

§ 23 Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz

Heinemann

Schrifttum:

Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (BSK), 2010; *Bächli*, Die „Passing-on-Defence“, SJZ 2007, 365; *Baker&McKenzie* (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, 2007; *Baker&McKenzie* (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2010; *Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009; *Böni*, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter 12. August 2013; *Böni/Wassmer*, Die Behinderung von Parallelimporten gekoppelt mit Ausbeutungsmissbrauch, sic! 2016, 135; *Borer*, Wettbewerbsrecht I – Kommentar, 3. Aufl. 2011; *Brunner*, Konsumentkartellrecht, AJP 1996, 931; *Bürgi*, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstößen, 2001; *Bundesrat*, Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 468; *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905; *Bundesrat*, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, 2013 <www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>; *David/Jacobs*, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, 2012; *Domej*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 421; *Dutoit*, Droit international privé suisse, 5. Aufl. 2016; *Frehner*, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007; *Geiser/Krauskopf/Münch* (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005; *Haberbeck*, Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, in: Jusletter 12. Januar 2015; *Hangartner*, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, 43; *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, 2009; *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Roger Zäch, 2009, 43; *Heinemann*, Consommation et concurrence – Améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels, in: Ojha/Vulliemin (Hrsg.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, 2009, 45; *Heinemann*, Defizite bei der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellgesetzes, Die Volkswirtschaft 4–2009, 29; *Heinemann*, The Rise of a Private Competition Law Culture – Experience and Visions, in: Basedow/Terhechte/Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, 2011, 218; *Heinemann*, Kartellzivilrecht, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, 2012, 137; *Heinemann*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, 2014, 135; *Heinemann*, Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz, EuZ 2015, 26; *Heinemann*, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung – Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I 431; *Heinemann/Kellerhals*, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 2014; *Heizmann/Zäch*, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, FS Bühler, 2008, 3; *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey* (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997; *von Hülsen/Kasten*, Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadenersatzprozess?, NZKart 2015, 296; *Huguenin*, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014; *Jacobs*, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, 209; *Jacobs*, Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, FS Roland von Büren, 2009, 573; *Jacobs/Bürgi*, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004, 149; *Krauskopf/Schaller*, Kartellrecht und Private Enforcement: Sammelklagen in der EU und in der Schweiz, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 2013, 287; *Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2000; *Lüscher*, Die Konzeption privater Kartellrechtsdurchsetzung im Lichte der Kartellgesetz-

Revision 2012 „reconsidered“, AJP 2013, 1653; *Martenet*, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, AJP 2008, 963; *Martenet*, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, in: Braun (Hrsg.), *Actualités du droit des contrats*, 2008, 79; *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013; *Martenet/Heinemann*, *Droit de la concurrence*, 2012; *Martenet/Heinemann*, Schweizer Kartellrecht im Umbruch, *EuZW* 2012, 867; *Menz/Mamane*, EU-Richtlinie zu Schadenersatzklagen aus Kartellrechtsverstössen, in: *Jusletter* 23. Juni 2014; *Monnier*, Ausländisches Kartellrecht als Eingriffsnorm, 2016; *K. Müller*, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, *ZBJV* 2015, 801; *Th. Müller*, Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht, 2008; *Nagel*, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, 2007; *Paucker*, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht, in: *Fahrländer/Heizmann* (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung*, 2013, 643; *Rudolph/Wohlmann*, Das System der Solidarität bei Schadenersatzklagen im Kartellrecht: Rückblick und Ausblick, *recht* 2016, 47; *Rüetschi*, Das Gutachten der Wettbewerbskommission nach Art. 15 Abs. 1 KG – Schnittstelle zwischen Zivilprozess und Verwaltungsverfahren, *sic!* 2008, 871; *Rusch/Gut*, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in: *Jusletter* 2. Juni 2014; *Schaub*, Weko oder Zivilrichter?, in: *Jusletter* 10. September 2007; *Schnyder/Portmann/Müller-Chen*, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl. 2013; *Schwenzer*, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2016; *Spitz*, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, *SZW* 2005, 113; *Spitz*, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: *Jusletter* 9. Oktober 2006; *Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, 1999; *Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: *Zäch* (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, 1996, 87; *von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing-on-defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, *SZW* 2007, 189; *Weber/Volz*, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, 2013; *Wettbewerbskommission*, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, *RPW/DPC* 1997/4, 593; *Wettbewerbskommission*, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG, *RPW/DPC* 1998/4, 621; *Widmer*, Bezüge zum schweizerischen Haftpflichtrecht, *HAVE* 2016, 55; *Wiget*, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, 2006; *Zäch*, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, dargestellt am Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften, 1977; *Zäch*, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005; *Zäch/Heizmann*, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private, *Essays in Honor of Stanislaw Soltysinski*, 2005, 1059; *Zäch* ua (Hrsg.), *KG: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar*, 2018 (zit. DIKE-KG).

A. Grundzüge des schweizerischen Kartellrechts

I. Rechtsquellen und Konzeption

1

Das schweizerische Kartellrecht ist im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (**Kartellgesetz**, KG) aus dem Jahr 1995 geregelt.¹ Das Gesetz folgt der international üblichen Drei-Säulen-Struktur mit Regeln zu Wettbewerbsabreden, dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und der Fusionskontrolle². Teilweise unterscheiden sich die materiell-rechtlichen Tatbestände deutlich vom EU-Kartellrecht. So sieht das Gesetz für die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen eine Zweiteilung vor: Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig, ohne dass eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz möglich wäre. Abreden, die den Wettbewerb nur (aber immerhin) erheblich behindern, können hingegen in den Genuss einer solchen Effizienzrechtfertigung gelangen. Für bestimmte (horizontale und vertikale) Kernbeschränkungen vermutet das Kartellgesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 (widerleglich) die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Dies ist der Fall bei horizontalen Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabsprachen sowie bei vertikaler Preisbindung und absolutem Gebietsschutz.

