. 697 E. 4.3 f. S. 699.

<sup>87</sup> BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 2; WEBER, SIWR V/2, S. 47; BGE 129 II 497 E. 3.3.1 in Pra 2005 Nr. 39 S. 304; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.93; vgl. auch ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 134 f.; siehe ferner die Beispiele bei STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 274 ff.; vgl. SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 768.

<sup>88</sup> Weko, RPW 2010/4, 656 Rz. 62, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; eingehend RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 429.

<sup>89</sup> Weko, RPW 2010/4, 656 Rz. 63 f., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 429; vgl. auch CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 45.



### Art. 3

---

vorne N 11).<sup>90</sup> Kein umfassender Anwendungsausschluss im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG besteht zudem mit Bezug auf den privatrechtlichen Tätigkeitsbereich der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt.<sup>91</sup>

### III. Unternehmen mit besonderen Rechten (Bst. b)

- 28 Handelt es sich um **Marktversagen geringerer Intensität**, das keinen umfassenden Eingriff im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung erfordert, kann sich der Gesetzgeber bei seiner regulatorischen Intervention auf eine **punktueller Abweichung** von der Wettbewerbsordnung nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG beschränken.<sup>92</sup> Zur Verwirklichung der avisierten öffentlichen Interessen- und Gemeinwohlziele können in Folge dessen einzelne privat- oder öffentlich-rechtliche Unternehmen mit besonderen Rechten betraut werden.<sup>93</sup> Die als «**Legalausnahme**»<sup>94</sup> bezeichnete Erscheinungsform wettbewerbswirtschaftlicher Interferenz fungiert als subsidiärer Auffangtatbestand bzw. als Sonderfall der extensiven Bereichsausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG.<sup>95</sup>
- 29 Die Annahme eines subjektiv-begrenzten Vorbehaltes im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG setzt voraus, dass die massgeblichen Rechtsvorschriften dem betreffenden Unternehmen zwecks Rechtfertigung marktwidriger Verhaltensweisen eine **wettbewerbliche Sonderstellung** unmittelbar zuerkennen; die inhaltliche Ausgestaltung der mit der Übertragung besonderer Rechte verbun-

---

<sup>90</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 135; SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, 768; vgl. auch STOFFEL, Wirtschaftstätigkeit, S. 276; eingehend BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 17; mit gleichem Ergebnis für den Fernmeldebereich Weko, RPW 2005/1, 89 f. Rz. 224, 229, *Swisscom Directories AG*.

<sup>91</sup> BGE 127 II 32 E. 3f.; nunmehr Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie (Meteo Schweiz); vgl. Art. 4 MetG; vgl. BGer 2P.67/2004 vom 23.9.2004, E. 1.5.

<sup>92</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 540.

<sup>93</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 540; WEBER, SIWR V/2, S. 47; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 9; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 136.

<sup>94</sup> AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886; VOGEL, Staat, S. 185; RENTSCH, Deregulierung, S. 178, 210 ff.; UHLMANN, Staatshandeln, S. 206.

<sup>95</sup> AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 890; vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 18; vgl. SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 8; vgl. auch Botschaft vom 23. November 1994, S. 540, wonach ein besonderes Recht in der Regel keine allgemeine Markt- oder Preisordnung begründet.

denen öffentlichen Aufgabenerfüllung vermag sich indessen unterschiedlich darzustellen.<sup>96</sup> Die aus der Einräumung von besonderen Rechten resultierende **Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen**, z.B. durch Quersubventionierung oder wettbewerbswidriges Preisgeben, ist dabei nicht zu unterschätzen.<sup>97</sup>

Der **Umfang des Anwendungsausschlusses** ist im Vergleich zu einer Markt- oder Preisordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG beschränkter; der Vorbehalt betrifft nicht einen bestimmten Markt in seiner Gesamtheit, sondern erfasst **nur das Marktverhalten eines spezifischen Unternehmens**.<sup>98</sup> Die Verwirklichung der vom Gesetzgeber angestrebten Regulierungsziele macht einen Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes lediglich mit Bezug auf den eng definierten wirtschaftlichen Teilbereich, in welchem dem betreffenden Unternehmen zum Zwecke der öffentlichen Aufgabenerfüllung besondere Rechte eingeräumt wurden, erforderlich.<sup>99</sup> **Ausserhalb der gewährten «punktuellen Vorzugsstellung»** sind die privilegierten Unternehmen des privaten oder öffentlichen Rechts zu wettbewerbskonformem Verhalten unter Einhaltung der Grundsätze des Kartellrechts angehalten.<sup>100</sup> Das Gesetz unternimmt somit eine grundlegende Unterscheidung zwischen einem öffentlichen, hoheitlichen Bereich, in welchem das Wettbewerbsrecht nicht zur Anwendung gelangt, und einem Bereich des unternehmerischen Staatshandelns, das der Geltung der Wettbewerbsregeln untersteht.<sup>101</sup>

Besondere Rechte im vorgenannten Sinne stellen namentlich die **staatlichen Monopole** dar.<sup>102</sup> Als Grundlage für einen partiellen Wettbewerbsausschluss

<sup>96</sup> VOGEL, Staat, S. 186; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 136; AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 891; UHLMANN, Staatshandeln, S. 206; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 40; BGE 141 II 66 E. 2.3.1.

<sup>97</sup> RENTSCH, Deregulierung, S. 211; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 11; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 136 f.; vgl. HÜBSCHER/RIEDER, Wettbewerbsrecht, S. 439 f.; vgl. UHLMANN, Staatshandeln, S. 206.

<sup>98</sup> VOGEL, Staat, S. 186.

<sup>99</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 538, 540; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 9; RENTSCH, Deregulierung, S. 211; VOGEL, Staat, S. 186; vgl. AMSTUTZ, Kartellgesetz, S. 886, 890 f.; vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5

<sup>100</sup> Vgl. Botschaft vom 23. November 1994, S. 540 Fn. 110; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 20; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 5; WEBER, SIWR V/2, S. 47; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 40.

<sup>101</sup> BGer 2P.67/2004 vom 23.9.2003, E. 1.5; BGE 129 II 497 E. 3.3.1; BGE 127 II 32 E. 3 f.

<sup>102</sup> BGE 141 II 66 E. 2.3.1; BGE 129 II 497 E. 3.3.1 in Pra 2005 Nr. 39 S. 304; zur Terminologie von Monopol und Regal vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 373, 610 f.; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 42.

### Art. 3

---

fungieren indessen nur **rechtliche Monopole**, die durch Rechtssatz begründet werden.<sup>103</sup> **Faktische Monopole**, die private Marktakteure von einer wirtschaftlichen Tätigkeit aufgrund der faktischen Gegebenheiten ausschliessen<sup>104</sup>, vermögen den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG demgegenüber nicht zu genügen.<sup>105</sup>

- 32 Als **Beispiele** für Unternehmen mit besonderen Rechten nennen die Gesetzesmaterialien namentlich die Regiebetriebe des Bundes<sup>106</sup>, denen allokativen Staatsaufgaben übertragen wurden. Zudem sind Unternehmen einschlägig, die ihre «Vorzugsstellung» aus dem kantonalen bzw. kommunalen Recht ableiten.<sup>107</sup> Derartige Betriebe, die aufgrund eines kantonalen Versorgungsauftrages tätig sind, finden sich insbesondere im Bereich der Wasser-, Gas- oder Elektrizitätswirtschaft.<sup>108</sup>
- 33 Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang in Übereinstimmung mit der h.L. indessen klargestellt, dass ein derartiger öffentlicher Versorgungsauftrag als rechtliches Monopol ausgestaltet sein muss, um einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen zu können.<sup>109</sup> Ausgehend von diesem Befund vermögen zwar auch **mittelbar rechtliche Monopole**, die auf die verpflichtende Benutzung einer öffentlichen Anstalt zurückzuführen sind<sup>110</sup>, einen Anwendungsvorbehalt zu begründen, nicht jedoch rein **faktische Monopole**, die sich aus der Herrschaft des Staates über die öffentlichen Sachen gemäss

<sup>103</sup> BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 18 f.; BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 162 f.; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 6; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 373, 610 f.; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 43.

<sup>104</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 611.

<sup>105</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 6; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 18; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 43; BGE 129 II 497 E. 5.4.7 in Pra 2005 Nr. 39 S. 315.

<sup>106</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 540 Fn. 110; historisch sind hierzu namentlich die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) sowie die schweizerischen Post-, Telefon- und Telegrafien-Betriebe (PTT) zu zählen; siehe RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 328; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 370; vgl. UHLMANN, Staatshandeln, S. 68 ff.; vgl. auch BGE 127 II 32 E. 3 f.

<sup>107</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 540 Fn. 110; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 10.

<sup>108</sup> BISCHOF, Stromdurchleitung, S. 162; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 9; WEBER, SIWR V/2, S. 47; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 7; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 19.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 129 II 497 E. 3.1, 5.4.7 ff. in Pra 2005 Nr. 39 S. 315.

<sup>110</sup> HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 287, 551 f.

Art. 664 ZGB ableiten.<sup>111</sup> Daneben können auch Spitäler mit kantonalem oder kommunalem Versorgungsauftrag sowie Verwertungsgesellschaften in den Anwendungsbereich der Norm fallen.<sup>112</sup>

## C. Immaterialgüterrechtliche Vorschriften (Abs. 2)

### I. Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht

#### 1. Theoretischer Hintergrund

Nach Massgabe von Art. 3 Abs. 2 KG findet das Kartellgesetz keine Anwendung auf **«Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben»**.<sup>34</sup> Bereits die früheren Versionen des Kartellgesetzes enthielten vergleichbare Vorbehalte<sup>113</sup>; obschon die verwendeten Formulierungen von derjenigen in Art. 3 Abs. 2 KG abwichen, hat keine inhaltliche Divergenz der betreffenden Bestimmungen bewirkt werden sollen.<sup>114</sup> Indessen anerkennt bereits die BOTSCHAFT, dass die Abgrenzung der legitimen Ausübung eines Immaterialgüterrechts von einer kartellrechtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung **in der Praxis Schwierigkeiten** bereiten kann.<sup>115</sup> Eine ähnliche Unschärfe findet sich auch im Bereich des Lizenzvertragsrechts, welches eine spezifischen Ausschnitt des Verhältnisses zwischen dem Kartellrecht und der Gesetzgebung über das geistige Eigentum konstituiert (vgl. hinten N 75 ff.).<sup>116</sup>

Der in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG verwendete Begriff des **«geistigen Eigentums»**<sup>35</sup> ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen und umfasst sämtliche gesetz-

<sup>111</sup> BGE 129 II 497 E. 5.4.7 in Pra 2005 Nr. 39 S. 315.

<sup>112</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 136 f.; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 300 f.; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.100; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 43, 46, 48; vgl. BGer 2P.67/2004 vom 23.9.2004, E. 1.8; BGE 129 II 497 E. 5.4.9 in Pra 2005 Nr. 39 S. 317 f.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 44 Abs. 4 KG 1985 und Art. 23 Abs. 2 KG 1962; zur historischen Entwicklungsgeschichte vgl. SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 16 ff.; WEBER, SIWR V/2, S. 49; SCHLUEP, Markenrecht, S. 16 f.; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 7 ff.

<sup>114</sup> SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 24; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 195; ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 155.

<sup>115</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541 f.; vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 48; SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 241; SCHRANER, Kartellrecht, S. 95.

<sup>116</sup> Vgl. SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 241 f.

### Art. 3

---

lichen Regelungen des Immaterialgüterrechts, die ein besonderes Recht verleihen.<sup>117</sup> Als gegenständlich sind namentlich das Patent-, Marken-, Design- und Urheberrecht sowie das Sorten- bzw. Topographieschutzrecht anzusehen.<sup>118</sup> Ob auch **Know-how** unter den Begriff des geistigen Eigentums subsumiert werden kann, ist umstritten.<sup>119</sup> Aufgrund der offenen Formulierung vermag sich das Gesetz an zukünftige technologische Entwicklungen flexibel anzupassen.<sup>120</sup>

- 36 Im Unterschied zu den dinglichen Eigentumsrechten nehmen Immaterialgüterrechte auf unkörperliche Güter Bezug und vermitteln **gesetzliche Ausschliesslichkeitsrechte mit erga-omnes Wirkung**.<sup>121</sup> In Folge dessen kann der Innovator exklusiv über die Herstellung, Inverkehrsetzung und Verwertung des geschützten Immaterialgutes entscheiden und erhält zwecks Amortisierung getätigter Entwicklungskosten einen zeitlich begrenzten Vorsprung im Wettbewerb.<sup>122</sup>
- 37 Gelangt ein auf Grundlage eines Immaterialgüterrechts hergestelltes Produkt durch den Rechteinhaber selbst bzw. mit dessen Einverständnis in den Wirtschaftsverkehr, **«erschöpft» sich das anderschutzrechtliche Privileg** mit Bezug auf den konkreten Gegenstand, auf dessen weitergehende Verwendung durch den Erwerber der Rechteinhaber keinen Einfluss mehr zu nehmen vermag.<sup>123</sup> Auf diese Weise wird ein Interessenausgleich zwischen den immaterialgüterrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Schutzrechteinhabers und den dinglich basierten Nutzungsrechten am anderschutzrechtlich geschützten

---

<sup>117</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541.

<sup>118</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.101; WEBER, SIWR V/2, S. 48; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 8; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 1; MEYER, Grenzziehung, S. 332.

<sup>119</sup> Zustimmend: MEYER, Grenzziehung, S. 332; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.101; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 69; ablehnend: VON BÜREN, SIWR I/1, S. 408; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 8; SCHLUEP, Handkomm. KG/PüG, S. 181; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 419; DERS., Janusgesicht, S. 342; FIALA, Kartellrecht, S. 131; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 58 f.

<sup>120</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541.

<sup>121</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 1; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 9; SCHRANER, Kartellrecht, S. 32, 38 f.

<sup>122</sup> Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 1; SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 242; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 250; OFK URG-REHBINDER/VIGANÒ, Art. 1 Rz. 9; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 138; HILTY, Kartellrecht, S. 34.

<sup>123</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 250 f.

