

---

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	VII
Literaturverzeichnis .....	XVII
Materialienverzeichnis .....	XXV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVI
<b>1. Teil: Grundlagen .....</b>	<b>1</b>
§ 1 Einführung in das Problem .....	1
§ 2 Offene Fragen in der rechtlichen Beurteilung .....	6
§ 3 Untersuchung über die Auswirkungen von Kartellabsprachen auf Folgeverträge .....	27
<b>2. Teil: Verstoss gegen Art. 19/20 OR? .....</b>	<b>69</b>
§ 4 Grundlagen zu Art. 19/20 OR .....	69
§ 5 Verstösst der Inhalt von Folgeverträgen gegen zwingendes Recht? .....	76
§ 6 Verstossen Folgeverträge gegen die öffentliche Ordnung? .....	181
§ 7 Sind Folgeverträge sittenwidrig? .....	194
<b>3. Teil: Folgen des Verstosses gegen Art. 19/20 OR .....</b>	<b>197</b>
§ 8 Folgen der Widerrechtlichkeit im Allgemeinen .....	198
§ 9 Folgen der Widerrechtlichkeit bei Folgeverträgen .....	209
<b>4. Teil: Folgeverträge höheren Grades .....</b>	<b>275</b>
§ 10 Inhaltsmangel bei Folgeverträgen höheren Grades? .....	275
§ 11 Folgen für die Wirksamkeit von Folgeverträgen höheren Grades .....	287
<b>5. Teil: Ausgleichsansprüche und prozessuale Aspekte .....</b>	<b>289</b>
§ 12 Schadenersatz .....	290
§ 13 Prozessuale Aspekte .....	310
<b>6. Teil: Schluss .....</b>	<b>319</b>
§ 14 Zusammenfassung .....	319
§ 15 Schlussbetrachtung .....	323
Sachregister .....	327

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Teil: Grundlagen</b> .....	<b>1</b>
§ 1 Einführung in das Problem.....	1
§ 2 Offene Fragen in der rechtlichen Beurteilung .....	6
I. In der Beurteilung von Wettbewerbsabreden .....	6
II. In der Beurteilung von Folgeverträgen.....	7
A. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.....	7
B. Lösungsvorschläge in der Literatur .....	7
1. Lösung über Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung oder Übervorteilung .....	8
a) Irrtum (Art. 23 f., 31 OR)? .....	8
b) Absichtliche Täuschung (Art. 28, 31 OR)?.....	11
c) Übervorteilung (Art. 21 OR)? .....	13
d) Schlussfolgerung .....	14
2. Erwägungen unter Einbezug kartellrechtlicher Normen.....	14
a) Darstellung der schweizerischen Lehre.....	14
b) Kritik an der bisherigen Lehre.....	19
C. Behandlung in der Rechtsprechung.....	21
D. Rechtsvergleichung .....	22
E. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung .....	26
§ 3 Untersuchung über die Auswirkungen von Kartellabsprachen auf Folgeverträge .....	27
I. Klärung des Begriffes "Kartellabsprache" .....	27
A. Uneinheitliche Terminologie.....	27
B. Definition.....	28
C. Gegenstand und Wirkung von Kartellabsprachen.....	29
D. Rechtliche Erscheinungsformen von Kartellabsprachen.....	30
II. Klärung des Begriffes "Folgevertrag" .....	32
A. Uneinheitliche Terminologie.....	32
B. Definition.....	32
C. Abgrenzung .....	33
D. Folgeverträge höheren Grades.....	34