2

¹ Gesetz vom 6.10.1995, Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) Nr. 251.

² S. auch die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17.6.1996, SR 251.4.

Das Kartellgesetz hat wichtige Änderungen durch die KG-Revision aus dem Jahr 2003 erfahren, welche die **direkten Sanktionen** eingeführt hat.³ Seitdem können Unternehmen, die Kernbeschränkungen verabreden oder gegen das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen verstoßen, durch eine Geldsanktion in beträchtlicher Höhe bestraft werden (Art. 49a Abs. 1 KG). Vorher war dies nur möglich, wenn das Fehlverhalten bereits durch die Wettbewerbsbehörde festgestellt worden war und das Unternehmen dennoch am rechtswidrigen Verhalten festhielt. Seit der Revision aus dem Jahr 2003 erfüllt das schweizerische Kartellrecht also die Anforderungen, die heute an eine wirksame (öffentlich-rechtliche) Kartellrechtsdurchsetzung gestellt werden.

3

Die Durchsetzung des Gesetzes erfolgt hauptsächlich öffentlich-rechtlich durch die schweizerische Kartellbehörde, nämlich durch die Wettbewerbskommission (Weko). Von der Möglichkeit der **zivilrechtlichen Durchsetzung** (Art. 12 ff. KG) wird demgegenüber nur sporadischer Gebrauch gemacht. Während bisweilen das Kartellrecht passiv, nämlich durch Erhebung des kartellrechtlichen Nichtigkeitsseinwands gegen vertragliche Ansprüche geltend gemacht wird, sind kartellrechtliche Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche die seltene Ausnahme. Ein Vorschlag zur Revision des Kartellgesetzes, der auch zu Verbesserungen des Kartellzivilrechts führen sollte, ist allerdings 2014 im Parlament gescheitert.⁴ Da nicht auszuschließen ist, dass zu gegebenem Zeitpunkt ein neuer Anlauf unternommen wird, geht die folgende Darstellung auf die beabsichtigten Änderungen im jeweiligen Zusammenhang ein.

II. Kartellzivilrechtliche Spezialregeln

4

Im Gegensatz zum deutschen GWB (in dem die kartellbehördlichen Befugnisse und das verwaltungs- und bußgeldrechtliche Verfahren den zivilrechtlichen Ansprüchen und den zivilprozessualen Vorschriften vorangestellt sind) folgt das 3. Kapitel des schweizerischen KG mit den **zivilrechtlichen Spezialregeln** direkt hinter den materiellrechtlichen Bestimmungen und führt damit die Verfahrens- und Sanktionskapitel des Gesetzes an. Durch das Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1.1.2011⁵ wurden einige zivilprozessuale Besonderheiten entbehrlich. Das Kartellgesetz enthält jetzt noch die folgenden Spezialnormen:

5

- Art. 12 Abs. 1 KG zählt die **Ansprüche** auf, die aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung resultieren können, nämlich solche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe. Das Obligationenrecht (OR) ist ergänzend heranzuziehen.⁶ Art. 12 Abs. 2 KG stellt klar, dass diese Ansprüche auch durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und Diskriminierungsmaßnahmen ausgelöst werden können. Absatz 3 der Vorschrift enthält ein kartellrechtliches „Übermaßverbot“: „[...] Ansprüche hat auch, wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Maß behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist“.
- Art. 13 KG erläutert im Hinblick auf den **Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch**, dass das Gericht auch anordnen darf, dass „Verträge ganz oder teilweise ungültig sind“, und dass „der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschließen haben“.
- Nach Art. 15 KG haben die Zivilgerichte ein **Gutachten der Wettbewerbskommission** einzuholen, wenn „in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer

³ S. auch die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG) vom 12.3.2004, SR 251.5.

⁴ Am 17.9.2014 lehnte es der Nationalrat zum zweiten Mal ab, auf die Revisionsvorlage einzutreten, womit der Vorgang beendet war. Zum Reformprojekt s. *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl. (Bundesblatt) 2012, 3905; allgemein hierzu *Martenet/Heinemann*, Schweizer Kartellrecht im Umbruch, EuZW 2012, 867.

⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008, SR 272. Die eidgenössische ZPO löste die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen ab.

⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911, SR 220.

Wettbewerbsbeschränkung in Frage“ steht. In Ergänzung hierzu ordnet Art. 48 Abs. 2 KG an, dass die Gerichte (und zwar nicht nur die Zivil-, sondern alle Gerichte) dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die in Anwendung des Kartellgesetzes gefällten Urteile zuzustellen haben. Diese Urteile können veröffentlicht werden, wofür das amtliche Publikationsorgan der Wettbewerbskommission, nämlich „Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)“⁷ zur Verfügung steht.

6

Unter den genannten Spezialregeln kommt **Art. 12 KG** die größte Bedeutung zu. Die Vorschrift stellt klar, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche existieren. In rechtsvergleichender Hinsicht ist hervorzuheben, dass nicht alle Rechtsordnungen über kartellzivilrechtliche Spezialnormen verfügen, sondern dass häufig auf allgemeines Deliktsrecht zurückgegriffen werden muss. Dies ist in der Schweiz (wie in Deutschland) also anders. Das allgemeine Zivilrecht ist aber ergänzend heranzuziehen.

B. Schadensersatzansprüche

7

Der in Art. 12 Abs. 1 lit. b KG aufgeführte Schadensersatzanspruch setzt neben Anspruchsberechtigung und Passivlegitimation einen Kartellrechtsverstoß, einen Schaden, Kausalität zwischen Beidem und Verschulden voraus.