Produkt gewährleistet.<sup>124</sup> Abhängig davon, ob die Wirkung des Immaterialgüterrechts mit der rechtmässigen Inverkehrsetzung eines Produktes im Inland oder im Ausland endet, ist zwischen **nationaler bzw. internationaler Erschöpfung** zu differenzieren (vgl. hinten N 57 ff.).<sup>125</sup>

Das Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht war und ist durch ein komplexes Wechselspiel gekennzeichnet, dessen konkrete Funktionsweise schon lange Anlass zu Diskussion gab. In Rechtsprechung und Lehre ist früher die Auffassung vertreten worden, dass den beiden Rechtsgebieten **konfligierende Interessenlagen** zugrunde liegen.<sup>126</sup> Im Unterschied zum Immaterialgüterrecht, das dem Rechteinhaber im Bereich des betreffenden Schutzrechts eine «Monopolstellung» verleiht und Dritte vom Wettbewerb ausschliesst<sup>127</sup>, ist das Kartellrecht darauf ausgerichtet, wettbewerbswidrigen Absprachen und dem Missbrauch bzw. der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung entgegenzuwirken.<sup>128</sup> Die in der älteren Lehre postulierte **Eigenständigkeitstheorie**, welche der Vorgängerbestimmung des Art. 23 Abs. 2 KG 1962 zu Grunde lag<sup>129</sup>, ging noch von einer strikten Trennung der beiden Rechtsgebiete aus und verstand die Immaterialgüterrechtsgesetzgebung als einen autonomen Regelungsbereich, der «immun» gegenüber den Einwirkungen des Kartellrechts sei.<sup>130</sup>

Das Verständnis eines exklusiven Anwendungsverhältnisses der beiden Rechtsgebiete erodierte jedoch in zunehmendem Masse und wurde von der Auffassung abgelöst, dass auch Immaterialgüterrechte unter gewissen Voraussetzungen

<sup>124</sup> SCHRANER, Kartellrecht, S. 150.

<sup>125</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 251.

<sup>126</sup> Vgl. SCHRANER, Kartellrecht, S. 96; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 17 f.; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 407; HILTY, Kartellrecht, S. 33; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 186 f.; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 1.

<sup>127</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 9, 13; WEBER, SIWR V/2, S. 48; SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 769; DESSEMONTET, SIWR I/1, S. 17; SCHRANER, Kartellrecht, S. 40; SCHLUEP, Nachahmung, S. 344; kritisch DERS., Geltungsschranken, S. 240 f.

<sup>128</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 2; SCHRANER, Kartellrecht, S. 95 f.; JOVANOVIC, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 68 f.

<sup>129</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 13.

<sup>130</sup> SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 256; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 20 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 2, 9; DERS., Janusgesicht, S. 329 f.; WEBER, SIWR V/2, S. 50; FIALA, Kartellrecht, S. 132 f.; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 23.

### Art. 3

---

dem Anwendungsbereich des Kartellrechts unterstellt seien.<sup>131</sup> Erklärtes Ziel war eine **abstrakte Differenzierung** zwischen kartellrechtlich zulässigen Verhaltensweisen, welche von der aus der immaterialgüterrechtlichen Exklusivposition resultierenden Rechtsmacht abgedeckt sind, und der unzulässigen Ausübung sonderschutzrechtlicher Ausschliesslichkeitsrechte, die wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigt.<sup>132</sup>

- 40 Diese auf formale Kriterien abgestützte Unterscheidung zwischen «Bestand» und «Ausübung» von immaterialgüterrechtlichen Rechtspositionen fand erstmals in der anglo-amerikanischen *inherency doctrine* dogmatischen Niederschlag<sup>133</sup>; diese Theorie wurde im europäischen Rechtskreis durch die **Lehre des spezifischen Gegenstandes** des EuGH<sup>134</sup> oder durch die sog. **Inhaltstheorie**<sup>135</sup> des deutschen Rechts rezipiert.<sup>136</sup> Die schweizerische Doktrin ist von diesen Entwicklungen nicht unbeeinflusst geblieben und hat in diesem Zusammenhang zwei Ansätze ausgebildet. In vergleichbarer Weise unternimmt die sog. **Immanenztheorie** die Würdigung eines Sachverhalts aus dem Blickwinkel des dem betreffenden Immaterialgüterrechts immanenten Schutzrechtsgehaltes und deduziert die kartellrechtlichen Schranken diesbezüglichen wirtschaftlichen Handels aus der Immaterialgüterrechtsgesetzgebung selbst.<sup>137</sup> Die sog. **Missbrauchstheorie** knüpft demgegenüber an einen unbestimmten Rechtsbegriff mit wettbewerblichen Bezug an und vermutet eine Unvereinbarkeit mit dem Kartellrecht lediglich im Falle der missbräuchlichen Ausübung eines sonderschutzrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechts.<sup>138</sup>

---

<sup>131</sup> Vgl. Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.1, wonach die Eigenständigkeitstheorie als überholt anzusehen ist.

<sup>132</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 43; DERS., in: Zäch, S. 44.

<sup>133</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 43; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 23.

<sup>134</sup> Vgl. EuGH vom 6.8.1971 C-78/70, *Deutsche Grammophon/Metro*, Slg. 1971 I-487 Rz. 11 f.; EuGH 3.7.1974 C-192/73, *van Zuylen/Hag*, Slg. 1974 I-731 Rz. 7/10; vgl. auch HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 239 m.w.H.; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 28 f.

<sup>135</sup> Vgl. NORDEMANN, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 1 Rz. 204; FUCHS, in: Immennga/Mestmäcker, GVO, Einleitung, Rz. 2.

<sup>136</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 406 Fn. 87; HEINEMANN, in: Zäch, S. 44.

<sup>137</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 14; so bereits DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 406; DERS., Janusgesicht, S. 330; WEBER, SIWR V/2, S. 50; FIALA, Kartellrecht, S. 136.

<sup>138</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 14; so bereits DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 406;

In der Zwischenzeit hat sich nicht nur in der schweizerischen Doktrin die Überzeugung gefestigt, dass die Annahme eines genuinen Konfliktes zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht verfehlt wäre; vielmehr ist von einer «**Zielparallelität**»<sup>139</sup> bzw. von «**kongruente[n] Ziele[n]**»<sup>140</sup> der beiden Rechtsgebieten auszugehen, die in einem komplementären, sich ergänzenden Verhältnis zueinander stehen.<sup>141</sup> Zwar erlauben die den Immaterialgüterrechten inhärenten Ausschliesslichkeitsrechte, Leistungsimitationen durch Dritte zu unterbinden und gewähren dem Innovator einen zeitlich begrenzten Wettbewerbsvorteil.<sup>142</sup> Aufgrund der damit geschaffenen Anreize für wettbewerbsfördernde Innovationen verursacht die vom Gesetzgeber **bewusst eingeräumte rechtliche Exklusivstellung** unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten keine unmittelbaren Bedenken.<sup>143</sup> Das Kartellrecht als Korrektiv hat indessen einzugreifen, wenn der Rechteinhaber seine **Vorzugstellung in unzulässiger Weise ausdehnt** und die Funktionsfähigkeit des (Substitutions-) Wettbewerbs gefährdet.<sup>144</sup>

Als Folge dieser adaptierten Sichtweise stützt sich die Beurteilung verpönter schutzrechtsbasierter Verhaltensweisen nicht mehr ausschliesslich auf formell-abstrakte Elemente, sondern ist in die **massgeblichen ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen** einzubetten.<sup>145</sup> Die Berücksichtigung der wettbewerbsrelevanten Umstände des jeweiligen Einzelfalls, die auch in der

DERS. Janusgesicht, S. 330; DERS., Kartellrecht, S. 36 f.; MEYER, Grenzziehung, S. 332; WEBER, SIWR V/2, S. 50; FIALA, Kartellrecht, S. 135.

<sup>139</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 15; DERS., Kartellrecht, S. 34.

<sup>140</sup> RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 187.

<sup>141</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 48; DERS., Schutzrechte, S. 34, 41; HILTY, Kartellrecht, S. 34 f.; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 5, 14 f.; vgl. Evaluationsgruppe, Studie, S. 9; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 2; zum europäischen Recht vgl. FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, GVO, Einleitung, Rz. 1.

<sup>142</sup> SCHLUEP, Nachahmung, S. 345.

<sup>143</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 299, 407; SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 240 f.; DERS., Nachahmung, S. 346; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 2; vgl. auch FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, GVO, Einleitung, Rz. 1; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 187.

<sup>144</sup> SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 240 f.; DERS., Nachahmung, S. 346; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 2; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 299.

<sup>145</sup> SCHLUEP, Nachahmung, S. 346; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 4, 14; DERS., Kartellrecht, S. 37; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 41; zum Ganzen DERS., in: Zäch, S. 45 f.; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 47.



### Art. 3

---

sog. *rule of reason*<sup>146</sup> zum Ausdruck kommt, wird in diesem Zusammenhang im schweizerischen Schrifttum bereits seit längerer Zeit befürwortet.<sup>147</sup>

- 43 Die vorstehenden Ausführungen legen sowohl im internationalen als auch im schweizerischen Kontext einen vertieften Diskurs über die Beziehung von Kartell- und Immaterialgüterrecht dar, welche einem steten Wandel unterworfen war.<sup>148</sup> In Abkehr von der ursprünglichen Auffassung gänzlich separierter Rechtsmaterien ohne wechselseitige Bezüge, begreift die neuere Lehre das Kartell- und Immaterialgüterrecht als **äquivalente Bestandteile einer ganzheitlichen Wirtschaftsordnung**, die unterschiedliche Funktionen erfüllen, aber vergleichbare Zwecke verfolgen. Beide Rechtsgebiete streben geeignete Rahmenbedingungen für wettbewerblich erwünschte Innovationen und die Wohlstandsmehrung auf Seiten der Konsumenten an.<sup>149</sup>

## 2. Anwendungsgrundsätze

- 44 In Form einer ersten Eingriffsschwelle setzt der Tatbestand von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG das Vorhandensein von **«Wettbewerbswirkungen»**<sup>150</sup> im Sinne von Sachverhalten, die sich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben<sup>151</sup>, voraus. Zeitigen die Vorkehren eines Schutzrechteinhabers keine Auswirkungen im Wettbewerb, ist der betreffende Sachverhalt nicht einer eingehenden kartellrechtlichen Überprüfung zu unterziehen.<sup>152</sup> Zwar lassen sich der Norm selbst keine Beurteilungskriterien entnehmen, die klar festlegen, wann von einer solchen unerwünschten Verhaltensweise auszugehen ist<sup>153</sup>; von der Sache her sind indessen keine besonders hohen Anforderungen an das Vorliegen dieses

---

<sup>146</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 29 f., 39; vgl. SCHLUEP, Nachahmung, S. 346; kritisch MEYER, Grenzziehung, S. 332.

<sup>147</sup> So bereits SCHLUEP, Nachahmung, S. 346; DERS., Geltungsschranken, S. 242 f.; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 27; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 10; kritisch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 51 f.

<sup>148</sup> Vgl. HEINEMANN, Schutzrechte, S. 33, der zu Recht darauf hinweist, dass in den Grundsatzen lediglich «relative Klarheit» erlangt wurde.

<sup>149</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 45; SCHRANER, Kartellrecht, S. 95 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 15; DERS., Kartellrecht, S. 34; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 14; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 187.

<sup>150</sup> Zu Kritik an der Terminologie vgl. CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 38 f.

<sup>151</sup> Vgl. SCHLUEP, Geltungsschranken, S. 261.

<sup>152</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 25.

<sup>153</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 25.

Elementes zu stellen, um der anschliessenden materiellen Prüfung nicht vorwegzugreifen.<sup>154</sup>

Mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahre 1995 erfuhr der Anwendungsvorbehalt immaterialgüterrechtlicher Vorschriften eine einschränkende Präzisierung.<sup>155</sup> Im Unterschied zum allgemeinen Anwendungsausschluss gemäss Art. 23 Abs. 2 KG 1965 sollen allfällige aus den Rechten des geistigen Eigentums resultierende Wettbewerbsbeschränkungen nur dann einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG statuieren, wenn sie sich **«ausschliesslich»** aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, d.h. aus dem «materiellen Gehalt der angerufenen Rechte ergeben».<sup>156</sup> Praktisch sind indessen kaum Fallkonstellationen vorstellbar, in welchen Wettbewerbswirkungen ausschliesslich aus der Immaterialgüterrechtsgesetzgebung resultieren.<sup>157</sup>

Die vorangegangene abstrakt-theoretische Auseinandersetzung mit der Norm ist als Folge dessen einem auf die adaptierte Terminologie des Gesetzestextes fokussierten Diskurs gewichen. Im schweizerischen Schrifttum lassen sich in diesem Zusammenhang zwei Interpretationsansätze voneinander unterscheiden.<sup>158</sup> Gemäss der in der älteren Literatur vertretenen **«extensiven Auffassung»** verweist der Zusatz «ausschliesslich» nicht lediglich auf die den Immaterialgüterrechten inhärente subjektive Rechtsposition, sondern verlangt zudem eine Einordnung in den wettbewerblichen Gesamtkontext<sup>159</sup>; nur unter Berücksichtigung des den schutzrechtsbezogenen Handlungen des Rechteinhabers zugrundeliegenden Zwecks und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb kann beurteilt werden, ob die Inanspruchnahme von subjektiven Ausschliesslichkeitsrechten schlichten Rechtsgenuss darstellt oder aber

<sup>154</sup> So auch Evaluationsgruppe, Studie, S. 8, wonach Wettbewerbswirkungen bereits aufgrund der Nutzung von Schutzrechten zu bejahen sind; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 38.

<sup>155</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541; HEINEMANN, in: Zäch, S. 48; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 3; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 195.

<sup>156</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 195; vgl. auch DUCREY, Kodak, S. 121.

<sup>157</sup> Evaluationsgruppe, Studie, S. 8.

<sup>158</sup> Zum Ganzen WEBER, SIWR V/2, S. 50.

<sup>159</sup> SCHLUEP, Handkomm. KG/PüG, S. 179; ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 174 f.; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; WEBER, SIWR V/2, S. 50; FIALA, Kartellrecht, S. 130; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 27; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 407; DERS., Janusgesicht, S. 331; SCHRANER, Kartellrecht, S. 113; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 196.

### Art. 3

---

objektiv wettbewerbsbeschränkende Ziele verfolgt.<sup>160</sup> Eine **konzeptionelle Schwäche** ist insbesondere in der subjektiven Ausrichtung des Auslegungsansatzes zu erblicken, der immaterialgüterrechtsbasiertes Wettbewerbsverhalten einer kartellrechtlichen Überprüfung entzieht, solange damit keine wettbewerbsbeschränkende Intention des Schutzrechteinhabers einher geht.<sup>161</sup>

- 47 Demgegenüber befürworten die Vertreter der im jüngeren Schrifttum vorherrschenden **«restriktiven Auffassung»** eine teleologische Reduktion bzw. «Engführung» der Norm<sup>162</sup>; demnach fallen nicht jegliche Wettbewerbswirkungen im Zusammenhang mit der Gesetzgebung über das geistige Eigentum unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG, sondern nur solches Wettbewerbshandeln, dessen beschränkende Wirkung «ausschliesslich», d.h. als eine **direkte und unmittelbare Folge**, aus dem betreffenden Immaterialgüterrechtsgesetz selbst resultiert.<sup>163</sup> Übt der Rechteinhaber innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen die den Immaterialgüterrechten inhärenten Ausschliesslichkeitsrechte aus oder unterbindet er eine Nutzung des Immaterialgutes durch Dritte, sind diese Vorkehren als zulässige Wettbewerbswirkungen zu qualifizieren.<sup>164</sup>
- 48 Versucht der Rechteinhaber den Schutzbereich der ihm zuerkannten subjektiven Rechtsposition über das erlaubte Mass hinaus auf Drittpersonen auszuweiten, unterliegen diese mittelbar durch Immaterialgüterrechte verursachten Wettbewerbsbeschränkungen der Beurteilung durch das Kartellrecht.<sup>165</sup> Die h.L. nimmt in diesem Zusammenhang eine grundsätzliche **Differenzierung**

---

<sup>160</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 174 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 27; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 407; DERS., Janusgesicht, S. 331; DERS., Kartellrecht, S. 37; WEBER, SIWR V/2, S. 50; SCHRANER, Kartellrecht, S. 113.