III.	Typische Arten von Kartellabsprachen, deren Umsetzung und ihre Auswirkungen auf Folgeverträge.....	34
A.	Vorbemerkungen .....	34
B.	Preisabsprachen, Rabattabsprachen, Margenabsprachen .....	35
C.	Sonderfall: Submissionsabsprachen .....	38
D.	Sonderfall: Absprachen bei Versteigerungen und versteigerungähnlichen Verfahren .....	42
E.	Mengenabsprachen .....	44
F.	Gebietsabsprachen .....	47
G.	Geschäftspartnerabsprachen .....	49
H.	Aufteilung des Marktes nach Produkten, Spezialisierungskartelle .....	51
I.	Absprachen zur Vereinheitlichung der Produkte.....	53
J.	Absprachen zur Vereinheitlichung von einzelnen Vertragsbedingungen, von AGB, von Serviceleistungen .....	55
K.	Absprachen über Preisbindung der zweiten Hand.....	57
L.	Aussenseiter-Diskriminierungsabsprachen.....	59
M.	Absprachen zur Beschränkung von Forschung und Entwicklung.....	60
N.	Absprachen zur Beschränkung des Werbeaufwandes .....	62
IV.	Erste Erkenntnisse; Konsequenzen für den Gang der Untersuchung.....	62

**2. Teil: Verstoss gegen Art. 19/20 OR? ..... 69**

**§ 4 Grundlagen zu Art. 19/20 OR..... 69**

I.	Überblick.....	69
II.	Weiterer Gang der Untersuchung.....	72

**§ 5 Verstösst der Inhalt von Folgeverträgen gegen zwingendes Recht? ..... 76**

I.	Allgemeines zur Schranke des zwingenden Rechts .....	76
A.	Anforderungen an die verletzte Norm .....	76
B.	Art des Verstosses.....	77
II.	Allgemeines zu Art. 5 und 7 KG.....	79

III.	Verstoss gegen Art. 5 KG .....	80
A.	Überblick und weiterer Fortgang der Untersuchung .....	80
B.	Enthalten Folgeverträge unzulässige Wettbewerbsabreden? .....	81
1.	Wettbewerbsabreden in Folgeverträgen .....	81
a)	Erscheinungsform .....	81
b)	Marktrichtung .....	82
c)	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung .....	82
d)	Fazit .....	87
2.	Unzulässigkeit der Abreden (materielle Prüfung nach Art. 5 KG) .....	87
a)	Marktabgrenzung .....	88
b)	Beurteilung der Auswirkungen .....	89
aa)	Beseitigung des Wettbewerbs .....	90
bb)	Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs .....	92
cc)	Unerhebliche Beeinträchtigungen .....	95
dd)	Anwendung der Kriterien auf Folgeverträge bzw. die problematischen Bestimmungen in den Folgeverträgen .....	96
3.	Fazit .....	100
C.	Fällt ein Werk von Folgeverträgen unter die Bestimmung von Art. 5 KG? ...	101
1.	Folgeverträge, die eine kartellistische Ordnung fortsetzen .....	102
2.	Organisierte Bündelung von vertikalen Absprachen .....	103
a)	Sammelreverse .....	103
b)	Umsetzung von Gebietsabsprachen in Alleinvertriebs- verträgen .....	107
3.	Fazit .....	107
a)	Unterschiede und Gemeinsamkeiten .....	107
b)	Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise .....	109
c)	Prüfung der Zulässigkeit an rechtlichen Massstäben .....	109
D.	Verstösst der Abschluss von Folgeverträgen gegen Art. 5 KG? .....	109
1.	Herkömmliches Verständnis von Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 KG sowie Kritik .....	110
2.	Auslegung von Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 KG im Hinblick auf den Abschluss von Folgeverträgen .....	112
a)	Grundlagen der Auslegung; Übersicht über den Fortgang der Untersuchung .....	112
b)	Grammatikalisches Auslegungselement .....	113
aa)	Zum grammatikalischen Auslegungselement .....	113
bb)	Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG nach dem Wortlaut .....	114
cc)	Anwendung dieser Erkenntnisse auf Folgeverträge .....	117
dd)	Fazit .....	118
c)	Historisches Auslegungselement .....	118
aa)	Zum historischen Auslegungselement .....	118
bb)	Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG nach dem historischen Auslegungselement .....	120
cc)	Anwendung dieser Erkenntnisse auf Folgeverträge .....	123
dd)	Fazit .....	123