I. Anspruchsberechtigung

1. Unternehmen und gewerbliche Verbände

8

Art. 12 Abs. 1 KG ordnet an, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche demjenigen zustehen, der „in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird“. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass durch diese Formulierung Unternehmen in weitestem Umfang aktivlegitimiert sind. Ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht erforderlich. Ansprüche stehen also nicht nur den Wettbewerbern des Delinquenten zu, sondern **Unternehmen auf allen Marktstufen**. Ein Kriterium der Zielgerichtetheit (so wie im deutschen Recht bis 2005) ist unbekannt. Da auch keine *indirect purchaser*-Regel nach Art des US-amerikanischen (Bundes-)Rechts existiert, sind Unternehmen auf allen Marktstufen anspruchsberechtigt.⁸

9

Das Kartellgesetz enthält keine Vorschrift zum Klagerecht **gewerblicher Verbände**. Das Vorgängergesetz von 1985⁹ hatte in seinem Art. 8 Abs. 2 noch ausdrücklich angeordnet, dass Berufs- und Wirtschaftsverbände Feststellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (nicht aber Schadensersatzansprüche) geltend machen können, sofern Verbandsmitglieder klageberechtigt sind. In der Literatur ist streitig, ob der alte Rechtszustand weitergilt, oder ob aus dem Schweigen des geltenden Rechts auf den Ausschluss des Verbandsklagerechts zu schließen ist.¹⁰

10

⁷ www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/recht-und-politik-des-wettbewerbs--rpw-.html. Der Name des amtlichen Publikationsorgans auf Französisch und Italienisch ist „Droit et politique de la concurrence (DPC)“ bzw. „Diritto e politica della concorrenza (DPC)“. Gemäß den Schweizer Gepflogenheiten gibt es keine offiziellen Übersetzungen von Behörden- oder Gerichtsentscheiden in andere Landessprachen. Die Entscheide werden ausschließlich in der jeweiligen Verfahrenssprache verfasst und publiziert. Die Verfahrenssprache bestimmt sich im Verwaltungsverfahren des Bundes nach Art. 33a VwVG (in der Regel die Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben). Zivilprozesse werden in der Amtssprache des zuständigen Kantons geführt; in mehrsprachigen Kantonen gelten die kantonalen Regeln, Art. 129 ZPO.

⁸ Baker&McKenzie/*Hahn* KG Art. 12 Rn. 12 mwN. Nur vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass indirekte Abnehmer nicht aktivlegitimiert seien, so zB *Nagel*, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Rn. 566, 570.

⁹ Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz, KG) vom 20.12.1985, Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 1986, 874.

¹⁰ BSK/*Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 24 mwN.

Seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1.1.2011¹¹ gilt ein besonderes **Verbandsklagerecht**. Gem. Art. 89 ZPO können „Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, [...] in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen“. Die Vorschrift gilt allgemein, also auch für das Kartellrecht. Die Verbandsklage erstreckt sich allerdings nur auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bzw. die Möglichkeit, auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung zu klagen. Schadensersatzansprüche können hingegen im Wege der Verbandsklage nicht geltend gemacht werden.

2. Verbraucher und Verbraucherorganisationen

11

Die Beschränkung kartellzivilrechtlicher Ansprüche in Art. 12 Abs. 1 KG auf Personen, die „in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert“ werden, ist von größter Bedeutung für die Aktivlegitimation von Konsumenten. **Verbraucher** nehmen keinen Wettbewerb auf und üben ihn auch nicht aus. Nach ganz überwiegender Auffassung stehen den Verbrauchern deshalb keine kartellzivilrechtlichen Ansprüche zu.¹² Es wird zwar auch die Auffassung vertreten, dass dann eben auf die allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen zurückzugreifen sei.¹³ Die hM hält die Formulierung des Gesetzes aber für abschließend, so dass Konsumenten, die Opfer von Kartellrechtsverstößen werden, nicht aktivlegitimiert sind.¹⁴ Das gleiche gilt im Prinzip auch für die Verbraucherschutzverbände.¹⁵ Die Einführung des allgemeinen Verbandsklagerechts durch Art. 89 ZPO hat hier aber für Bewegung gesorgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist das Klagerecht der Organisation vom Klagerecht der verletzten Einzelperson unabhängig.¹⁶ Klagen von Verbraucherorganisationen sind also in Zukunft möglich.¹⁷ Wie bereits erwähnt, umfasst die Verbandsklage nach Art. 89 ZPO aber nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bzw. die Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung feststellen zu lassen, nicht aber Schadensersatzansprüche.

12

Die geltende Rechtslage ist unbefriedigend. Wie noch zu zeigen sein wird (→ Rn. 31 ff.), wird im schweizerischen Kartellprivatrecht die *passing on*-Verteidigung anerkannt. Werden die kartellbedingten Preisaufschläge bis auf die letzte Stufe der Vertriebskette, also die Verbraucher weitergereicht, kommt es zu einer **unbilligen Entlastung** der Kartelldelinquenten: Die Ansprüche der zwischengeschalteten Händler scheitern am *passing on*-Einwand, und Ansprüche der letztlich geschädigten Verbraucher bestehen mangels Aktivlegitimation nicht. Der erwähnte Reformvorschlag hätte diese Haftungslücke beseitigt: Geplant war, kartellzivilrechtliche Ansprüche allen einzuräumen,

¹¹ S.o.Fn. 5.

¹² AA zB *Lüscher*, Die Konzeption privater Kartellrechtsdurchsetzung im Lichte der Kartellgesetz-Revision 2012 „reconsidered“, AJP 2013, 1653 (1669), der das Behinderungserfordernis nur auf die weiteren in Art. 12 Abs. 1 KG genannten Ansprüche, nicht aber auf den Schadenersatzanspruch bezieht.

¹³ S. zB *Brunner*, Konsumentenkartellrecht, AJP 1996, 931 (941) (jedenfalls nach rechtskräftiger Feststellung des Kartellrechtsverstosses durch die Wettbewerbsbehörde); BSK/*Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 128 ff.; *Rusch/Gut*, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in: Jusletter 2.6.2014; *Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, S. 102.