<sup>161</sup> Vgl. BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 27.

<sup>162</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 48; DERS., Schutzrechte, S. 41; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 196, 200; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 48; vgl. auch Evaluationsgruppe, Studie, S. 8; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 60 f.

<sup>163</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 41; WEBER, SIWR V/2, S. 50; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 28; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 408; DERS., Janusgesicht, S. 332; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 196 f.; FIALA, Kartellrecht, S. 130; DUCREY, Kodak, S. 122; Sekretariat der Weko, RPW 2006/3, 435 Rz. 28, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

<sup>164</sup> HILTY, Janusgesicht, S. 332; DERS., Kartellrecht, S. 37; SCHRANER, Kartellrecht, S. 113.

<sup>165</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.105.

**zwischen Wettbewerbsabreden und einseitigen Verhaltensweisen** vor.<sup>166</sup> Trifft der Rechteinhaber, als Ausdruck der **positiven Vertragsfreiheit**, eine einvernehmliche Abrede über das betreffende Immaterialgüterrecht mit einem anderen Wettbewerber, wie z.B. im Rahmen einer Lizenzierung oder Rechteübertragung (vgl. hinten N 75 ff.), ist die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes unbestritten<sup>167</sup>; nicht anders zu beurteilen ist die zweite Konstellation dieser Fallgruppe, in welcher der Rechteinhaber seine marktbeherrschende Stellung nutzt, um die Zustimmung zu einer solchen Vereinbarung zu erwirken.<sup>168</sup> Die angestrebten Wettbewerbswirkungen bzw. -beschränkungen sind in diesen Fällen in erster Linie Ausdruck der vertraglichen Verfügung und ergeben sich nicht «ausschliesslich» aus der Immaterialgüterrechtsgesetzgebung.<sup>169</sup>

Umstritten ist indessen, ob das Kartellrecht auch auf einseitige Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet, die als Schutzrechteinhaber keinen bzw. nur ungenügenden Gebrauch von ihrem Recht machen oder die **negative Vertragsfreiheit** ausnützen.<sup>170</sup> Gemäss einem Teil der Lehre ist die Anwendbarkeit des Kartellrechts zu bejahen, wenn das betreffende Immaterialgüterrecht eine «**essential facility**» darstellt<sup>171</sup>; dabei

<sup>166</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; vgl. auch die Übersicht bei HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 418; kritisch MEYER, Grenzziehung, S. 334; ebenso FIALA, Kartellrecht, S. 149 f.; ablehnend zur Differenzierung zwischen positiver und negativer Vertragsfreiheit CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 58.

<sup>167</sup> Ausdrücklich Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; Urteil (Handelsgericht des Kantons Bern) vom 6.7.2005, sic! 5/2006, S. 348 E. 4 b S. 353; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 197; HILTY, Janusgesicht, S. 332, 338; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 415 f.; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 17; vgl. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.107; WEBER, SIWR V/2, S. 51; BÜRGI/LAND, Patentrecht, S. 388; Sekretariat der Weko, RPW 2006/3, 435 Rz. 29, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

<sup>168</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Bern) vom 6.7.2005, sic! 5/2006, S. 348 E. 4 b S. 353; vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 415 f.; DERS., Janusgesicht, S. 338; WEBER, SIWR V/2, S. 51.

<sup>169</sup> HILTY, Janusgesicht, S. 332; SCHRANER, Kartellrecht, S. 113; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 407; vgl. auch SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 25.

<sup>170</sup> Ausdrücklich Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 412 f., 415; DERS., Janusgesicht, S. 337 f.; WEBER, SIWR V/2, S. 51; vgl. auch RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 197.

<sup>171</sup> Ausdrücklich Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; WEBER, SIWR V/2, S. 51; HEINEMANN, in: Zäch, S. 49; vgl. auch RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 197; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 412 f.; DERS., Janusgesicht, S. 335; zu immaterialgüterrechtlich geschützten Positionen als *essential*

### Art. 3

---

lässt der blosse Bestand eines solchen unverzichtbaren immateriellen Gutes noch keine Rückschlüsse auf die darüber hinaus erforderliche missbräuchliche Nichtnutzung zu.<sup>172</sup> Allgemeingültige Aussagen sind in diesem Kontext nur schwer zu treffen und werden den Besonderheiten der einzelnen Immaterialgüterrechte zudem lediglich unzureichend gerecht; zwar ist das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung im Falle eines Patents durchaus denkbar und nicht auszuschliessen, dass eine einseitige Zugangsverweigerung einen anderen Wettbewerber in der Aufnahme oder Ausübung des freien Wettbewerbs einschränkt, doch sind derartige Konstellationen im Bereich des Marken- oder Urheberrechts kaum vorstellbar.<sup>173</sup>

- 50 Der restriktive Auslegungsansatz steht im Einklang mit den Erläuterungen der BOTSCHAFT, die sich ausgehend vom Gesetzestext für eine «einschränkende Interpretation des Vorbehaltes»<sup>174</sup> und damit für einen **weiten Anwendungsbereich des Kartellgesetzes** ausspricht.<sup>175</sup> Die Schlussfolgerung, dass nur dann von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist, wenn Sonderschutzrechte für «rein wettbewerbsbeschränkende Ziele» zweckentfremdet und missbraucht werden<sup>176</sup>, ist aufgrund der damit einhergehenden Ausweitung des immaterialgüterrechtlichen Vorbehaltes in Teilen der Lehre auf Kritik gestossen; letztere befürwortet eine **Eingreifen des Kartellrechts richtigerweise bereits dann, wenn «unter anderem wettbewerbsbeschränkende Ziele verfolgt werden»**.<sup>177</sup>
- 51 Verschiedentlich wurde die Frage nach der **rechtspolitischen Notwendigkeit der Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 KG** aufgeworfen<sup>178</sup>, weil es sich in erster Linie um eine positivrechtliche Wiederholung der anerkannten Parallelität von Kartell- und Immaterialgüterrecht handle. Teile der Lehre sprechen der Verhältnisvorschrift aus diesem Grund nicht nur den normativen Gehalt ab<sup>179</sup>,

---

*facility* vgl. JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 89 ff.; a.M. MEYER, Grenzziehung, S. 333 f.

<sup>172</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 413.

<sup>173</sup> Vgl. auch MEYER, Grenzziehung, S. 333.

<sup>174</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541.

<sup>175</sup> Vgl. HILTY, Janusgesicht, S. 333.

<sup>176</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 541.

<sup>177</sup> HILTY, Janusgesicht, S. 333.

<sup>178</sup> Vgl. HEINEMANN, Schutzrechte, S. 41; MEYER, Grenzziehung, S. 332; HILTY, Janusgesicht, S. 340, demzufolge es sich um ein «Fossil vergangener Kartellrechtsepochen» handelt; Evaluationsgruppe, Studie, S. 15.

<sup>179</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 16; vgl. auch Weko, RPW 2011/1, 113 Rz. 111, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

sondern plädieren darüber hinaus für deren gänzliche Streichung.<sup>180</sup> Mag ein derartiges Vorgehen auf den ersten Blick als sinnvoll erscheinen, ist doch dem Vorschlag der ersatzlosen Streichung von Art. 3 Abs. 2 KG vor dem Hintergrund der historischen Einbettung der Norm und mit Blick auf die daraus resultierenden missverständlichen Signale einer eingeschränkten Anwendbarkeit des Kartellrechts nicht zu folgen.<sup>181</sup> Zuzustimmen ist indessen dem Vorschlag einer zeitgemässen Neuformulierung der Vorschrift im Lichte der vorangegangenen Entwicklungen.<sup>182</sup>

### 3. Konsequenzen für die Prüfung kartellrechtliche Sachverhalte

Die vorstehenden Erläuterungen legen bei der kartellrechtlichen Prüfung immaterialgüterrechtsbezogener Sachverhalte ein mehrstufiges Vorgehen nahe: 52

Im **ersten Schritt** ist festzustellen, ob der Geltungsbereich des Kartellgesetzes in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht eröffnet ist.<sup>183</sup> In einem **zweiten Schritt** ist dann das Vorliegen eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG zu prüfen, welcher eine Entscheidung darüber erlaubt, ob das Kartellrecht zur Anwendung gelangt und der betreffende Sachverhalt unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen ist.<sup>184</sup> Dabei ist auch das **Kriterium der «Ausschliesslichkeit»** einzubeziehen. Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung ist die Art und Weise der Ausübung, nicht jedoch der Bestand des in Frage stehenden Immaterialgüterrechts.<sup>185</sup> Von der Anwendbarkeit ist die daran anschliessende materiell-rechtliche Prüfung indessen strikt zu trennen.<sup>186</sup> Die Beurteilung einer Vorfrage aus der ex-post Perspektive der 53

<sup>180</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 41; HILTY, Kartellrecht, S. 41; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 111 f.

<sup>181</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 57 f.; Evaluationsgruppe, Studie, S. 15.

<sup>182</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 58.

<sup>183</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.106; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; FIALA, Kartellrecht, S. 149; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 48; SCHRANER, Kartellrecht, S. 120.

<sup>184</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Bern) vom 6.7.2005, sic! 5/2006, S. 348 E. 4 b S. 353; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.106; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; FIALA, Kartellrecht, S. 149; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 48 f.; SCHRANER, Kartellrecht, S. 120; vgl. auch MEYER, Grenzziehung, S. 333.

<sup>185</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.105.

<sup>186</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 49 f.; FIALA, Kartellrecht, S. 149; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.106; so auch Evaluationsgruppe, Studie, S. 9.

### Art. 3

---

Hauptsachenprüfung bringt die Gefahr argumentativer Zirkelschlüsse mit sich und kann dazu verleiten, die Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes dem zu erwartenden materiellen Prüfungsergebnis anzupassen.<sup>187</sup>

- 54 Erst in einem **dritten Schritt** ist der schutzrechtsbezogene Sachverhalt darauf zu untersuchen, ob es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Abrede gemäss Art. 5 KG oder eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG handelt.<sup>188</sup> Bei der Auslegung und Anwendung der materiellen Kartellrechtstatbestände ist dabei den jeweiligen Besonderheiten der immaterialgüterrechtlichen Rechtsausübung angemessen Rechnung zu tragen.<sup>189</sup>

## II. Einfuhrbeschränkungen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2)

### 1. Allgemeines

- 55 Die den Rechten des geistigen Eigentums inhärenten **subjektiven Ausschliesslichkeitsrechte** vermitteln dem Rechteinhaber die alleinige Befugnis über die Nutzung, Imitation und Verbreitung der geschützten Produkte oder Dienstleistungen zu entscheiden. Die territoriale Konzeption des Immaterialgüterrechtsschutzes versetzt den Inhaber solcher Rechte dabei in die Lage, **Einfuhrbeschränkungen** zum Zwecke der Verhinderung des grenzüberschreitenden (Preis-) Wettbewerbs zwischen andersschutzwürdig geschützten (Original-) Produkten zu implementieren und eine Aufteilung der an sich offenen nationalen Märkte entlang der staatlichen Grenzen vorzunehmen.<sup>190</sup>
- 56 Das diesbezügliche Spannungsverhältnis und Konfliktpotential zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht wird insbesondere im Zusammenhang mit sog. **Parallelimporten** deutlich; dabei handelt es sich um die Einfuhr von immaterialgüterrechtlich geschützten Waren, die ohne Zustimmung des

---

<sup>187</sup> Vgl. FIALA, Kartellrecht, S. 130.

<sup>188</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 410; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 49; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.106; FIALA, Kartellrecht, S. 149; SCHRANER, Kartellrecht, S. 120.

<sup>189</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 49; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 50; FIALA, Kartellrecht, S. 149; SCHRANER, Kartellrecht, S. 120; vgl. auch Weko, RPW 2011/1, 113 Rz. 110, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>190</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 138 f.; WEBER, SIWR V/2, S. 48; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 13; vgl. auch SCHLUEP, Markenrecht, S. 21; ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 155.

inländischen Schutzrechteinhabers aus einem Drittland erfolgen, in welchem eben diese Waren vom Schutzrechteinhaber selber oder zumindest mit dessen Zustimmung in Verkehr gesetzt wurden.<sup>191</sup> Ausgangspunkt bilden dabei regelmässig selektive Vertriebsysteme.<sup>192</sup>

Der immaterialgüterrechtliche Rechtsschutz ist indessen nicht nur zeitlichen, sondern auch geografischen Beschränkungen unterworfen. Nach Massgabe des sog. **Erschöpfungsgrundsatzes** wird das Sonderschutzrecht an einem konkreten Gegenstand durch das sachenrechtliche Eigentum des Erwerbers konsumiert, wenn die erstmalige Inverkehrsetzung durch den Rechteinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung erfolgt ist.<sup>193</sup> In Abhängigkeit vom massgeblichen geografischen Raum der ersten Inverkehrsetzung ist zwischen den Erscheinungsformen der **nationalen, internationalen sowie regionalen Erschöpfung** zu unterscheiden.<sup>194</sup> Während bei internationaler Erschöpfung der Sonderrechtsschutz am betreffenden Produkt konsumiert wird, sobald letzteres in rechtmässiger Weise auf den weltweiten Markt gebracht wurde, endet der Immaterialgüterrechtsschutz im Falle von nationaler Erschöpfung lediglich mit Bezug auf das Land, in welchem das Produkt erstmalig in Verkehr gebracht wurde, d.h. Importe aus dem Ausland können weiterhin unterbunden werden.<sup>195</sup>

Der **Bundesrat** mahnt zwar eine grundsätzlich offene Grundhaltung gegenüber Parallelimporten an, doch überliess er die weitergehende Konkretisierung der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten der höchstrichterlichen Rechtsprechung, weil es nicht Aufgabe der Kartellrechtsgesetzgebung sei, in die Belange der gesetzlichen Regelung des geistigen Eigentums einzugreifen.<sup>196</sup> Im Verlauf von fünf Jahren nahm sich das **Bundesgericht** alsdann den diesbezüglichen Fragestellungen der geografischen Erschöpfung und Verhinderung von Parallelimporten gestützt auf das Marken-, Urheber- und Patentrecht im

<sup>191</sup> BGE 122 III 469 E. 4; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 285; SCHRANER, Kartellrecht, S. 123; WEBER, SIWR V/2, S. 52; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 140 f.; DERS., Kodak, S. 276; vgl. CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 97.