d)	Systematisches Auslegungselement .....	123
aa)	Zum systematischen Auslegungselement.....	123
bb)	Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG nach dem systematischen Auslegungselement .....	124
cc)	Anwendung dieser Erkenntnisse auf Folgeverträge.....	127
dd)	Fazit.....	127
e)	Teleologisches Auslegungselement.....	127
aa)	Zum teleologischen Auslegungselement.....	127
bb)	Sinn von Art. 5 Abs. 1 KG nach dem teleologischen Auslegungselement .....	128
cc)	Anwendung dieser Erkenntnisse auf Folgeverträge.....	134
dd)	Fazit .....	134
f)	Schlussfolgerung.....	135
aa)	Zusammenspiel der Auslegungselemente .....	135
bb)	Ergebnis der Auslegung .....	135
cc)	Fazit.....	137
dd)	Bewertung des gefundenen Ergebnisses .....	138
3.	Anwendung des gefundenen Auslegungsergebnisses auf Folgeverträge .....	138
4.	Fazit.....	141

IV. Verstoss gegen Art. 7 KG .....

A.	Marktbeherrschende Stellung .....	142
1.	Definition von Marktbeherrschung .....	142
2.	Vorgehensweise bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen.....	143
a)	Bestimmung des relevanten Marktes.....	143
b)	Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung.....	143
3.	Kollektive Marktbeherrschung.....	144
4.	Marktbeherrschende Stellung für Kartellmitglieder?.....	145
a)	Auslegeordnung.....	145
b)	Inhaber der allenfalls marktbeherrschenden Stellung.....	147
c)	Marktaufteilungsabsprachen.....	148
d)	Andere Absprachen .....	151
5.	Fazit zur marktbeherrschenden Stellung .....	157
B.	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung.....	158
1.	Missbräuchliche Verhaltensweisen im Allgemeinen .....	158
2.	Missbrauch durch Abschluss von Folgeverträgen?.....	160
a)	Preisabsprachen/Mengenabsprachen .....	161
aa)	Vereinbarung überhöhter Preise/Drosselung der produzierten Menge.....	161
bb)	Preise unter dem hypothetischen Wettbewerbspreis .....	166
b)	Submissionsabsprachen .....	167
c)	Absprachen bei Versteigerungen .....	167
d)	Marktaufteilungsabsprachen.....	167
e)	Produktvereinheitlichungsabsprachen .....	168

f)	Absprachen zur Vereinheitlichung von AGB, Vertragsbedingungen oder Serviceleistungen .....	168
g)	Absprachen über Preisbindung der zweiten Hand .....	169
h)	Aussenseiter-Diskriminierungsabsprachen .....	169
i)	Absprachen zur Beschränkung von Forschung und Entwicklung .....	171
j)	Absprachen zur Beschränkung des Werbeaufwandes .....	172
3.	Fazit .....	172
C.	Vorbehalt .....	173
D.	Fazit: Abschluss von Folgeverträgen als unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen .....	174
V.	Widerrechtlichkeit des <i>Inhalts</i> und Umfang der Widerrechtlichkeit .....	175
A.	Betroffenheit des Vertragsinhalts .....	175
1.	Folgeverträge mit Bestimmungen, die selber als unzulässige Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind .....	175
2.	Folgeverträge, die als Werk gegen Art. 5 KG verstossen .....	176
3.	Übrige Folgeverträge .....	176
B.	Art. 5 und 7 KG als zwingende Normen über den Vertragsinhalt? .....	177
VI.	Zusammenfassung .....	179
<b>§ 6</b>	<b>Verstossen Folgeverträge gegen die öffentliche Ordnung? .....</b>	<b>181</b>
I.	Allgemeines zur Schranke der öffentlichen Ordnung .....	181
II.	Bedeutung der Schranke der öffentlichen Ordnung im Einzelnen .....	182
A.	Tragende Ordnungsprinzipien .....	182
B.	Insbesondere: Mittel zur AGB-Kontrolle? .....	183
1.	Problematik .....	183
2.	Ansätze zur Kontrolle von AGB in der Lehre .....	184
3.	Praxis .....	185
4.	Vorschlag für eine Revision des KIG .....	186
C.	Weitere Anwendungsfälle .....	187
III.	Verstoss gegen die öffentliche Ordnung durch Aufhebung des Prinzips der Vertragsfreiheit? .....	188
A.	Definition von Vertragsfreiheit .....	188
B.	Vertragsfreiheit als grundlegendes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung .....	188
C.	Auswirkungen von Kartellabsprachen auf die Vertragsfreiheit .....	188
1.	Gestaltungsfreiheit .....	189
2.	Partnerwahlfreiheit .....	190