¹⁴ Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 10; *Züch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 881; *Paucker*, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 665 ff. (mit weiteren Nachweisen in Fn. 90). S. auch *Bundesrat*, Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl. 1995, 468 (587 f.): „Zudem beschränken sich diese auf die Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen, die *Unternehmen* [...] geltend machen wollen“ (Hervorhebung hinzugefügt), und *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl. 2012, 3905 (3948).

¹⁵ Insofern irreführend der Verweis im Ingress des Kartellgesetzes auf Art. 97 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV), der sich auf die Konsumentenorganisationen bezieht.

¹⁶ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl. 2006, 7221 (7289).

¹⁷ Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 11.

die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt werden.¹⁸ Die Verbraucher wären hierdurch einbezogen worden.

13

Besondere Regeln für **Verbraucherorganisationen** waren bisher nicht geplant. Um das Phänomen der rationalen Apathie im Fall fein fragmentierter Streuschäden zu überwinden, wäre jedoch ein kollektiver Mechanismus erforderlich. Konsumentenorganisationen sollte das Recht eingeräumt werden, die Schadensersatzansprüche derjenigen Verbraucher geltend zu machen, welche die Organisation hierzu ermächtigt haben.¹⁹ Im Vorschlag für eine Revision des Kartellgesetzes hat die Regierung entsprechende Vorschläge allerdings nicht aufgegriffen,²⁰ wohl weil eine Überhitzung der privaten Klagen befürchtet wird. Inzwischen hat allerdings ein Umdenken stattgefunden: Der Bundesrat hat anerkannt, dass der kollektive Rechtsschutz im schweizerischen Privatrecht verbesserungsfähig ist.²¹ Das Parlament hat eine Motion in diesem Sinne angenommen, so dass der Bundesrat zur Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesvorschlages verpflichtet ist.²² Es wird abzuwarten sein, welches Modell kollektiven Rechtsschutzes (Verbands- oder Musterklagen, Gruppenvergleiche etc²³) bevorzugt wird, und inwieweit die Neuregelung auch das Kartellrecht erfassen wird.

3. Abtretungslösungen

14

Nach Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger „eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen“. In der Literatur ist die Abtretbarkeit kartellzivilrechtlicher Ansprüche anerkannt.²⁴ Auch in der Schweiz ist es also beispielsweise möglich, dass kartellrechtliche Ansprüche auf Dienstleister übertragen werden, welche die Ansprüche mehrerer Opfer sammeln und **gebündelt** geltend machen. Die Rechtsprechung musste sich mit dieser Frage allerdings noch nicht auseinandersetzen.²⁵

15

Der Bundesrat verweist in der Botschaft zur KG-Revision darauf, dass Konsumenten ihre kartellzivilrechtlichen Forderungen (die ja durch die anstehende Reform eingeführt werden sollen) an **Verbraucherorganisationen** abtreten können.²⁶ Aufgrund der Erfahrungen in Deutschland liegt allerdings die Einschätzung nahe, dass Abtretungslösungen nur dann wirtschaftlich attraktiv sind, wenn es zumindest um Schäden in mittlerer Größenordnung geht. Das ist bei der Schädigung von Verbrauchern regelmäßig nicht der Fall. Die Abtretung von Verbraucheransprüchen an Konsumentenorganisationen wird dadurch erschwert, dass das Schweizer Recht in Art. 165 Abs. 1 OR für die Abtretung Schriftform vorsieht. Es wäre also nicht ausreichend, dass sich die Verbraucher auf einer Website der Verbraucherorganisation einschreiben. Wenn sie von den Möglichkeiten der neuen Medien Gebrauch machen möchten, wäre das nur durch eine qualifizierte elektronische Signatur

¹⁸ *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3928, 3948).

¹⁹ S. den Vorschlag für ein schadensersatzrechtliches Verbandsklagerecht auf der Grundlage des *opt in*-Prinzips bei *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 68 ff. Allgemein zu den Kollektivklagen s. *K. Müller*, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZBJV 2015, 801; s. auch den Vorschlag von *Haberbeck*, Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, in: Jusletter 12.1.2015.

²⁰ Vgl. *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3938).

²¹ *Bundesrat*, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, 2013 <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>.

²² Motion 13.3931, angenommen vom Nationalrat am 13.12.2013, vom Ständerat am 12.6.2014 <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133931>.

²³ Rechtsvergleichend s. *Domej*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 421.

²⁴ S. zB *Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche, S. 138 f.; *Commentaire Romand/Reymond* LCart Art. 12 Rn. 15.

²⁵ Im Gegensatz zu Deutschland, wo Abtretungslösungen durch den Bundesgerichtshof (GRUR-RR 2009, 319 – Zementkartell) im Prinzip anerkannt wurden, auch wenn im besonderen Fall die Abtretungen nach Ansicht des OLG Düsseldorf sittenwidrig und nicht waren (OLG Düsseldorf WuW 2015, 505).

²⁶ *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3948).

(Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) möglich. Da dieser Weg für viele zu aufwendig ist, wird die Abtretungslösung für Verbraucherforderungen kaum praktische Bedeutung erlangen.

II. Passivlegitimation

16

Art. 12 KG legt fest, wem kartellzivilrechtliche Ansprüche zustehen. Die Vorschrift trifft aber keine Aussage darüber, wer Schuldner dieser Ansprüche ist. Immerhin spricht Art. 13 lit. b KG für eine Teilfrage davon, dass die Ansprüche gegen den oder die **Verursacher** der Wettbewerbsbehinderung gerichtet sind. Diese Aussage lässt sich verallgemeinern. Da die Adressaten kartellrechtlicher Tatbestände nur Unternehmen sein können, sind diejenigen Unternehmen passivlegitimiert, die an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind.