<sup>192</sup> RAUBER, Parallelimporte, S. 3.

<sup>193</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 250; BIERI-GUT, Märkte, S. 266 f.; ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 146; vgl. auch BGE 126 III 129 E. 1a f.

<sup>194</sup> BGE 122 III 469 E. 5e; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.109; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 75 f.; ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 147.

<sup>195</sup> BGE 122 III 469 E. 5e; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 75; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 251; RAUBER, Parallelimporte, S. 4, 12 f.; vgl. ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 147.

<sup>196</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 542.



## Art. 3

---

Rahmen von drei Leitentscheiden an, deren Historie im Folgenden eingehender dargestellt wird.

### 2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 59 Vor Erlass der Bundesgerichtsentscheide in Sachen Chanel, Nintendo und Kodak ist die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten in massgeblicher Weise durch das im Jahre 1993 ergangene **Philips-Urteil** bestimmt worden.<sup>197</sup> Mit Bezug auf die in Frage stehende Markenschutzgesetzgebung anerkannte das Bundesgericht dabei den **Grundsatz der internationalen Erschöpfung**; das Gesetz gebe dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts nicht die Mittel in die Hand, um einen von ihm nicht gebilligten Handel mit seinen Erzeugnissen, namentlich im Wege von Parallelimporten, zu unterbinden.<sup>198</sup>

#### a) Markenrecht

- 60 Im sog. **Chanel-Entscheid** bot sich dem Bundesgericht die Gelegenheit, auf seine bisherige Rechtsprechung im Lichte der revidierten Markenschutzgesetzgebung zurückzukommen.<sup>199</sup> Die Chanel AG ist Inhaberin der Marke Chanel, unter welcher sie Parfüm-, Hygiene- und Schönheitsprodukte herstellt und verkauft.<sup>200</sup> Die Vermarktung der Produkte, die zwecks Kontrolle des Verkaufs mit besonderen Codes versehen wurden, innerhalb der einzelnen Länder Europas erfolgte mittels eines selektiven Vertriebssystems von zugelassenen Detaillisten, welchem die beklagte EPA AG indessen nicht angehörte. Weil Letztere dennoch auf dem Parallelmarkt erworbene preisgünstige Chanel-Produkte absetzte, verlangte Chanel klageweise die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Parallelimporte.<sup>201</sup>
- 61 Im Wege der Auslegung und in Übereinstimmung mit seiner bestehenden immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung<sup>202</sup> gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass das revidierte **Markenschutzgesetz Parallelimporten grundsätzlich nicht entgegenstehe**, falls zwischen den im Ausland in rechtmässiger Weise in Verkehr gesetzten Produkten und denjenigen, welche die zum

<sup>197</sup> ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 141.

<sup>198</sup> BGE 86 II 270 E. 3 f.; ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 141.

<sup>199</sup> Zur früheren Gerichtspraxis vgl. BIERI-GUT, Märkte, S. 267 f.

<sup>200</sup> BGE 122 III 469 E. A.

<sup>201</sup> BGE 122 III 469 E. B.

<sup>202</sup> Vgl. BGE 105 II 49 ff.

Vertrieb zugelassenen Detaillisten verkaufen, praktisch kein Unterschied vorhanden sei.<sup>203</sup> In der Schweiz kommt demnach das **Prinzip der internationalen Erschöpfung von Markenrechten** zur Anwendung.<sup>204</sup>

#### b) Urheberrecht

Der zweite in diesem Zusammenhang ergangene Entscheid, nämlich der **Nintendo-Entscheid**, betraf die Urheberrechtsgesetzgebung.<sup>205</sup> Die Waldmeier AG brachte als Alleinvertriebsberechtigte für Videospiele von Nintendo deren Game Boy-Spiel «Donkey Kong Land» mit einer deutsch-französischen Spielanleitung auf den schweizerischen Markt.<sup>206</sup> Da die Wahl Eximpo AG eine aus Amerika importierte Version desselben Spiels mit englischer Anleitung vertrieb, verlangten Nintendo und die Waldmeier AG zunächst mit Erfolg die klageweise Feststellung und Unterlassung einer aus dieser Handlung resultierenden Urheberrechtsverletzung; die Beklagte obsiegte jedoch mit der anschliessenden Beschwerde vor Bundesgericht.<sup>207</sup> 62

In Fortführung und Bestätigung der Chanel-Rechtsprechung zum Markenrecht ging das Bundesgericht ebenfalls von einer **internationalen Erschöpfung des Urheberrechtsschutzes** aus; Parallelimporte von urheberrechtlich geschützten Produkten in die Schweiz, die mit Zustimmung des Urhebers bereits im Ausland in Verkehr gesetzt wurden, vermag der Schutzrechteinhaber nicht unter Abstützung auf die ihm zuerkannten Ausschliesslichkeitsrechte zu unterbinden.<sup>208</sup> 63

#### c) Patentrecht

Den Endpunkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bildet das sog. **Kodak-Urteil**, welches sich mit der Ausgestaltung des Erschöpfungsgrundsatzes im Patentrecht auseinandersetzte.<sup>209</sup> Die Kodak SA produzierte und vertrieb 64

<sup>203</sup> BGE 122 III 469 E. 5h; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 143; RAUBER, Parallelimporte, S. 15.

<sup>204</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 143; SIMON, Markenrecht, S. 220.

<sup>205</sup> Zu den unterschiedlichen Importformen urheberrechtlich geschützter Produkte vgl. ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 145 f.

<sup>206</sup> BGE 124 III 321 E. A.

<sup>207</sup> BGE 124 III 321 E. B.

<sup>208</sup> BGE 124 III 321 E. 2j; vgl. auch ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 143; RAUBER, Parallelimporte, S. 16; BAUDENBACHER, Kodak, S. 140 f.

<sup>209</sup> BGE 126 III 129.

### Art. 3

---

patentrechtlich geschützte Filmprodukte an Händler in der Schweiz. Da die beklagte Jumbo Markt AG neben den von Kodak für die Schweiz autorisierten auch aus Grossbritannien bezogene Erzeugnisse anbot, gelangte die Kodak AG zwecks Unterlassung der Parallelimporte bis vor Bundesgericht.<sup>210</sup>

- 65 Zwar hatte das Bundesgericht die Frage, ob der Grundsatz internationaler, regionaler oder nationaler Erschöpfung im Bereich des Patentrechts zur Anwendung gelange, bereits anlässlich des vorangehenden Nintendo-Entscheid aufgegriffen, mit Verweis auf die fehlende Gerichtspraxis jedoch bewusst offen gelassen.<sup>211</sup> In Abweichung von seinen im Bereich des Markenrechts und Urheberrechts gefällten Entscheiden, die eine internationale Erschöpfung des betreffenden immaterialgüterrechtlichen Schutzes statuieren, ging das Bundesgericht vom **Prinzip der nationalen Erschöpfung des patentrechtlichen Schutzes** aus.<sup>212</sup> In seiner Begründung gegen eine einheitliche Behandlung aller Immaterialgüterrechte stützte sich das Bundesgericht neben funktionellen bzw. konzeptionellen Unterschieden und der divergierenden Schutzdauer auch auf rechtsvergleichende Überlegungen.
- 66 Indessen weist der Entscheid in einem *obiter dictum* auf das allfällige wettbewerbsrechtliche Missbrauchspotential und die grundsätzliche **Anwendbarkeit des Kartellrechts auf patentrechtliche Einfuhrmonopole** hin<sup>213</sup>; der Patentschutz verleiht dem Rechteinhaber eine «**überschiessende Rechtsmacht**», weil er ungeachtet dessen, ob die patentgeschützte Ware im In- und Ausland zu vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gesetzt wurde, über deren (Wieder-)Einfuhr in die Schweiz zu bestimmen vermag.<sup>214</sup> Fraglich ist, unter welchen Umständen von der Vergleichbarkeit derartiger Rahmenbedingungen auszugehen ist.<sup>215</sup> Das Kartellgesetz fungiert insofern als Korrektiv gegen auf nationaler Erschöpfung basierende Preismissbräuche.<sup>216</sup>

<sup>210</sup> BGE 126 III 129.

<sup>211</sup> Vgl. BGE 124 III 321 E. 2d.

<sup>212</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 144; DERS., Kodak, S. 275; RAUBER, Parallelimporte, S. 2, 18; DERS., Immaterialgüterrecht, S. 199; STIEGER, Schnittbereich, S. 91.

<sup>213</sup> BGE 126 III 129 E. 9; Botschaft vom 7. November 2001, S. 2029; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 22; RAUBER, Parallelimporte, S. 23; STIEGER, Schnittbereich, S. 95 f.; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 13.

<sup>214</sup> BGE 126 III 129 E. 9a f.; vgl. Botschaft vom 7. November 2001, S. 2029; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 144; eingehend RAUBER, Parallelimporte, S. 21 f.; DERS., Immaterialgüterrecht, S. 199; vgl. auch STIEGER, Schnittbereich, S. 96 f., 103 f.

<sup>215</sup> ZÄCH, Kodak, S. 277 f.; STIEGER, Schnittbereich, S. 96 f.; THOMANN, Patentrecht, S. 95 f.

<sup>216</sup> Botschaft vom 7. November 2001, S. 2030; so auch HEINEMANN, in: Zäch, S. 50.

Im Schrifttum hat der **Kodak-Entscheid des Bundesgerichts unterschiedliche Reaktionen hervorgerufen und ist bisweilen auf heftige Kritik gestossen**.<sup>217</sup> Abgesehen von dogmatischen und methodologischen Unzulänglichkeiten mit Bezug auf den vom Bundesgericht verfolgten Begründungsansatz<sup>218</sup> wurde auch funktionale Kritik geäussert, weil bestehenden Unsicherheiten bezüglich der Grenzen des Immaterialgüterrechtsschutzes nicht mit Verweis auf die Möglichkeit einer nachträglichen kartellrechtlichen Beurteilung allfälliger Schutzrechtsmissbräuche begegnet werden dürfe.<sup>219</sup> Zudem wird auf die beweis- und verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten gegenüber dem Schutzrechteinhaber hingewiesen, die aus dem Urteil des Bundesgerichts erwachsen.<sup>220</sup> Gleichwohl stimmen einige Vertreter der Lehre dem Kodak-Entscheid im Ergebnis grundsätzlich zu<sup>221</sup> oder sind zumindest nicht gänzlich abgeneigt, Verständnis für die Überlegungen des Bundesgerichts aufzubringen.<sup>222</sup> 67

#### d) Zusammenfassung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgt die Schweiz im Bereich des **Marken- und Urheberrechts** dem Grundsatz der **internationalen Erschöpfung** des immaterialgüterrechtlichen Rechtsschutzes. Die Einfuhr parallelimportierter Ware in die Schweiz kann demzufolge nicht unter Berufung auf bestehenden Immaterialgüterrechtsschutz unterbunden werden. Die Frage einer Beurteilung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten stellt sich hier nicht.<sup>223</sup> Indessen gilt im Bereich der **Patentgesetzgebung** laut Bundesgericht das Prinzip der **nationalen Erschöpfung**, welches dem Schutzrechteinhaber 68

<sup>217</sup> HILTY, Parallelimporte, S. 231 ff.; THOMANN, Patentrecht, S. 93; HILTY, Kartellrecht, S. 39 f.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 286; abw. RAUBER, Parallelimporte, S. 22.

<sup>218</sup> MÜLLER, Immaterialgüterrecht, S. 391; BAUDENBACHER, Kodak, S. 144; HILTY, Parallelimporte, S. 231 ff.; a.M. THOMANN, Patentrecht, S. 94.

<sup>219</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 42; vgl. auch BAUDENBACHER, Kodak, S. 144 f.; kritisch auch DUCREY, Kodak, S. 124, der mit Bezug auf das Kartellrecht von einer «untaugliche[n] Krücke» spricht; differenzierend ZÄCH, Kodak, S. 279 f.; vgl. auch HILTY, Parallelimporte, S. 238 f.; a.M. RAUBER, Parallelimporte, S. 22.

<sup>220</sup> DUCREY, Kodak, S. 124 f.; STIEGER, Schnittbereich, S. 99 f.; vgl. auch THOMANN, Patentrecht, S. 98.

<sup>221</sup> RAUBER, Parallelimporte, S. 17 f., 22 f.; MEYER, Grenzziehung, S. 337; grundsätzlich auch STIEGER, Schnittbereich, S. 94 f., 101 f.

<sup>222</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 42.

<sup>223</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 144.

### Art. 3

---

unter Vorbehalt einer kartellrechtlicher Wettbewerbsbeschränkung zugestand, Parallelimporte aus dem Ausland in die Schweiz zu unterbinden.<sup>224</sup>

- 69 In Abweichung vom **Kodak-Urteil** des Bundesgerichts schreibt **Art. 9a PatG** nunmehr vor, dass sich **schweizerische Patentrechte grundsätzlich euro-regional erschöpfen**.<sup>225</sup> In Folge dessen kann der Patentschutz eines Erzeugnisses in der Schweiz Parallelimporten aus dem europäischen Wirtschaftsraum im Regelfall nicht mehr entgegengehalten werden.<sup>226</sup>
- 70 Im Bereich der **übrigen Immaterialgüterrechte** wurde die Frage der Erschöpfung bislang nicht abschliessend beurteilt. Mit Blick auf die Entscheidung des Gesetzgebers zum patentrechtlichen Erschöpfungsregime kann indessen davon ausgegangen werden, dass die schweizerischen Gerichte auch im Anwendungsbereich des Designgesetzes, des Sortenschutzgesetzes sowie des Topographengesetzes zu vergleichbaren Ergebnissen gelangen würden.<sup>227</sup>
- 71 Die **Europäische Union** folgt dem Ansatz der gemeinschaftsweiten bzw. **regionalen Erschöpfung**; wird ein immaterialgüterrechtlich geschütztes Erzeugnis durch den Schutzrechteinhaber selbst oder mit seinem Einverständnis in einem der europäischen Mitgliedsstaaten veräussert, vermag er sich nicht gegen die Einfuhr desselben aus einem anderen Mitgliedsstaat zu Wehr zu setzen.<sup>228</sup> Das europäische Kartellrecht unterbindet die Unterminierung dieses Erschöpfungsregimes mittels privater Vereinbarungen, welche namentlich keinen absoluten Gebietsschutz bewirken dürfen.<sup>229</sup>

### 3. KG Revision 2003

- 72 Als Reaktion auf die unbefriedigende Rechtslage, die aus den uneinheitlichen immaterialgüterrechtlichen Erschöpfungsregimen nach dem Kodak-Entscheid resultierte, wurde im Rahmen der KG-Revision vom 21. März 2003 der **Art. 3**

---

<sup>224</sup> Botschaft vom 7. November 2001, S. 2029; vgl. auch MEYER, Grenzziehung, S. 337; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 144.