D.	Parallelen zwischen der AGB-Problematik und der Situation beim Abschluss von Folgeverträgen.....	191
E.	Fazit zum Verstoss gegen die öffentliche Ordnung durch Missachtung des Prinzips der Vertragsfreiheit .....	192

IV.	Verstoss gegen die öffentliche Ordnung durch Beeinträchtigung des Wettbewerbs?.....	193
-----	---	-----

<b>§ 7</b>	<b>Sind Folgeverträge sittenwidrig?.....</b>	<b>194</b>
------------	--	------------

### **3. Teil: Folgen des Verstosses gegen Art. 19/20 OR ..... 197**

<b>§ 8</b>	<b>Folgen der Widerrechtlichkeit im Allgemeinen .....</b>	<b>198</b>
------------	---	------------

I.	Begriff der Nichtigkeit .....	198
----	-------------------------------	-----

A.	Der traditionelle Nichtigkeitsbegriff.....	198
B.	Relativierungen.....	199
1.	Gesetzeskonforme Auslegung; Konversion.....	199
2.	"Sinn und Zweck"-Formel .....	200
3.	Flexibler Nichtigkeitsbegriff.....	201
4.	"Verbotsdurchsetzende Nichtigkeit" .....	203
C.	Kritik an den Relativierungen.....	203
D.	Fazit .....	204

II.	Teilnichtigkeitsregel.....	204
-----	----------------------------	-----

A.	Traditionelle Auffassung .....	205
B.	Neuere Auffassung .....	205
C.	Regeln zur Ergänzung des Vertrages bei wegfallenden Teilen .....	206

<b>§ 9</b>	<b>Folgen der Widerrechtlichkeit bei Folgeverträgen.....</b>	<b>209</b>
------------	--	------------

I.	Leitplanken einer Lösung.....	209
----	-------------------------------	-----

A.	Bedeutung von Art. 12 und 13 KG.....	209
1.	Problem .....	209
2.	Zu Art. 12 KG .....	211
a)	Sinn des Begriffs "Wettbewerbsbehinderung" .....	211
b)	Sinn des Begriffs "Anspruch" .....	212
c)	Fazit .....	213