17

Bei **Wettbewerbsabreden** sind dies alle an der Abrede beteiligten Unternehmen. Kunden eines Kartellbeteiligten sind also nicht darauf beschränkt, ihre Forderungen gegen ihren in das Kartell involvierten Verkäufer geltend zu machen. Sie können gegen alle Kartellanten vorgehen, die als Solidarschuldner haften (Art. 50 OR). Notwendige Streitgenossenschaft besteht nicht. Die Geschädigten können also frei entscheiden, gegen wen sie vorgehen möchten.²⁷ Obwohl das schweizerische Kartellrecht im Gegensatz zum europäischen und deutschen Kartellrecht nicht über die Begehungsmodalität „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ verfügt, ist doch anerkannt, dass auch eine Unternehmensvereinigung passivlegitimiert ist, wenn die beschränkende Wettbewerbsabrede als Verbandsbeschluss ergangen ist.²⁸

18

Bei **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** ist das marktbeherrschende Unternehmen passivlegitimiert. Im Fall kollektiver Marktbeherrschung richten sich die Ansprüche nur gegen das oder die Unternehmen, die am Missbrauch mitgewirkt haben.²⁹

19

Umstritten ist die Frage der Haftung im **Konzern**. Im Zusammenhang mit den direkten Sanktionen (also den öffentlich-rechtlichen Bußen) hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass „der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet“ wird, „sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten“.³⁰ Der bußgeldrechtliche Vorwurf richtet sich also unter den genannten Voraussetzungen gegen den Gesamtkonzern, wobei in der (allerdings uneinheitlichen) Praxis das Bußgeld häufig nur der Muttergesellschaft auferlegt wird.³¹ Inzwischen hat das Bundesverwaltungsgericht Sympathie für eine gesamtschuldnerische Haftung aller Konzerngesellschaften ausgedrückt.³² Die Verhängung eines Bußgelds gegenüber einer Tochtergesellschaft sei möglich, jedenfalls wenn ein Verfahren gegen eine im Ausland ansässige Muttergesellschaft mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden sei. Im konkreten Verfahren war die Tochtergesellschaft aber aktiv an der Umsetzung wettbewerbsbeschränkender Praktiken durch Konzerngesellschaften beteiligt, so dass sich eine definitive Festlegung erübrigte. Die Frage sollte klar zugunsten einer gesamtschuldnerischen Haftung von Konzerngesellschaften entschieden werden. Dies entspricht dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Außerdem kann nur so auf die Schwierigkeit

²⁷ Baker&McKenzie/Hahn KG Art. 12 Rn. 16; Borer KG Art. 12 Rn. 6; Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 35, 107.

²⁸ Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 34; BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 30 mit Nachweis des Meinungsstreits, ob auch die bloße Koordinierung der Wettbewerbsabrede durch einen Verband bereits dessen Haftung auslösen sollte. Diese Frage sollte mit *Jacobs/Giger* bejaht werden, da nur auf diesem Weg der Verband schnellstmöglich zur Einstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens gezwungen werden kann.

²⁹ BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 31.

³⁰ BVGer RPW/DPC 2010/2, 329 (336) – Publigroupe; Entscheid bestätigt durch BGE 139 I 72 (die hier relevante N. 3.4 ist in der amtlichen Sammlung nicht abgedruckt).

³¹ BVGer RPW/DPC 2010/2, 329 (337) – Publigroupe.

³² BVGer RPW/DPC 2016/3, 831 (865) – Nikon.

reagiert werden, ein Bußgeld im Ausland einzutreiben, oder auf das Risiko, dass Bußgeldbescheide gegenüber einzelnen Konzernunternehmen gerichtlich aufgehoben werden.

20

Es stellt sich die Frage, gegen welche juristische (oder ausnahmsweise natürliche) Person kartellzivilrechtliche Ansprüche zu richten sind, wenn die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung von einem Konzernunternehmen begangen wird. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Ansprüche im Grundsatz nur gegenüber der handelnden Konzerngesellschaft bestehen. Eine **Haftung der Muttergesellschaft** komme nur dann in Betracht, wenn sie am kartellrechtswidrigen Verhalten mitgewirkt hat, die Tochter hierzu beispielsweise angewiesen hat.³³ Dem sollte nicht gefolgt werden. Die zivilrechtliche Haftung sollte nicht schwächer ausgestaltet sein als die Bußgeldhaftung. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) gilt gleichermaßen für das *public* und für das *private enforcement*. Unter den genannten Voraussetzungen ist der Konzern in seiner Gesamtheit das „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinn. Zwar ist die zivilrechtliche Haftung in einem zweiten Schritt juristischen (bzw. natürlichen) Personen zuzuordnen. Dies ändert aber nichts daran, dass der Täter im Sinn des Kartellrechts der Gesamtkonzern ist. Anderenfalls wäre es ein Leichtes, kartellgeneigte Tätigkeiten in eine Tochtergesellschaft auszulagern und sich so der kartellzivilrechtlichen Verantwortung zu entziehen. Bei Kartelldelikten durch eine Konzerngesellschaft sollte also (Möglichkeit der Kontrolle und deren tatsächliche Ausübung vorausgesetzt) die zivilrechtliche Haftung aller Konzerngesellschaften anerkannt werden.³⁴

III. Kartellrechtsverstoß

21

Die Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung setzen nach Art. 12 Abs. 1 KG eine **unzulässige Wettbewerbsbeschränkung** voraus. Aus dieser Formulierung (und der Verwendung dieses Begriffs in der Überschrift des 1., nicht aber des 2. Abschnitts des 2. Kapitels des Kartellgesetzes) ergibt sich, dass nur Verstöße im Bereich der **ersten beiden Säulen** des Kartellrechts (Wettbewerbsabreden und Missbrauch marktbeherrschender Stellungen) Ansprüche auslösen können. Nach ganz überwiegender Auffassung können Normverletzungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle hingegen nicht zu zivilrechtlichen Ansprüchen führen.