<sup>225</sup> Vgl. KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 755; HEINEMANN, in: Zäch, S. 51; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 18.

<sup>226</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 755; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 18.

<sup>227</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 755; KRAUSKOPF, in: Zäch, S. 70 f.; in diese Richtung wohl auch RAUBER, Parallelimporte, S. 18.

<sup>228</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 379 f.; vgl. HEINEMANN, Schutzrechte, S. 36; STIEGER, Schmittbereich, S. 92.

<sup>229</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 36.

**Abs. 2 KG um einen neuen Satz 2 ergänzt**<sup>230</sup>; demnach unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich ausschliesslich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung durch das Kartellgesetz.<sup>231</sup>

Handelt es sich bei der Ergänzung gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG in erster Linie um eine **Reaktion auf die Kodak-Rechtsprechung** des Bundesgerichts, geht die Bestimmung in ihrer inhaltlichen Reichweite über das Urteil hinaus, weil sie nicht nur den Bereich des Patentrechts, sondern alle Rechte des geistigen Eigentums und auch sonstige Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Immaterialgüterrecht einschliesst.<sup>232</sup> Die Adaptierung von Art. 3 Abs. 2 KG hat dabei in mehrfacher Hinsicht **Kritik** hervorgerufen.<sup>233</sup> Diese bezog sich z.B. auf die im Ingress verwendete Konjunktion «hingegen», die den Charakter des in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG implizierten Anwendungsvorbehaltes verfälscht darstelle.<sup>234</sup> Ferner ist der Begriff der «Einfuhrbeschränkungen» als zu weitreichend bemängelt worden.<sup>235</sup> Darüber hinaus sind erhebliche Unsicherheiten und Schwierigkeiten bei der Subsumption von schutzrechtsbezogenen Verhaltensweisen unter die betreffenden Kartellrechtstatbestände diagnostiziert worden.<sup>236</sup>

Der Diskurs um die wettbewerbsrechtlichen Implikationen der Einfuhr von Waren aus dem Ausland in die Schweiz ist indessen nicht als abgeschlossen zu betrachten und hat zwischenzeitlich durch die **parlamentarische Initiative «Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland»**<sup>237</sup> des seinerzeitigen SR Hans Altherr neuen politischen und inhalt-

<sup>230</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.115; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 56 f.; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 23; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 202; vgl. Botschaft vom 7. November 2001, S. 2029; vgl. diesbezüglich den seinerzeitigen Vorschlag von ZÄCH, Kodak, S. 282.

<sup>231</sup> Vgl. CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 102 f.; zum parlamentarischen Entstehungsprozess vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 145.

<sup>232</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.116; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 146 f.; Evaluationsgruppe, Studie, S. 6 f., 9; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 23; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 43 f.; RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 202, 206; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 11.

<sup>233</sup> Eingehend BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 54; DERS., Kartellrecht, S. 41 f.; vgl. CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 96.

<sup>234</sup> Evaluationsgruppe, Studie, S. 10; differenziert RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 205.

<sup>235</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 55.

<sup>236</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 43.

<sup>237</sup> Parlamentarische Initiative 14.449 vom 25.9.2014.

### Art. 3

---

lichen Impetus erhalten<sup>238</sup>; angestrebt wird der Anstoss einer neuen Kartellrechtsrevision zur Bekämpfung von missbräuchlicher Kaufkraftabschöpfung durch ausländische Unternehmen.<sup>239</sup> Zu diesem Zweck soll der Geltungsbereich von **Art. 7 KG auf relative marktmächtige Unternehmen ausgeweitet** werden.<sup>240</sup> Relative Marktmacht liegt gemäss dem neuen Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG vor, wenn andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager bestimmter Waren oder Dienstleistungen in der Weise abhängig sind, dass ihnen keine ausreichenden oder zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>241</sup> Im Schrifttum wurde die Initiative nicht nur aufgrund der Unschärfe des dem deutschen Wettbewerbsrechts entliehenen Konzept der relativen Marktmacht kritisiert<sup>242</sup>, sondern auch bezweifelt, ob das Kartellrecht überhaupt das geeignete Mittel im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz sei.<sup>243</sup> Ob dem Ansinnen auch politischer Erfolg beschieden ist, bleibt abzuwarten.<sup>244</sup>

## III. Lizenzkartellrecht

### 1. Überblick

- 75 Der Inhaber eines Immaterialgüterrechts, wie z.B. eines Patents, eines Urheberrechts oder eines Markenrechts, steht vor der grundsätzlichen Wahl, ob er dieses selbst verwerten möchte oder einer bzw. mehreren Personen mittels eines **Lizenzvertrags** das Recht einräumt, ein Immaterialgut in beschränktem oder unbeschränktem Umfang zu nutzen.<sup>245</sup> Im Gegenzug ist regelmässig eine

---

<sup>238</sup> Vgl. auch ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 150 f.; zur wirtschaftlichen Ausgangslage vgl. BÖNI/WASSMER, Preise, S. 135 ff.; JACOBS, Entwicklungen, S. 235.

<sup>239</sup> BÖNI/WASSMER, Preise, S. 141; zur Problematik der «Hochpreisinsel» bereits ALTENPOHL, Parallelimporte, S. 155.

<sup>240</sup> BÜHLER, Hochpreisinseln, S. 53.

<sup>241</sup> Zu den Unterschieden zum deutschen Recht vgl. BÖNI/WASSMER, Preise, S. 142 f.

<sup>242</sup> Kritisch HUBACHER, Kartellrecht, S. 4.

<sup>243</sup> BÜHLER, Hochpreisinseln, S. 52 f.

<sup>244</sup> Zu weiteren politischen Entwicklungen im Bereich des Kartellrechts vgl. JACOBS, Entwicklungen, S. 235.

<sup>245</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 6 f.; DERS., Kartellrecht, S. 29; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 180; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; MEYER, Grenzziehung, S. 336; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 28 f.; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 146 f.; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 295; ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 159; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 213.

**Lizenzgebühr** geschuldet.<sup>246</sup> Im Unterschied zur **Übertragung eines Immaterialgüterrechts** bewirkt die Vereinbarung mit dem Lizenznehmer indessen keine Veränderung der Rechtsinhaberschaft, d.h. der Lizenzgeber behält seine Herrschaft über das Immaterialgut grundsätzlich bei.<sup>247</sup> Als Folge der Lizenzierung partizipiert der Lizenznehmer an der subjektiven Ausschliesslichkeitsposition des Lizenzgebers und vermag diese gegenüber Drittpersonen geltend zu machen.<sup>248</sup>

Die Annäherung an das **Lizenzkartellrecht**, welches als ein spezifischer Ausschnitt des interdependenten Verhältnisses von Kartell- und Immaterialgüterrecht zu verstehen ist<sup>249</sup>, erweist sich als ein komplexes Unterfangen. In welchen Fällen etwaige aus den einzelnen Klauseln eines Lizenzvertrags resultierende Wettbewerbswirkungen vom Anwendungsvorbehalt des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG umfasst sind, weil sie ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum resultieren, oder aber der Überprüfung durch das Kartellgesetz unterliegen, lässt sich nur schwer beurteilen.<sup>250</sup>

Nach **herrschender Auffassung** hat die Beurteilung, ob bestimmte Vorkehren im Rahmen eines Lizenzvertrags in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen, nach Massgabe der **allgemeinen kartellrechtlichen Beurteilungskriterien** von schutzrechtsbezogenen Verhaltensweisen zu erfolgen (vgl. vorne N 48 f.).<sup>251</sup> Dementsprechend ist die Lizenzierung eines Immaterialgüterrechts, welche auf einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer oder einer dem Lizenzgeber zukommenden marktbeherrschenden Stellung beruht, einer kartellrechtlichen Überprüfung durch die zuständigen Behörden zugänglich.<sup>252</sup> Dieser extensive Auslegungsansatz

<sup>246</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; HILTY, Kartellrecht, S. 29; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 213.

<sup>247</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 82; vgl. auch STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 146.

<sup>248</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756.

<sup>249</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, S. 8.

<sup>250</sup> So bereits zum alten Recht SCHLUEP, Handkomm. KG/PüG, S. 180; vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 422; vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 284; vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 157.

<sup>251</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 52; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 754 f.; KELLER, Lizenzverträge, S. 62 f.; HILTY, Janusgesicht, S. 335 Fn. 31; DERS., Kartellrecht, S. 41; vgl. auch DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 432; vgl. auch VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 284; vgl. auch RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 212 f.

<sup>252</sup> Urteil (Handelsgericht des Kantons Aargau) vom 23.8.2005, HOR.2000.51, E. 7.2.2; Urteil (Handelsgericht des Kantons Bern) vom 6.7.2005, sic! 5/2006, S. 348 E. 4b S. 353;



### Art. 3

---

steht auch in Einklang mit **Art. 6 Abs. 1 Bst. d KG**, welcher Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz für gerechtfertigt erklären kann und folglich die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes impliziert.<sup>253</sup> Aufgrund ihres formellen Charakters erscheint die **vereinzelt im Schrifttum geforderte unterschiedliche Beurteilung von Lizenzverträgen** in Abhängigkeit davon, ob lediglich das Wettbewerbshandeln des Lizenznehmer oder auch des Lizenzgebers beschränkt wird, nur bedingt geeignet, den Anwendungsvorbehalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG inhaltlich zu konkretisieren.<sup>254</sup>

- 78 Eine **Minderheit in Lehre** vertritt indessen die Meinung, der «idealtypische» Lizenzvertrag, welcher sich in erster Linie auf die Einräumung einer Lizenz gegen Bezahlung einer Lizenzgebühr beschränkte<sup>255</sup>, entfalte lediglich Wettbewerbswirkungen, die sich «ausschliesslich» aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben; als Ausdruck dessen sei eine Überprüfung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nur möglich, falls der Vertrag **zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Klauseln** enthalte.<sup>256</sup> Relativierend wird jedoch zugleich eingeräumt, dass solche Lizenzverträge im engeren Sinne im heutigen Wettbewerbsumfeld kaum noch vorstellbar sind und der Lizenzgeber ein nicht unerhebliches Interesse hat, darüber hinausgehenden Verpflichtungen in den Vertragstext aufzunehmen.<sup>257</sup> Diese vornehmlich theoretische Unterscheidung ist somit von untergeordneter Bedeutung für die Wettbewerbspraxis.
- 79 Als Ausdruck seiner immaterialgüterrechtlichen Ausschliesslichkeitsposition steht es dem Lizenzgeber dem Grundsatz nach ebenfalls frei, sein Sonder-schutzrecht weder zu gebrauchen noch an Drittpersonen zu lizenzieren.<sup>258</sup>

---

vgl. auch STAUB, in: Staub/Celli, Art. 9 Rz. 31, Art. 15 Rz. 32; vgl. zum alten Recht ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 173 ff.

<sup>253</sup> HILTY, Janusgesicht, S. 335 Fn. 31; vgl. auch DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 431 f.; KELLER, Lizenzverträge, S. 63; Sekretariat der Weko, RPW 2006/3, 435 Rz. 30, *Medikamentenpreis Thalidomid*; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 55.

<sup>254</sup> SCHMID, Wettbewerbsrecht, S. 322 f.; vgl. auch ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 157 f.

<sup>255</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 411; MEYER, Grenzziehung, S. 336; vgl. auch STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 197; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 42.

<sup>256</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 411 f.; so auch MEYER, Grenzziehung, S. 332, 336; KELLER, Lizenzverträge, S. 62 f.

<sup>257</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 411; MEYER, Grenzziehung, S. 336; zum Ganzen vgl. KELLER, Lizenzverträge, S. 63; ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 160; vgl. auch STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 32.

<sup>258</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 44.

Gemäss einer im neueren Schrifttum vertretenen Meinung sind solche **einseitigen Verhaltensweisen von marktmächtigen Unternehmen** nach Massgabe der *essential facilities doctrine*<sup>259</sup> indessen vom Anwendungsvorbehalt in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG ausgenommen.<sup>260</sup> Zwar handelt es sich bei *essential facilities* zumeist um staatliche Infrastruktureinrichtungen, wie z.B. Schienen-, Strom- oder Telekommunikationsnetze (vgl. vorne N 32), doch können für andere Wettbewerber unverzichtbare Einrichtungen (auch) immaterialgüterrechtlich geschützt sein.<sup>261</sup> Derartige **immaterielle essential facilities** finden sich namentlich im Hochtechnologiesektor, im Bereich der pharmazeutischen Erzeugnisse oder der Softwareprodukte.<sup>262</sup> Bei der Prüfung des Anwendungsvorbehalts von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG kommt man folglich nicht umhin, die im Rahmen der Beurteilung von Art. 7 KG relevanten Kriterien bis zu einem gewissen Grad heranzuziehen.<sup>263</sup>

Verweigert der Schutzrechteinhaber anderen Marktteilnehmern in missbräuchlicher Weise den Zugang zu einer immaterialgüterrechtlich geschützten wesentlichen Einrichtung, ist zu prüfen, ob und auf welcher rechtlichen Grundlage der Lizenzgeber zum Abschluss eines Lizenzvertrages mit dem Lizenznehmer verpflichtet werden kann. Von entscheidender Bedeutung in diesem Zusammenhang ist das komplexe und in der Lehre höchst umstrittene Verhältnis von **immaterialgüter- und kartellrechtlichen Zwangslizenzen**.<sup>264</sup> 80

Um einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schutzrechteinhabers und der Allgemeinheit mit Bezug auf die Verwendung eines Immaterialgutes zu gewährleisten, stellen die einzelnen Immaterialgüterrechtserlasse in bestimmten Situationen das Institut der **immaterialgüterrechtlichen** 81

<sup>259</sup> Eingehend zur *essential facilities doctrine* JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 4 ff.

<sup>260</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 53; DERS., Schutzrechts, S. 44; HILTY, Janusgesicht, S. 335; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 413, 437; WEBER, SIWR V/2, S. 51; STAUB, in: Staub/Celli, Art. 9 Rz. 31; vgl. auch Urteil (Handelsgericht des Kantons Bern) vom 6.7.2005, sic! 5/2006, S. 348 E. 4b f. S. 353; a.M. MEYER, Grenzziehung, S. 333 f.; FIALA, Kartellrecht, S. 150; differenzierend STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 242 ff., 253.