3.	Zu Art. 13 KG .....	214
a)	Absicht des Gesetzgebers bei Art. 13 KG .....	214
b)	Wortlaut .....	214
c)	Fazit .....	215
4.	Schlussfolgerung: Relevanz von Art. 12 und 13 KG .....	215
B.	Analogie zu Art. 230 OR? .....	217
1.	Relevanz von Art. 230 OR für das Problem der Folgeverträge .....	217
2.	Rechtsfolgen für den Folgevertrag gemäss Art. 230 Abs. 1 OR .....	218
3.	Übertragbarkeit der Rechtsfolge von Art. 230 OR auf Folgeverträge im Allgemeinen? .....	219
a)	Bedeutung des Wettbewerbs für den Vertragsschluss .....	220
b)	Tangierung öffentlicher Interessen .....	222
c)	Anzahl abgeschlossener Verträge .....	223
d)	Frist zur Anfechtung .....	223
e)	Folge eines gutheissenden Urteils .....	224
4.	Fazit .....	224
C.	Überlegungen zum BoeB .....	225
1.	Grundlagen .....	225
2.	Keine Anordnung betreffend Wirksamkeit von Folgeverträgen .....	225
3.	Ableitung von Wertungen des Gesetzgebers .....	226
4.	Fazit .....	227
D.	Lösungsansätze der Lehre zur AGB-Problematik .....	228
1.	Einleitung .....	228
2.	Ansatz zur Behandlung unbilliger AGB .....	228
3.	Fazit und Folgerungen für Folgeverträge .....	229
E.	Vertragsrechtliche Folgen bei Verstössen gegen Art. 7 KG .....	230
1.	Notwendigkeit einheitlicher Rechtsfolgen .....	230
2.	Vorgeschlagene Lösungen .....	231
3.	Praxis der Weko .....	233
4.	Eigene Auffassung .....	234
II.	Ermittlung von Sinn und Zweck der verletzten Normen .....	235
A.	Zweck des KG .....	235
B.	Sinn und Zweck der einzelnen Tatbestände .....	238
1.	Zweck von Art. 5 KG .....	238
2.	Zweck von Art. 7 KG .....	239
3.	Schlussfolgerungen .....	240
III.	Erkenntnisse für die Wirksamkeit von Folgeverträgen; Ersatzinhalt .....	241
A.	Rekapitulation und Fragestellung .....	241
B.	Wirksamkeit von Folgeverträgen, die selber wettbewerbsbeschränkende Abreden enthalten .....	243
1.	Nichtigkeit erforderlich? .....	243
a)	Im Grundsatz .....	243
b)	Beschränkung auf die unzulässige Klausel .....	245
2.	Zeitpunkt des Einsetzens der Nichtigkeit .....	245



3.	Wer kann sich auf die Nichtigkeit berufen?.....	249
a)	Problemstellung .....	249
b)	Lösung .....	249
c)	Konsumenten .....	250
aa)	Erste Fallgruppe: Abnehmer des Kartells sind Konsumenten.....	250
bb)	Zweite Fallgruppe: Konsumenten sind erst über weitere Marktstufen betroffen .....	250
d)	Fazit .....	251
4.	Rückabwicklung von rechtsgrundlos erbrachten Leistungen?.....	251
5.	Fazit.....	252
C.	Folgeverträge, die als Werk gegen Art. 5 KG verstossen.....	253
1.	Nichtigkeit erforderlich? .....	253
2.	Zeitpunkt des Einsetzens der Nichtigkeit.....	253
3.	Wer kann sich auf die Nichtigkeit berufen?.....	253
4.	Rückabwicklung von rechtsgrundlos erbrachten Leistungen?.....	254
5.	Fazit.....	254
D.	Folgeverträge, deren Inhalt widerrechtlich ist, weil er der Umsetzung einer unzulässigen Kartellabsprache dient .....	254
1.	Ausgangspunkt.....	254
2.	Eintreten der Nichtigkeit <i>ex tunc</i> erforderlich? .....	255
a)	Argumente gegen Nichtigkeit <i>ex tunc</i> .....	255
b)	Fälle, in denen Nichtigkeit <i>ex tunc</i> als sinnvoll erscheint .....	260
3.	Umfang der Nichtigkeit.....	260
4.	Folgerungen für die einzelnen Arten von Folgeverträgen .....	261
a)	Absprachen über Preise, Rabatte, Margen usw. ....	261
aa)	Einmalige Austauschgeschäfte, beidseitig erfüllt .....	261
bb)	Einmalige Austauschgeschäfte, Kaufpreis geleistet, Kaufsache nicht .....	262
cc)	Einmalige Austauschgeschäfte, Kaufpreis noch nicht geleistet.....	262
dd)	Einmalige Austauschgeschäfte, beidseitig noch nicht erfüllt .....	263
ee)	Dauerschuldverhältnisse.....	264
ff)	Kreis der Personen, welche die Nichtigkeit geltend machen können.....	266
b)	Submissionsabsprachen .....	266
c)	Absprachen bei Versteigerungen .....	268
d)	Mengenabsprachen .....	269
e)	Marktaufteilungsabsprachen .....	270
f)	Produktvereinheitlichungsabsprachen .....	270
g)	Absprachen zur Vereinheitlichung von AGB, Vertragsbedingungen usw. ....	271
h)	Absprachen zur Beschränkung von Forschung und Entwicklung.....	272
i)	Absprachen zur Beschränkung des Werbeaufwandes .....	272
IV.	Erkenntnisse der Untersuchung über die Wirksamkeit von Folgeverträgen.....	272