22

Unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung von Art. 5 oder 7 KG vorliegt, ist eine Frage des **materiellen Kartellrechts**. Das Schweizer Kartellrecht ist zwar vom europäischen Kartellrecht inspiriert, sieht aber auch spezifische Lösungen vor.³⁵ Das Bundesgericht hat die These aufgestellt, dass das Kartellgesetz von 1995 „keinen besonderen europapolitischen Hintergrund“ habe, und dass auch aus der gleichen Terminologie nicht unbedingt darauf geschlossen werden könne, „dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war“.³⁶ In der Literatur wird demgegenüber überwiegend der europäische Einfluss unterstrichen und auf die Orientierungsfunktion des europäischen Kartellrechts verwiesen.³⁷ Auf materiell-rechtliche Fragen kann im Rahmen dieses kartellzivilrechtlichen Grundrisses nicht eingegangen werden. Es sei hierfür auf die allgemeine Literatur zum schweizerischen Kartellrecht verwiesen (s. die Literaturhinweise zu Beginn dieses Länderkapitels).

23

³³ BSK/*Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 32, 35.

³⁴ Sehr streitig; in diesem Sinn *Heinemann*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, S. 153 ff.; contra *von Hülsen/Kasten*, Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadensersatzprozess?, NZKart 2015, 296.

³⁵ *Bundesrat*, Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl. 1995, 468 (531).

³⁶ BGE 137 II 199 (209); in BGE 139 I 72 (89) hat das Bundesgericht demgegenüber festgestellt, dass „das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert“.

³⁷ S. zB BSK/*Krauskopf/Schaller* KG Art. 5 Rn. 25 ff.; BSK/*Amstutz/Carron* KG Art. 7 Rn. 9, 84, 170, 268, 332, 407, 480; *Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419 (467, 638 ff.).

Die Verletzung von Art. 5 oder 7 KG impliziert die Widerrechtlichkeit, die von der deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 41 OR verlangt wird. Zwar werden durch Kartelltaten in der Regel keine absolut geschützten Rechte oder Rechtsgüter verletzt. Art. 5 und 7 KG sind aber als **Schutzgesetze** anerkannt, deren Verletzung zur Erstattung auch von allgemeinen Vermögensschäden verpflichtet.

24

Vom Erfordernis des Kartellrechtsverstoßes macht Art. 12 Abs. 3 KG eine Ausnahme. Selbst bei einer zulässigen Wettbewerbsbeschränkung tritt Haftung ein, wenn das in dieser Vorschrift statuierte **Übermaßverbot** verletzt wird. Als Anwendungsbeispiel werden Wettbewerbsbeschränkungen genannt, die eigentlich gem. Art. 5 oder 7 KG verboten sind, aber in den Genuss einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 KG gekommen sind.³⁸ Rechtspolitisch überzeugt die Vorschrift nicht.³⁹ Der Bundesrat sollte eine Ausnahmegenehmigung präzise definieren. Respektieren die Parteien die vorgegebenen inhaltlichen und zeitlichen Grenzen, sollten sie nicht zivilrechtlich haften müssen. Zu Recht ist im laufenden Reformprozess die ersatzlose Streichung von Art. 12 Abs. 3 KG vorgesehen.⁴⁰

IV. Schaden

25

Art. 12 Abs. 1 lit. b KG verweist für den Schadensersatzanspruch auf die **allgemeinen Vorschriften** des Obligationenrechts. In erster Linie sind die Art. 42 ff. OR einschlägig, welche das Schadensrecht im Bereich der unerlaubten Handlungen enthalten. Art. 99 Abs. 3 OR erstreckt diese Vorschriften auch auf vertragliche Schadensersatzansprüche.

1. Vermögensminderung und entgangener Gewinn

26

Der Schaden umfasst sowohl *damnum emergens* (Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven) als auch *lucrum cessans* (entgangener Gewinn). Es gilt die **Differenzhypothese**: Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Beim Preiskartell oder der Erzwingung unangemessener Preise durch ein marktbeherrschendes Unternehmen besteht der Schaden im kartellrechtswidrigen Aufpreis. Ein entgangener Gewinn kann aus einem kartellrechtswidrigen Boykott oder einer missbräuchlichen Lieferverweigerung resultieren.

2. Bestimmung des Schadensumfangs

27

Die **Quantifizierung** des Schadens bereitet im Kartellzivilrecht größte Schwierigkeiten. Das aktuelle Vermögen ist mit dem Vermögenszustand zu vergleichen, der sich in Abwesenheit eines Kartellrechtsverstoßes ergeben hätte. Hierzu sind hypothetische Wettbewerbspreise zu ermitteln. Diese Aufgabe ist anspruchsvoll und wird häufig ökonomische Expertise erfordern.⁴¹ Aufgrund der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge sind keine exakten Ergebnisse zu erwarten. So ist es zB außerordentlich schwierig, den *deadweight loss* zu berechnen, dh den Absatzrückgang, der sich nach mikroökonomischen Regeln aus einer kartellrechtswidrigen Preiserhöhung ergibt.

28

Der Erfolg kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche hängt deshalb häufig von den Anforderungen der Gerichte an das Beweismaß ab. Gemäß Art. 42 Abs. 2 OR ist der „nicht ziffernmäßig nachweisbare Schaden [...] nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen abzuschätzen.“ Wie im deutschen

³⁸ Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo eine Ministererlaubnis nur für die Fusionskontrolle zur Verfügung steht, kann in der Schweiz der Bundesrat auch Ausnahmegenehmigungen im Bereich der Wettbewerbsabreden und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen erteilen, wenn dies zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig ist. Ein praktischer Anwendungsfall liegt allerdings nicht vor.

³⁹ Zu den historischen Hintergründen s. *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 60ff.

⁴⁰ *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3948).

⁴¹ Die Expertisekosten machen das Verfahren teurer und können deshalb abschreckend wirken, s. *Heizmann/Zäch*, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, S. 3ff.