<sup>261</sup> KELLER, Lizenzverträge, S. 64; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 241; HÜBSCHER/RIEDER, Wettbewerbsrecht, S. 445.

<sup>262</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 52; DERS., Janusgesicht, S. 335; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 412 f.

<sup>263</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 44; DERS., in: Zäch, S. 56.

<sup>264</sup> Zur dogmatischen Differenzierung zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz vgl. HEINEMANN, Schutzrechte, S. 40 f.; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 329 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 49 f.; vgl. DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 197 f.

### Art. 3

---

**Zwangslizenz** zur Verfügung.<sup>265</sup> Eine genügende gesetzliche Grundlage, um einer missbräuchlichen Nichtnutzung im Wege der Zwangslizenzierung entgegenzuwirken, findet sich namentlich im Patentrecht (Art. 29 Abs. 3 und Art. 36 ff. PatG), im Sortenschutzrecht (Art. 22 f. SoSchG), im Urheberrecht (Art. 23 URG) sowie im Designrecht (Art. 13 DesG).<sup>266</sup>

- 82 Nach h.L. sind die gesetzlichen Regelungen von **Zwangslizenzen in den einzelnen Immaterialgüterrechtserlassen indessen nicht als *lex specialis* zum Kartellrecht** bzw. im Sinne einer abschliessenden Ordnung zu verstehen.<sup>267</sup> Indem der Inhaber eines subjektiven Ausschliesslichkeitsrechts als Verursacher einer Wettbewerbshinderung dazu angehalten werden kann, mit dem Behinderten einen Vertrag zu marktüblichen Konditionen abzuschliessen, stellt das Kartellrecht gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Bst. b KG vielmehr eine eigenständige rechtliche Grundlage für **kartellrechtliche Zwangslizenzen** zur Verfügung.<sup>268</sup> Massgebliche Bedeutung erlangt das Verhältnis zwischen den beiden Erlassen, wenn eine Zwangslizenz lediglich gestützt auf das Kartellrecht, nicht jedoch auf Grundlage des Immaterialgüterrechts begründet werden kann.<sup>269</sup>
- 83 In Übereinstimmung mit dem von der h.L. vertretenen restriktiven Interpretationsansatz von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG machen die vorstehenden Ausführungen deutlich, dass die **Anwendung des Kartellrechts auf das Wettbewerbshandeln im Zusammenhang mit Lizenzverträgen die Regel** darstellt.<sup>270</sup> Ob die betreffenden lizenzvertragsbezogenen Verhaltensweisen den Tatbestand einer

---

<sup>265</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 413; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 319 ff.; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756.

<sup>266</sup> KELLER, Lizenzverträge, S. 64; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 319 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 50; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 60 f., 202 ff.; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 217 ff.

<sup>267</sup> HILTY, Janusgesicht, S. 336; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 413; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 45; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 224 ff.; a.M. MEYER, Grenzziehung, S. 333; STIEGER, Schnittbereich, S. 100, 102; DERS., in: Bertschinger/Münch/Geiser, Rz. 13.345; kritisch auch KELLER, Lizenzverträge, S. 64.

<sup>268</sup> BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 Rz. 52; DERS., Lizenzvertragsrecht, S. 413; DERS., Janusgesicht, S. 336; WEBER, SIWR V/2, S. 51; HEINEMANN, in: Zäch, S. 53 f.; RAUBER, Immaterialgüterrechte, S. 194, 209, 212; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 253; STAUB, in: Staub/Celli, Art. 9 Rz. 31, Art. 15 Rz. 35; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 173 f.; a.M. MEYER, Grenzziehung, S. 333 f.; in diese Richtung wohl auch FIALA, Kartellrecht, S. 156; kritisch KELLER, Lizenzverträge, S. 64 sowie STIEGER, Schnittbereich, S. 100.

<sup>269</sup> RAUBER, Immaterialgüterrecht, S. 191.

<sup>270</sup> KELLER, Lizenzverträge, S. 65; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 432; Sekretariat der Weko, RPW 2006/3, 435 Rz. 30, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG oder des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG erfüllen, ist Gegenstand der nachgelagerten materiell-rechtlichen Prüfung.<sup>271</sup> Derweil darf nicht verkannt werden, dass Lizenzverträge nicht nur für wettbewerbsbeschränkende Ziele, sondern auch zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verwendet werden können.<sup>272</sup>

## 2. Anwendungsbeispiele

### a) Wettbewerbsabreden

Lizenzverträge, welche die Nutzung eines Immaterialgüterrechts zum Gegenstand haben, können ohne weiteres unter den Begriff der «**Wettbewerbsabrede**» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden<sup>273</sup>; dabei stehen in erster Linie Vereinbarungen im engeren Sinne und weniger abgestimmte Verhaltensweisen im Vordergrund.<sup>274</sup> 84

Die kartellrechtliche Prüfung von Lizenzverträgen hat zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen von Wettbewerbsabreden zu differenzieren. Sind der Lizenzgeber und der Lizenznehmer als direkte Konkurrenten auf dem gleichen Markt tätig, stellt der zwischen ihnen geschlossene Lizenzvertrag eine horizontale Vereinbarung dar<sup>275</sup>; nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 Bst. a–c KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Falle eines derartigen **horizontalen Lizenzvertrages** vermutet, falls dieser Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprachen beinhaltet.<sup>276</sup> Unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten erweisen sich derartige horizontale Vereinbarungen als heikel, weil sie dem Lizenzgeber die Möglichkeit einräumen, Einfluss auf das Marktverhalten von aktuellen oder potentiellen Wettbewerber auszuüben.<sup>277</sup> 85

Von einer vertikalen Vereinbarung ist auszugehen, wenn die Parteien des Lizenzvertrages in keinem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zueinander 86

<sup>271</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 412; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 44.

<sup>272</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 413.

<sup>273</sup> ZACH, Kodak, S. 278; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 412; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 757; STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 32; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 81.

<sup>274</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 422; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 757.

<sup>275</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 758; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 412 f.; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 149 f.

<sup>276</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 758 f.

<sup>277</sup> STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 149 f.

### Art. 3

---

stehen und als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen auf verschiedenen Marktstufen agieren.<sup>278</sup> Implementiert ein solcher **vertikaler Lizenzvertrag** Preis- oder Gebietsbeschränkungen, beseitigt er gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Bewirkt der betreffende Lizenzvertrag keine Wettbewerbsbeseitigung, weil keine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG besteht, ist subsidiär das Vorliegen einer **erheblichen Wettbewerbsbeschränkung** im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen<sup>279</sup>; diese kann sich jedoch gemäss Art. 5 Abs. 2 bzw. Art. 6 KG allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt erweisen.<sup>280</sup>

- 87 Die Beurteilung, ob ein horizontaler bzw. vertikaler Lizenzvertrag eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung verursacht, kann nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände erfolgen. Als **unvereinbar** mit Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG werden beispielsweise Preisbindungen der zweiten Hand sowie Klauseln zum Zwecke von absolutem Gebietsschutz erachtet<sup>281</sup>; dem Grundsatz nach **unproblematische Klauseln** eines Lizenzvertrages stellen demgegenüber die Auferlegung von Mindestlizenzgebühren, Nichtangriffs- sowie Rückgewährungsverpflichtungen dar.<sup>282</sup>
- 88 Als wichtiges Anwendungsbeispiel im Kontext des Lizenzkartellrechts sind **soq. Technologiegemeinschaften** anzusehen.<sup>283</sup> Dabei handelt es sich um einen vertraglich begründeten Technologiepool, in welchen mehrere Unternehmen Immaterialgüterrechte und Know-how einbringen, die an

<sup>278</sup> STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 149; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 758; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.119; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 412 f.; vgl. auch BÜRGI/LANG, Patentrecht, S. 389.

<sup>279</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 52; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 412; BÜRGI/LANG, Patentrecht, S. 389; vgl. auch STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 33, demzufolge designrechtliche Lizenzverträge die Erheblichkeitsschwelle sehr oft nicht erreichen dürften.

<sup>280</sup> Vgl. HEINEMANN, in: Zäch, S. 52; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 413; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 762; BÜRGI/LANG, Patentrecht, S. 389; STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 33.

<sup>281</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 760; vgl. auch ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 176.

<sup>282</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 759; MEYER, Grenzziehung, S. 336; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.119; differenzierend STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 193 ff.; ebenso VON BÜREN, SIWR I/1, S. 413 f.; vgl. auch CR Concurrency-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 43.

<sup>283</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 52; DERS., Schutzrechte, S. 35, 42; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; vgl. auch STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, S. 156 f.; ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 161 f.; CR Concurrency-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 44.

Gemeinschaftsmitglieder oder Dritte lizenziert werden können.<sup>284</sup> Weil allfällige Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus der Abrede zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer resultieren, ist das Kartellgesetz klarerweise anwendbar.<sup>285</sup> Den mit einer Technologiegemeinschaft verbundenen wettbewerbsrechtlichen Gefahren kann derweil durch institutionelle Vorkehrungen, die Auswahl der zu lizenzierenden Schutzrechte oder die Ausgestaltung der Lizenzierung mittels sog. **FRAND-Bedingungen** begegnet werden.<sup>286</sup> Spezifische Probleme der Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht lassen sich in der jüngeren Vergangenheit zudem im Zusammenhang mit sog. **standardessentiellen Patenten (SEP)** beobachten.<sup>287</sup>

#### b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Unter der Voraussetzung, dass der Schutzrechteinhaber und Lizenzgeber über eine **marktbeherrschende Stellung** nach Massgabe von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, können schutzrechtsbezogenen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Lizenzverträgen den Tatbestand von Art. 7 KG erfüllen.<sup>288</sup> Die Beurteilung, ob das betreffende Unternehmen marktbeherrschend ist, erfolgt unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze.<sup>289</sup> Im Rahmen der kartellrechtlichen Missbräuchlichkeitsprüfung kann auf die Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 KG zurückgegriffen werden.

Verweigert der Inhaber eines Immaterialgüterrechts unter diesen Voraussetzungen ohne sachlichen Grund die Lizenzierung des Immaterialgutes an Drittpersonen, vermag dieses Vorgehen einerseits als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG qualifiziert zu werden<sup>290</sup>; andererseits kann die **Lizenzverweigerung** den Tatbestand der Einschränkung

<sup>284</sup> HEINEMANN, Schutzrechte, S. 35.

<sup>285</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 52; DERS., Schutzrechte, S. 42; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 44.

<sup>286</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 52 f.; DERS., Schutzrechte, S. 36; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 756; WEBER/RIZVI, FRAND, S. 436 f.

<sup>287</sup> Vgl. HEINEMANN, Konvergenz, S. 1, 7 f.

<sup>288</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.118; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 414 f.; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 763 f.; STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 34; HEINEMANN, in: Zäch, S. 53; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 76 ff.

<sup>289</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 764; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 44.

<sup>290</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 414; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 765; HEINEMANN, Schutzrechte, S. 45; vgl. auch CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 Abs. 2 Rz. 46; einge-

### Art. 3

---

der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllen.<sup>291</sup> Im Falle eines affirmativen Prüfungsergebnisses der betreffenden Vorkehren resultiert ein **Lizenzierungszwang** des Schutzrechteinhabers (vgl. vorne N 79 ff.).<sup>292</sup>

- 91 Ein missbräuchliches Wettbewerbsverhalten des Lizenzgebers liegt zudem vor, wenn er mehreren Lizenznehmern im Wege von einfachen Lizenzen die Nutzung eines Immaterialgutes gestattet, die einzelnen Vertragspartner jedoch nach Massgabe von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG **durch divergierende Vertragskonditionen diskriminiert** oder **unangemessene Vertragsbedingungen** im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c, wie z.B. unverhältnismässig hohe Lizenzgebühren oder Exportverbote, erzwingt.<sup>293</sup>
- 92 Darüber hinaus kann die Lizenzvereinbarung zur Implementierung von sog. **Koppelungsverträgen** gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG missbraucht werden. Derartige Vereinbarungen vermögen beispielsweise die Pflicht des Lizenznehmers zu beinhalten, nicht nur das lizenzierte Gut, sondern ebenfalls weitere Drittprodukte vom Lizenzgeber zu beziehen bzw. dessen gesamte Produktpalette zu vertreiben (sog. *full line forcing*) oder keine weiteren Lizenzen anderer Lizenzgeber zu erlangen (sog. *tie out*).<sup>294</sup> Regelmässiges Ziel solcher Koppelungsgeschäfte besteht darin, die marktbeherrschende Stellung des Lizenzgebers auf vor- oder nachgelagerte Märkte auszudehnen.<sup>295</sup>
- 93 Ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten des Schutzrechteinhabers steht indessen unter dem Vorbehalt, dass sich die auf Grundlage des Lizenzvertrags getroffenen Vorkehren nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen.<sup>296</sup>

---

hend JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 126 ff.; im Kontext des Designrechts STAUB, in: Staub/Celli, Art. 15 Rz. 34.

<sup>291</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 53 f.; DERS., Schutzrechte, S. 45; vgl. auch JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 140 ff.

<sup>292</sup> HEINEMANN, in: Zäch, S. 53 f.

<sup>293</sup> VON BÜREN, SIWR I/1, S. 414; vgl. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.119; KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 765.

<sup>294</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.119; VON BÜREN, SIWR I/1, S. 414; vgl. auch ZENHÄUSERN, Lizenzvertrag, S. 176.

<sup>295</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 765.

<sup>296</sup> KRAUSKOPF/RUSS, Wettbewerbsrecht, S. 765 f.; JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, S. 149 ff.

## D. Verhältnis des Kartellgesetzes zum Preisüberwachungsgesetz (Abs. 3)

Das Preisüberwachungsgesetz (PüG) und das Kartellgesetz verfügen über **jeweils eigenständige Bedeutung innerhalb der schweizerischen Wirtschaftsverfassung**.<sup>297</sup> Aus der gemeinsamen Zielsetzung der Verwirklichung eines wirksamen Wettbewerbs im Wege der Bekämpfung missbräuchlicher Preise resultieren aber gewisse Berührungspunkte zwischen den beiden Erlassen, die eine Koordination der Tätigkeiten des Preisüberwacher sowie der Wettbewerbsbehörden erforderlich machen.<sup>298</sup> Im Falle einer materiell-rechtlichen Normenkonkurrenz<sup>299</sup> ist mit Blick auf die prozessuale Verhaltenskoordination zu beurteilen, ob eine parallele Untersuchungskompetenz besteht oder ob eine der Behörden Vorrang hat.<sup>300</sup> Die Ausgestaltung des betreffenden Normenregimes im PüG und KG erweist sich dabei als nicht unproblematisch.<sup>301</sup> 94

In grundsätzlicher Weise umschreibt Art. 5 PüG das Verhältnis zwischen dem Preisüberwacher und der Wettbewerbskommission; demnach arbeiten beide Behörden zusammen (Abs. 2) und orientieren sich gegenseitig über wichtigen Entscheidungen (Abs. 3). Nach Massgabe von Art. 16 Abs. 2 PüG bleibt die Überprüfung von Preissmissbräuchen durch Wettbewerbsabreden oder markt-mächtige Unternehmen dem Preisüberwacher vorbehalten. Obschon der Bundesrat anlässlich der Kartellrechtsrevision im Jahre 1995 mit Bezug auf das Preisüberwachungsgesetz in erster Linie formellen Anpassungsbedarf sah<sup>302</sup>, erfuhr die **exklusive Zuständigkeit des Preisüberwachers eine erhebliche Einschränkung** in den Räten durch den neugeschaffenen Art. 3 Abs. 3 KG; dieser statuiert einen generellen Anwendungsvorrang der kartellrechtlichen Vorschriften gegenüber dem Preisüberwachungsgesetz.<sup>303</sup> 95

<sup>297</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 526.