**4. Teil: Folgeverträge höheren Grades..... 275****§ 10 Inhaltsmangel bei Folgeverträgen höheren Grades? .....275**

I.	Verstoss gegen zwingendes Recht? .....	276
A.	Verstoss gegen Art. 5 KG.....	276
1.	Wettbewerbsabreden in Folgeverträgen höheren Grades? .....	276
2.	Mittel zur Umsetzung von Kartellabsprachen?.....	277
3.	Unterlassenes Vorgehen gegen fremdes kartellrechtswidriges Verhalten? .....	278
a)	Wenn die ersten Abnehmer keine Kenntnis vom Kartell haben .....	278
b)	Wenn die ersten Abnehmer Kenntnis vom Kartell haben .....	279
aa)	Grundlegende Überlegungen .....	279
bb)	Anzeigepflicht? .....	280
cc)	Gehilfenschaft? .....	280
dd)	Abgestimmte Verhaltensweise unter den ersten Abnehmern? .....	281
4.	Fazit.....	283
B.	Verstoss gegen Art. 7 KG.....	284
II.	Verstoss gegen die öffentliche Ordnung? .....	284
III.	Sittenwidrigkeit? .....	285
A.	Fallgruppen.....	285
B.	Formel des BGer (Generalklausel).....	286

**§ 11 Folgen für die Wirksamkeit von Folgeverträgen höheren Grades .....287****5. Teil: Ausgleichsansprüche und prozessuale Aspekte ..... 289****§ 12 Schadenersatz.....290**

I.	Grundlagen.....	290
II.	Schaden .....	292
A.	Bei Zwischenhändlern.....	292
B.	Bei Konsumenten .....	294
C.	Ansätze für den umfangmässigen Nachweis des Schadens .....	294

III. Ansprüche eines Zwischenhändlers .....	295
A. Grundlagen; Haftung aus Vertrag? .....	295
B. Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 12 Abs. 1 lit. b KG, Art. 41 OR) ...	296
1. Kausalzusammenhang .....	297
2. Widerrechtlichkeit .....	297
3. Verschulden .....	301
IV. Ansprüche eines Konsumenten .....	302
A. Aus Vertrag .....	302
1. Vertragsverletzung .....	303
2. Kausalzusammenhang .....	306
3. Verschulden .....	306
B. Aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) .....	306
1. Legitimation von Konsumenten? .....	307
2. Widerrechtlichkeit .....	308
<b>§ 13 Prozessuale Aspekte .....</b>	<b>310</b>
I. Problem .....	310
II. Einführung einer Sammelklage? .....	311
A. Idee der Sammelklage .....	311
B. Unvereinbarkeit mit der schweizerischen Rechtsauffassung .....	311
C. Ausreichende andere negative Anreize für Unternehmen .....	313
D. Fazit .....	314
III. Bestehende Instrumente zur Überwindung der Hindernisse .....	315
A. Traditionelle Rechtsinstitute des schweizerischen Zivilprozessrechts .....	315
B. Möglichkeiten zur Überwindung der Schwierigkeiten in der Praxis .....	315
C. Fazit .....	317
<b>6. Teil: Schluss .....</b>	<b>319</b>
<b>§ 14 Zusammenfassung .....</b>	<b>319</b>
<b>§ 15 Schlussbetrachtung .....</b>	<b>323</b>
Sachregister .....	327