Recht ist im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 OR anerkannt, dass sich die Befugnis des Richters zur **Schadenschätzung** nicht nur auf das Quantum, sondern bereits auf die Frage erstreckt, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist.⁴² Der Anspruchsteller wird nicht davon befreit, alle seinen Anspruch begründenden Tatsachen zu ermitteln, vorzutragen und zu beweisen, nicht nur was die Verletzung eines kartellrechtlichen Tatbestands, sondern auch was die Entstehung und den Umfang des Schadens betrifft. Das Gericht hat aber breites Ermessen, Beweislücken im Zusammenhang mit dem Schaden durch Schätzung zu füllen. Eine prozessuale Erleichterung für den Geschädigten besteht darin, dass er nach Art. 85 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage (Stufenklage) erheben kann, wenn es ihm unmöglich oder unzumutbar ist, die Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Die Bezifferung erfolgt dann, wenn das Beweisverfahren abgeschlossen wurde, bzw. wenn die beklagte Partei Auskunft erteilt hat.

29

Im Hinblick auf **Rechtsmittel** ist von Bedeutung, dass es sich bei Existenz und Umfang des Schadens um Tatfragen handelt, die vom Bundesgericht im Prinzip nicht überprüft werden. Das Bundesgericht beurteilt lediglich, „ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verstossen hat“.⁴³

30

Strafschadensersatz existiert nicht, die Einführung ist auch nicht geplant. Dem Opfer einer Kartellrechtsverletzung steht aber nach Art. 12 Abs. 1 lit. b KG ein **Genugtuungsanspruch** nach Maßgabe des Obligationenrechts zu. Hierbei handelt es sich um einen Anspruch auf Ersatz für Nichtvermögensschäden, der zB gem. Art. 49 OR im Fall einer schweren Verletzung der Persönlichkeit zuzusprechen ist.⁴⁴ Dies mag bei einer gravierenden Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit der Fall sein, zB in Boykottsituationen. Der Anspruch setzt voraus, dass die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist; er ist also subsidiär. Reicht zB die Urteilsveröffentlichung (→ Rn. 44) zur Wiedergutmachung aus, besteht für einen Genugtuungsanspruch keine Grundlage.⁴⁵

3. Einwand der Schadensabwälzung (*passing on*)

31

Können sich Kartelltäter gegen die Schadensersatzansprüche ihrer Opfer mit dem Argument verteidigen, dass diese die kartellbedingten Aufpreise an ihre eigenen Abnehmer weitergereicht haben, ihnen also letztlich kein Schaden verblieben sei? Die Lehre⁴⁶ lässt den Einwand der **Schadensabwälzung** ganz überwiegend zu.⁴⁷ Es wird auf das Konzept der Vorteilsanrechnung und das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot verwiesen: Der Geschädigte soll zwar Ersatz seines Schadens verlangen können, außerhalb des Genugtuungsanspruchs aber nicht vermögensmäßig besser dastehen. Eine Ausnahme gilt nach allgemeinen Regeln für überobligationsmäßige Anstrengungen des Geschädigten, die über seine Schadensminderungsobliegenheit (Art. 44 Abs. 1 OR) hinausgehen.

⁴² BGE 122 III 219 (221); s. zB Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 92.

⁴³ BGE 122 III 219 (222).

⁴⁴ Der Genugtuungsanspruch knüpft an die Ursprünge des Schweizer Kartellrechts an. Das Bundesgericht hatte in seiner Boykottrechtsprechung ab Ende des 19. Jahrhunderts ein richterrechtliches Kartellrecht begründet und die Grundlage hierfür im Persönlichkeitsrecht des Boykottierten gefunden, s. *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 144ff.

⁴⁵ *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 45.

⁴⁶ Das Gesetz enthält – im Gegensatz zum deutschen Recht – keine Spezialvorschrift zum *passing on*. Auch in der Botschaft des Bundesrats zur KG-Revision (oben Fn. 4) ist die Einfügung einer solchen Spezialvorschrift nicht vorgesehen.

⁴⁷ So im Prinzip *Bächli*, Die „Passing-on-Defence“, SJZ 2007, 365; *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 41; *Jacobs*, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, S. 221 f.; *BSK/Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 68; *Lang* S. 124 f.; *Müller*, Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht, S. 240 ff.; Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 89; *von Büren*, Zur Zulässigkeit der „passing-on-defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189. Skeptisch *Spitz*, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113 (116 f.); für den Ausschluss des *passing on*-Einwands *Nagel* Rn. 566, 570.

Vorteile hieraus muss er sich von seinem Schadensersatzanspruch nicht abziehen lassen.⁴⁸ Die Beweislast für die Geltendmachung des *passing on*-Einwands liegt bei demjenigen, der ihn geltend macht, also beim Schädiger.⁴⁹

32

Die hM kommt damit zu einem in sich stimmigen Ergebnis: Einerseits sind auch die indirekten Abnehmer aktivlegitimiert, andererseits kann der Schädiger den Einwand der Schadensabwälzung erheben. Damit steht dem direkten Abnehmer sein Schaden abzüglich seiner Vorteile aus dem Weiterverkauf zu. Indirekte Abnehmer können die kartellbedingten Aufschläge ersetzt verlangen, die an sie weitergereicht wurden. Vom Grundkonzept her kann also jedes Opfer genau den Schaden ersetzt verlangen, der bei ihm entstanden und letztlich auch verblieben ist. Dennoch ist die aktuelle Rechtslage unbefriedigend: Die Versagung der Aktivlegitimation gegenüber den Verbrauchern führt zu einer **unbilligen Haftungslücke**: Werden die kartellbedingten Aufschläge bis hin zu den Verbrauchern weitergereicht, scheitern die Ansprüche der Händler am Einwand der Schadensabwälzung, und Ansprüche der Verbraucher sind von vornherein ausgeschlossen. Die Kartelltäter haften also gegenüber niemandem.⁵⁰