<sup>298</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 526; SHK PüG-WEBER, Überblick Rz. 70; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 179.

<sup>299</sup> Massgeblich sind hierbei der von Art. 12 PüG erfasste Preissmissbrauch durch Abreden (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG) sowie der Preissmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

<sup>300</sup> Vgl. DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 179.

<sup>301</sup> SHK PüG-WEBER, Überblick Rz. 70.

<sup>302</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 627.

<sup>303</sup> Eingehend zum Gesetzgebungsprozess DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 183 f.; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 36 ff.; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 2; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 7.



### Art. 3

---

- 96 Zwar hat Art. 16 Abs. 2 PüG im Zuge der Revision keine formelle Änderung erfahren, doch ist mit der **h.L. davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 3 KG als neuere Norm an die Stelle der preisüberwachungsrechtlichen Kompetenznorm tritt und diese materiell derogiert.**<sup>304</sup> Im Ergebnis finden die Normen des Preisüberwachungsgesetzes somit keine Anwendung und die Beurteilung des Sachverhalts ist dem Preisüberwacher entzogen, sobald ein kartellrechtliches Verfahren in der gleichen Sache anhängig gemacht wurde.<sup>305</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz sind indessen in einigen Konstellationen denkbar.
- 97 Zunächst steht die vorerwähnte Kompetenzordnung unter dem im **Schlussatz von Art. 3 Abs. 3 KG** stipulierten Vorbehalt, dass die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher im gegenständlichen Fall **keine anderslautende Vereinbarung** getroffen haben.<sup>306</sup> Da eine Verfahrensüberweisung nur den allgemeinen Zuständigkeitsbereich des Preisüberwachers beschlagen kann, unterliegen alle wettbewerbsrechtlichen Fragen, die über den Tatbestand des Preismissbrauchs hinausreichen, der ausschliesslichen Kompetenz der Wettbewerbskommission.<sup>307</sup> Beansprucht die Wettbewerbskommission den Vorrang, bleibt zur Vermeidung prozessualer Zweigleisigkeiten die Einleitung einer parallelen Untersuchung gemäss Preisüberwachungsgesetz ausgeschlossen<sup>308</sup>; ein Tätigwerden des Preisüberwachers nach Abschluss des kartellrechtlichen Verfahrens bleibt jedoch theoretisch möglich.<sup>309</sup>
- 98 Die Behörden haben somit eine **gewisse Flexibilität**, um bei Bedarf eine abweichende Prioritätenordnung festzulegen<sup>310</sup>, doch erscheint ein solches Vorgehen in den meisten Fällen kaum gangbar. Im Gegensatz zur Wettbewerbskommission verfügt der **Preisüberwacher über keine mit Art. 49a KG vergleichbare Kompetenz**, Preismissbräuche im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bzw.

<sup>304</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.121; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 2; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 185; vgl. auch HEINEMANN, Kartellrecht, S. 11.

<sup>305</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.121.

<sup>306</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.121; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 26.

<sup>307</sup> DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 185.

<sup>308</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 26; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 14; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 184; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.122; a.M. KÜNZLER/ZÄCH, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 16 PüG Rz. 1; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 10.

<sup>309</sup> SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 41.

<sup>310</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 15; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 5.

Abs. 4 KG oder Art. 7 KG direkt zu sanktionieren, sondern er kann gemäss Art. 10 PüG lediglich Preiserhöhungen untersagen oder eine Preissenkung anordnen.<sup>311</sup> Findet im Falle eines Preismissbrauchs, der die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a KG erfüllt, dennoch eine Verfahrensüberweisung an den Preisüberwacher statt, würde nicht nur das betreffende Unternehmen einer kartellrechtlichen Beurteilung entgehen, sondern dieses Vorgehen stünde auch im klaren **Widerspruch zur grundsätzlichen Sanktionsverpflichtung der Wettbewerbskommission**.<sup>312</sup>

Gemäss **Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG** hat das Kartellgesetz namentlich im Verhältnis zu Vorschriften, die eine staatliche Preisordnung begründen, zurückzutreten und die Wettbewerbskommission verfügt in diesem Bereich weder über eine Untersuchungs- noch eine Verfügungskompetenz, sondern kann lediglich Empfehlungen aussprechen (vgl. vorne N 13 ff.).<sup>313</sup> In Übereinstimmung mit Art. 14 PüG fällt die Beurteilung missbräuchlicher Verhaltensweisen mit Bezug auf **staatlich administrierte Preise** somit prinzipiell in die Zuständigkeit des Preisüberwachers.<sup>314</sup>

Dieses Ergebnis bestätigt auch die **Parallelvorschrift von Art. 15 Abs. 1 PüG**, nach Massgabe welcher die Wettbewerbskommission aufgrund anderer bundesrechtlicher Vorschriften anstelle des Preisüberwachers zur Überwachung der Preise im Rahmen der Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG oder Art. 7 KG berufen ist.<sup>315</sup> Die Qualität einer durch den Gesetzgeber in einem bestimmten Wirtschaftsbereich implementierten staatlichen Preisordnung, welche der Behebung von Marktdefiziten in Bezug auf den Wettbewerbsparameter des Preises dienen soll, wird jedoch zu einem bestimmten Grad in Frage gestellt, wenn im betreffenden Sektor ein gleichzeitiges Tätigwerden

<sup>311</sup> BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 3; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 186; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.122; SHK PüG-WEBER, Art. 10 Rz. 1 ff.; KÜNZLER/ZÄCH, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 16 PüG Rz. 2 f.; kritisch CR Concurrency-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 12.

<sup>312</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.122; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 186; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 3.

<sup>313</sup> Vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 17; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.123.

<sup>314</sup> DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 181; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 40; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.123; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 4; CR Concurrency-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 8; kritisch KÜNZLER/ZÄCH, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 16 PüG Rz. 5 f.

<sup>315</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.124; DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 187.

### Art. 3

---

des Preisüberwachers zur Verhinderung von Preismissbräuchen weiterhin erforderlich bleibt.<sup>316</sup>

- 101 Schliesslich ist eine Beurteilung nach Massgabe des Preisüberwachungsgesetzes möglich, wenn der **Bundesrat eine Wettbewerbsabrede oder Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens**, die von der zuständigen Behörde untersagt wurde, nach Massgabe von **Art. 8 KG ausnahmsweise für zulässig erklärt** hat.<sup>317</sup> Da die dem bundesrätlichen Genehmigungsentscheid zugrundeliegende Interessenabwägung die Frage von potentiellen Preismissbräuchen durch die in Frage stehenden Wettbewerbsbehinderung nicht zwangsläufig einbeziehen muss, kann sich ein nachträgliches Tätigwerden des Preisüberwachers theoretisch durchaus rechtfertigen; vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis des Bundesrates wird es sich jedoch um eine Ausnahmeerscheinung handeln.<sup>318</sup>

## E. Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Bundesgesetzen

- 102 Art. 3 KG regelt die Beziehung des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsgebieten nicht erschöpfend und vermittelt lediglich einen selektiven Überblick. Die nachfolgenden Ausführungen thematisieren daher das Verhältnis zwischen dem Kartellrecht und anderen Erlassen des Bundesrechts, wie z.B. dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dem Binnenmarktgesetz, dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen sowie den allgemeinen privatrechtlichen Erlassen.<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> Vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 17; vgl. SHK PüG-WEBER, Art. 14 Rz. 11.

<sup>317</sup> DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher, S. 182; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 4; BSK KG-MEINHARDT/PRÜMER, Art. 8 Rz. 33; vgl. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 3 Rz. 16; vgl. auch CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 14.

<sup>318</sup> Vgl. BSK KG-MEINHARDT/PRÜMER, Art. 8 Rz. 19; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 Abs. 3 Rz. 14.

<sup>319</sup> Für eine allgemeine Übersichtsdarstellung vgl. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.138 f.

## I. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Während Art. 23 Abs. 2 KG 1965 sowie Art. 44 Abs. 2 Bst. a KG 1985 noch jeweils einen ausdrücklichen Vorbehalt des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb gegenüber dem Kartellgesetz statuierten<sup>320</sup>, trifft **Art. 3 KG in der gegenwärtigen Fassung keine Aussage über das Verhältnis der beiden Wettbewerbsерlasse**.<sup>321</sup> Damit geht indessen keine Veränderung der rechtlichen Beziehung zwischen den beiden Bundesgesetzen einher.<sup>322</sup> 103

Sowohl das Kartellgesetz als auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dienen der Erhaltung sowie dem Funktionieren des wirtschaftlichen Wettbewerbs und schützen neben öffentlichen auch individuelle Interessen.<sup>323</sup> Als massgebliches Differenzierungskriterium zwischen den beiden Erlassen ist der dem **jeweiligen Gesetz zugrundeliegende Regulierungszweck** beizuziehen. Während das Kartellgesetz den Wettbewerb als solchen gewährleisten soll, was ein gewisses Wettbewerbsminimum erfordert<sup>324</sup>, bezweckt die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb, dass der als bestehend vorausgesetzte Wettbewerb nicht in missbräuchlicher Art und Weise, d.h. durch unlautere Mittel, beeinträchtigt wird.<sup>325</sup> Regelungsgegenstand des **Kartellgesetzes ist somit der Schutz des quantitativen Wettbewerbs**, das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stellt den Bestand von qualitativem Wettbewerb** sicher.<sup>326</sup> 104

Die beiden Rechtserlasse verfolgen **funktional komplementäre bzw. sich ergänzende Zielsetzungen** zum Zwecke einer umfassenden Absicherung der Wettbewerbsordnung; folgerichtig ist von Anwendungsparallelität bzw. Anspruchskonkurrenz zwischen den beiden Gesetzen auszugehen.<sup>327</sup> 105

<sup>320</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 54; vgl. hierzu SCHLUEP, Handkomm. KG/PüG, S. 174 ff.; SCHÜRMAN, Handkomm. KG/PüG, S. 756 f.

<sup>321</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 27.

<sup>322</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 288; Botschaft vom 23. November 1994, S. 527; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 43.

<sup>323</sup> Botschaft vom 18. Mai 1983, S. 1039.

<sup>324</sup> Botschaft vom 18. Mai 1983, S. 1040.

<sup>325</sup> Botschaft vom 18. Mai 1983, S. 1040; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 5; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 159.

<sup>326</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.128; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 159; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 288.

<sup>327</sup> Weko, RPW 2010/4, 657 Rz. 71, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.130; SHK KG-CARCAGNI

## II. Binnenmarktgesetz (BGBM)

- <sup>106</sup> Im Unterschied zum Kartellgesetz, welches gegen ungerechtfertigte Wettbewerbshindernisse seitens privater Unternehmen gerichtet ist, wirkt das Binnenmarktgesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen des öffentlichen Rechts, d.h. auf kantonaler und kommunaler Ebene, und implementiert gewisse Mindestanforderungen im Hinblick auf die Verwirklichung eines offenen Binnenmarktes in der Schweiz.<sup>328</sup> Kartell- und Binnenmarktgesetzgebung nehmen somit **ergänzende Funktionen** innerhalb der Wettbewerbsordnung ein.<sup>329</sup>
- <sup>107</sup> Die vergleichbare Zielsetzung, welche Kartellgesetz und BGBM zugrunde liegen, legen es daher nahe, dass die **Wettbewerbskommission im Bereich des BGBM gewisse Funktionen** erfüllt.<sup>330</sup> Anlässlich der Revision des BGBM im Jahre 2005 wurde diese Rolle zusätzlich gestärkt.<sup>331</sup> Neben der Überwachung der Konformität von Handlungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie anderer Träger öffentlicher Aufgaben mit dem Gesetz (Art. 8 Abs. 1 BGBM) vermag die Wettbewerbskommission auch Empfehlungen auszusprechen und Untersuchungen durchzuführen (Art. 8 Abs. 2 ff. BGBM), die nach deren Abschluss veröffentlicht werden können (Art. 10a Abs. 1 BGBM).<sup>332</sup> Zwecks Erfüllung dieser Aufgaben stehen der Wettbewerbskommission sowohl die Mittel der Amtshilfe (Art. 8a BGBM) als auch die Möglichkeit, erforderliche Auskünfte von Privaten einzuholen (Art. 8b BGBM), offen.<sup>333</sup>

---

ET AL., Art. 3 Rz. 27; WEBER, SIWR V/2, S. 53; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 44; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 5.

<sup>328</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.131; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 159; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 288 f.; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 6.

<sup>329</sup> Botschaft vom 23. November 1994, S. 527; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.131; WEBER, SIWR V/2, S. 54; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 45; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 289; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 28; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 6.

<sup>330</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 290; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 45;

<sup>331</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 29; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.132.

<sup>332</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.132; vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 159 f.

<sup>333</sup> SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 29; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.133.

Indessen steht der Wettbewerbskommission im Anwendungsbereich des BGBM **keine Verfügungskompetenz** zu.<sup>334</sup> Allerdings kann sie gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM **Beschwerde** erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. 108

### III. Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

Spezifischer Regelungsgegenstand des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, welches durch die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) konkretisiert wird, sind Beschaffungen auf Ebene des Bundes.<sup>335</sup> Das Submissionsrecht ist als ein **ausdifferenzierter Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts** zu begreifen, welches auf die Einhaltung von wettbewerblichen Grundsätzen zwischen den Anbietern im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren<sup>336</sup>, namentlich zum Schutz der Auftraggeber, gerichtet ist<sup>337</sup>; Schutzgegenstand des Kartellgesetzes ist demgegenüber die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs als solchem.<sup>338</sup> 109

Das öffentliche Submissionsrecht und das Wettbewerbsrecht verfolgen somit **kongruente Zielsetzungen** und stellen in verschiedener Hinsicht die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sicher.<sup>339</sup> Im Verhältnis zwischen dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und dem Kartellgesetz ist von kumulativer Anwendbarkeit auszugehen<sup>340</sup>, d.h. beiden Erlasse können auf den 110

<sup>334</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 290.

<sup>335</sup> TRÜEB, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch, Rz. 25.8; DERS., OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 1 BöB Rz. 4; auf Ebene der Kantone sind ferner die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IvöB) und/oder allfällige kantonale Ausführungsgesetze zu berücksichtigen.

<sup>336</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB.

<sup>337</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.135; TRÜEB, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 1 BöB Rz. 8; LEITNER, Kartellrecht, S. 24; Entscheid der Rekurskommission *Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko* vom 22.12.2004, RPW 2005/1, 191 E. 5.1.

<sup>338</sup> VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 288.

<sup>339</sup> TRÜEB, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 1 BöB Rz. 8.

<sup>340</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.137; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 288; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3 Rz. 7; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 45; Entscheid der Rekurskommission *Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko* vom 22.12.2004, RPW 2005/1, 191 f. E. 5.2.

### Art. 3

---

gleichen Sachverhalt zur Anwendung gelangen. Ungeachtet seines hoheitlichen Charakters bewirkt das im BöB geregelte **Submissionsverfahren keine staatliche Markt- oder Preisordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG** durch Eliminierung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter, sondern dient der Schaffung einer spezifischen Wettbewerbssituation unter vordefinierten Rahmenbedingungen, um das wirtschaftlich günstige Angebot zu eruieren.<sup>341</sup>

- 111 Zum **Schutz vor unzulässigen Wettbewerbsabreden** kann daher parallel zu Art. 5 KG auch Art. 11 Bst. e BöB zur Anwendung gelangen, welcher dem Auftraggeber ermöglicht, den bereits erteilten Zuschlag zu widerrufen oder Anbieter vom Vergabeverfahren gänzlich auszuschliessen, wenn Abreden getroffen wurden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen.<sup>342</sup>

## IV. Zivilgesetzbuch (ZGB)/Obligationenrecht (OR)

- 112 Zwar wird das Verhältnis des Kartellrechts zum Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht im Unterschied zu Art. 44 Abs. 1 KG 1985 nicht mehr positivrechtlich normiert<sup>343</sup>; soweit das Kartellgesetz mit Bezug auf zivilrechtlich relevante Fragestellungen keine Sonderordnung aufstellt, ist indessen von einer **subsidiären Anwendbarkeit der zivil- und obligationenrechtlichen Normen** auszugehen.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> LEITNER, Kartellrecht, S. 27.

<sup>342</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.137; Entscheid der Rekurskommission *Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko* vom 22.12.2004, RPW 2005/1, 191 E. 5.2.

<sup>343</sup> WEBER, SIWR V/2, S. 53.; vgl. hierzu SCHLUEP, Handkomm. KG/PüG, S. 181 f.

<sup>344</sup> WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Rz. 1.138; WEBER, SIWR V/2, S. 53; SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Art. 3 Rz. 42.

### Literatur

ALTENPOHL MARTINA, Zur Zulässigkeit des Parallelimports von urheberrechtlich geschützten Produkten, in: *sic!* 2/1998, S. 145 ff. (zit. Parallelimporte).

AMSTUTZ MARC, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen: Thesen zur Deregulierung des Kartellrechts, in: *AJP* 1996, S. 883 ff. (zit. Kartellgesetz).

Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER/IN).

BAUDENBACHER CARL, Die Lausanner Springprozession bei der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten: Zwei Schritt vor, einer zurück, Bemerkungen zum Kodak-Urteil des Bundesgerichts, in: *SZW* 3/2000, S. 140 ff. (zit. Kodak).

BERTSCHINGER CHRISTOPH/MÜNCH PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel/Genf/München 2002 (zit. BEARBEITER/IN, in: Bertschinger/Münch/Geiser).

BIAGGINI GIOVANNI/HÄNER ISABELLE/SAXER URS/SCHOTT MARKUS (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. BEARBEITER/IN, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch).

BIERI-GUT MARIANNE, Rechtsprobleme beim Absatz auf grauen Märkten: Die Durchsetzbarkeit von Selektivvertriebsverträgen gegenüber Dritten, Diss. Zürich 1994 (zit. Märkte).

BISCHOF JUDITH, Rechtsfragen der Stromdurchleitung: Spezialgesetzliche und kartellrechtliche Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes, Diss. Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. Stromdurchleitung).

BÖNI FRANZ/WASSMER ALEX, Garanten für überhöhte Preise in der Schweiz, in: *sic!* 3/2016, S. 135 ff. (zit. Preise).

BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK Wettbewerbsrecht I).

BÜHLER STEFAN, Kartellrechtsreform auf der Hochpreisinsel – ein ambitioniertes Unterfangen, in: *Die Volkswirtschaft* 8–9/2015, S. 52 ff. (zit. Hochpreisinsel).

BÜHRER CAROLE/RENFER STEFAN, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, in: *Jusletter* vom 9. Oktober 2006 (zit. Medienkonzentration).

VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008 (zit. Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht).

BÜRGI JOHANNES A./LANG CHRISTOPH G., Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz ?, in: *sic!* 4/1999, S. 379 ff. (zit. Patentrecht).

CARRON BENOIT, Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence, Diss. Fribourg 1994 (zit. Concurrence).

Commentaire Romand, Droit de la concurrence – Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR Concurrence-BEARBEITER/IN).



### Art. 3

---

VON DER CRONE HANS-CASPAR/GRONER ROGER, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien und Filmbereich, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Symposium Schlupe: Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht, Zürich 1998, S. 45 ff. (zit. Marktmacht).

DIETRICH MARCEL/BÜRGI ALEXANDER, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: sic! 3/2005, S. 179 ff. (zit. Preisüberwacher).

DUCREY PATRIK, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, in: Blätter für Agrarrecht 2/2008, S. 123 ff. (zit. Landwirtschaft).

DERS., «Kodak», selektiver Vertrieb und Graumarkt aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts, in: Georg Rauber (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, S. 113 ff. (zit. Kodak).

EHR SAM PETER/EMCH DANIEL, Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt, in: sic! 10/2014, S. 605 ff. (zit. Fernmeldemärkte).

FIALA DONATELLA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklung im Bereich der Genpatente, Diss. Bern 2006 (zit. Kartellrecht).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht).

Handkommentar zum Kartellgesetz und zum Preisüberwachungsgesetz, SCHÜR MANN LEO/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Zürich 1988 (zit. BEARBEITER/IN, Handkomm. KG/PüG).

HEINEMANN ANDREAS, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: Jusletter vom 21. Juni 2010 (zit. Kartellrecht).

DERS., Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: Divergenz oder Konvergenz?, in: Medien und Recht – Internationale Edition 3/2014, S. 1 ff. (zit. Konvergenz).

DERS., Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? Eine kritische Analyse, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/St. Gallen 2009, S. 44 ff. (zit. HEINEMANN, in: Zäch).

DERS., Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, in: sic! 2008, Sondernummer, S. 33 ff. (zit. Schutzrechte).

DERS., Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Habil. Tübingen 2002 (zit. Immaterialgüterschutz).

HILTY RETO M., Lizenzverträge und Art. 5 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 27 ff. (zit. Kartellrecht).

DERS., Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001 (zit. Lizenzvertragsrecht).

DERS., Verbot von Parallelimporten – Heimatschutz oder Schildbürgerstreich? Eine rechtliche Kritik, eine ökonomische Analyse – und eine Regelungsvorschlag zwischen Schwarz und Weiss, in: sic! 3/2000, S. 231 ff. (zit. Parallelimporte).

DERS., Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europäischen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 325 ff. (zit. Janusgesicht).

HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Loseblattausgabe, Zürich 1996–1997 (zit. BEARBEITER/IN, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey).

HUBACHER KEVIN, Schweizer Kartellrecht 2015 – ein Jahresrückblick, in: Jusletter 25. April 2016, S. 1 ff. (zit. Kartellrecht).

HÜBSCHER BARBARA/RIEDER PIERRE, Die Bedeutung der «Essential facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: sic! 5/1997, S. 439 ff. (zit. Wettbewerbsrecht).

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012 (zit. BEARBEITER/IN, in: Immenga/Mestmäcker).

JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht / Le point sur le droit des cartels, in: SJZ 9/2016, S. 230 ff. (zit. Entwicklungen).

JOVANOVIĆ MILAN, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung – Immaterialgüter als Essential Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung).

KELLER BERNHARD RAFAEL, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge: Eine Untersuchung nach schweizerischem und europäischem Kartellrecht, Diss. Bern 2004 (zit. Lizenzverträge).

KRAUSKOPF PATRICK L., Die revidierte Vertikalbekanntmachung – Verhaltensempfehlungen für die Praxis, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/St. Gallen 2009, S. 62 ff. (zit. KRAUSKOPF, in: Zäch).

KRAUSKOPF PATRICK L./RUSS SEBASTIAN D., Lizenzverträge und Wettbewerbsrecht, in: sic! 12/2014, S. 753 ff. (zit. Wettbewerbsrecht).

LEITNER HEINZ, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, in: AJP 1/2003, S. 23 ff. (zit. Kartellrecht).

LOWENHEIM ULRICH/MEESSEN KARL M./RIESENKAMPFF ALEXANDER (Hrsg.), Kartellrecht: Kommentar, 2. Aufl., München 2009 (zit. BEARBEITER, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff).

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Grenzziehung zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht: Diskussionsbeitrag auf der Grundlage des Vortrages an der Generalversammlung der Association Suisse d'Etude de la Concurrence in Fribourg vom 14. Oktober 1999, sic! 4/2000, S. 331 ff. (zit. Grenzziehung).

MÜLLER JÜRGEN, Entwicklungen im Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht/Le point sur le droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, in: SJZ 96/2000, S. 391 ff. (zit. Immaterialgüterrecht).

OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011 (zit. BEARBEITER/IN, OFK Wettbewerbsrecht II).

RAUBER GEORG, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellrechtsrevision 2003, Zürich 2004, S. 186 ff. (zit. Immaterialgüterrecht).

DERS., Parallelimporte zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: eine Übersicht, in: Georg Rauber (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, S. 1 ff. (zit. Parallelimporte).

### Art. 3

---

REHBINDER MANFRED/VIGANÒ ADRIANO (Hrsg.), URG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit. OFK URG-BEARBEITER/IN).

RENER STEFAN, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005 (zit. Fernmelderecht).

RENTSCH RUDOLF, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht: Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, Basel/Genf/München 2000 (zit. Deregulierung).

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. Öffentliches Wirtschaftsrecht).

SCHLUEP WALTER R., Neues Markenrechtsgesetz und Kartellgesetz, in: sic! 1/1997, S. 16 ff. (zit. Markenrecht).

DERS., Wirtschaftsrechtliche Punktationen zum Verhältnis wettbewerbsrechtlicher Normen (am Beispiel der Nachahmung fremder Leistungen), in: Isaak Meier/Kurt Siehr (Hrsg.), Rechtskollisionen: Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, S. 335 ff. (zit. Nachahmung).

DERS., Lauterkeitsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Geltungsschranken des Kartellgesetzes (KG), in: Roger Zäch (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, S. 239 ff. (zit. Geltungsschranken).

SCHMID LEO, Gebietsbeschränkungen in Patentlizenz- und Know-How-Verträgen im Wettbewerbsrecht der USA und der EG, Diss. Bern 1987 (zit. Wettbewerbsrecht).

SCHRANER FELIX, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht: Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patentrecht, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Kartellrecht).

Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Bd. I/1, Allgemeiner Teil – Grundlagen, 2. Aufl. Basel 2002 (zit. BEARBEITER/IN, SIWR I/1).

Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Bd. V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000 (zit. BEARBEITER/IN, SIWR V/2).

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), Bern 2007 (zit. SHK BGG-BEARBEITER/IN).

SIMON JÜRIG, Die Schweiz und die Entwicklung des Markenrechts in der Europäischen Union, in: sic! 4/2014, S. 218 ff. (zit. Markenrecht).

Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Bern 2007 (zit. SHK KG-BEARBEITER/IN).

STAUB ROGER/CELLI ALESSANDRO L. (Hrsg.), Designrecht - Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, Zürich 2003 (zit. BEARBEITER/IN, in: Staub/Celli).

STIEGER WERNER, «Kodak» – eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht, sic! 1/2001, S. 89 ff. (zit. Schnittbereich).

STIRNIMANN FRANZ XAVER, Urheberkartellrecht: Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. Urheberkartellrecht).

STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit: Die wettbewerbsrechtliche Stellung der öffentlichen Unternehmen im schweizerischen Recht, mit einer Darstellung des Rechtes Deutschlands und Frankreichs sowie des Europäischen Wirtschaftsraums, Freiburg i.Ü. 1994 (zit. Wirtschaftstätigkeit).

SUTTER OLIVER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, in: Blätter für Agrarrecht 2/3 2008, S. 103 ff. (zit. Marktordnung).

THOMANN FELIX H., Patentrecht, in: Georg Rauber (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, S. 75 ff. (zit. Patentrecht).

UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln: Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1997 (zit. Staatshandeln).

VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zürich 2000 (zit. Staat).

WEBER ROLF H., «Ertzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, in: Jusletter 1. November 2010 (zit. Preise).

DERS., Stämpflis Handkommentar zum Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009 (zit. SHK PüG-BEARBEITER/IN).

DERS., Stämpflis Handkommentar Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Bern 2008 (zit. SHK RTVG-BEARBEITER/IN).

DERS., Deregulierung und Privatisierung in der Schweiz, in: Aspekte des europäischen Handels- und Wirtschaftsrechts, Seminar, herausgegeben vom Europa Institut an der Universität Zürich, vom Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karls Universität Prag, Prag 1999, S. 8 ff. (zit. Privatisierung).

DERS., Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986 (zit. Wirtschaftsregulierung).

WEBER ROLF H./RIZVI SALIM, FRAND – Versuch einer Strukturierung, in: ZBJV 147/2011, S. 433 ff. (zit. FRAND).

WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht).

ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. Schweizerisches Kartellrecht).

DERS., Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, in: sic! 4/2000, S. 275 ff. (zit. Kodak).

ZENHÄUSERN URS, Der internationale Lizenzvertrag, Freiburg i.U. 1991 (zit. Lizenzvertrag).

### **Art. 3**

---

#### **Materialien**

Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff. (zit. Botschaft vom 7. November 2001).

Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft vom 23. November 1994).

Botschaft vom 18. Mai 1983 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 1983 II 1009 ff. (zit. Botschaft vom 18. Mai 1983).

Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG), BBl 2003 II 1569 ff. (zit. Botschaft vom 18. Dezember 2002).

Botschaft vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen, BBl 1987 II 689 ff. (zit. Botschaft vom 28. September 1987).

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen). Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008, abrufbar unter: <[www.weko.admin.ch/dokumentation/00216](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216)> (zit. Evaluationsgruppe, Studie).