33

Bis zur Einführung der Aktivlegitimation für Verbraucher (hierzu → Rn. 12) sollte deshalb folgende **Übergangslösung** praktiziert werden:⁵¹ Der Einwand der Schadensabwälzung ist zu versagen, soweit kartellbedingte Aufschläge bis auf die Stufe der Konsumenten durchgereicht wurden. Der Ausschluss des Verteidigungsmittels entfällt erst in dem Moment, in dem den Verbrauchern die Aktivlegitimation eingeräumt wurde. Die Übergangslösung führt zwar zu einer Bereicherung der direkten Abnehmer, die Schadensersatz und abgewälzte Preisaufschläge kumulieren können. Diese Lösung ist aber immer noch besser als eine haftungsrechtliche Freistellung der Kartelltäter. Sobald die Engführungen bei der Aktivlegitimation beseitigt sind, wird eine sachgemäße Verteilung der Schadensersatzansprüche auf alle betroffenen Opfergruppen möglich.

V. Kausalität

34

Zwischen dem Kartellrechtsverstoß und dem geltend gemachten Schaden muss ein **natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang** bestehen. Allein aus der zeitlichen Abfolge (*post hoc*) kann nicht auf den kausalen Zusammenhang (*propter hoc*) geschlossen werden. So können Preiserhöhungen viele Ursachen haben; Gewinneinbußen können auch auf der allgemeinen wirtschaftlichen Lage beruhen. Die Komplexität der ökonomischen Zusammenhänge führt auch beim Merkmal der Kausalität zu großen Beweisschwierigkeiten. Nach Auffassung des Bundesgerichts hat „ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“.⁵² Es reicht also aus, die Typizität bestimmter Abläufe zu belegen. Es ist dann Aufgabe der Gegenseite, die Ursächlichkeit anderer Umstände glaubhaft vorzubringen. Der Erfolg kartellzivilrechtlicher Schadensersatzklagen hängt stark von den Anforderungen ab, die an den Beweis der Kausalität gestellt werden. Dem Gericht sollte hierfür dieselbe Flexibilität eingeräumt werden wie für die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR.⁵³

VI. Verschulden

⁴⁸ BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 71.

⁴⁹ HM, s. zB Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 89 mwN. Anderer Auffassung Bächli SJZ 2007, 365 (371 f.): Die Beweislast, die Preisaufschläge nicht weitergegeben zu haben, liege beim Geschädigten, außer er kann glaubhaft machen, dass aufgrund von Besonderheiten des Downstreammarkts die Weitergabe der Preisaufschläge unwahrscheinlich sei.

⁵⁰ Heinemann, Consommation et concurrence, S. 45 (57 ff.).

⁵¹ S. Heinemann, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 80.

⁵² BGE 122 III 110 (112).

⁵³ Vgl. von Büren SZW 2007, 189 (196 f.).

Der Schadensersatzanspruch setzt Verschulden, also Absicht oder Fahrlässigkeit voraus, Art. 12 Abs. 1 lit. b KG iVm Art. 41 OR. Juristischen Personen wird das Verhalten ihrer **Organe** und der zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugten Personen zugerechnet, Art. 55 Abs. 2 ZGB, 722, 817, 899 Abs. 3 OR. Entsprechendes gilt für Personengesellschaften, Art. 567 Abs. 3, 603 OR. Die Haftung für andere Mitarbeiter erfolgt nach Art. 55 OR, wobei nach dieser Vorschrift der Geschäftsherr die Möglichkeit hat, einen Entlastungsbeweis zu führen (sog. Exzeptionsbeweis). Allerdings werden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in aller Regel nicht durch Hilfspersonen begangen, so dass im Normalfall die Vorschriften über die Organhaftung Anwendung finden.⁵⁴

36

Im Fall der in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG angesprochenen Kernbeschränkungen (→ Rn. 1) liegt zumeist **Vorsatz** vor. Dies gilt für die horizontalen Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabsprachen⁵⁵ sowie die vertikale Preisbindung und die Herstellung absoluten Gebietsschutzes.⁵⁶ In den anderen Fällen, also bei den Abreden, die in Abwesenheit einer Effizienzrechtfertigung zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, bzw. beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, ist zu prüfen, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben ist. Einfache Fahrlässigkeit, also die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt,⁵⁷ reicht aus. Der Fahrlässigkeitsmaßstab ist objektiviert. Häufig werden sich deshalb Widerrechtlichkeit und Sorgfaltswidrigkeit decken.⁵⁸

37

Zur im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört die Pflicht, bei einem kartellrechtlichen Anfangsverdacht spezialisierten Rechtsrat einzuholen und sich im Zweifel auch mit der Kartellbehörde in Verbindung zu setzen (vgl. Art. 23 Abs. 2 KG). Der Vorwurf der **Fahrlässigkeit** entfällt nach den allgemeinen Regeln nur dann, wenn alle Vorkehrungen getroffen worden sind, die von einer vernünftigen Person in der konkreten Situation ergriffen worden wären. In der Literatur werden hingegen teilweise sehr viel niedrigere Anforderungen an die kartellrechtliche Sorgfaltspflicht gestellt. So könne im Bereich der Vertikalabreden von Fahrlässigkeit nur dann die Rede sein, wenn sich eine ausreichende Praxis entwickelt habe oder der Bundesrat mit einschlägigen Verordnungen für Klarheit gesorgt habe.⁵⁹ Diese Einschränkung des Sorgfaltsmaßstabs ist mit den allgemeinen Grundsätzen nicht vereinbar. Fahrlässigkeit setzt kein Unrechtsbewusstsein, sondern lediglich Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit voraus.⁶⁰ Ein unvermeidbarer Rechtsirrtum liegt nur dann vor, wenn alle vernünftigen Anstrengungen zur kartellrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts unternommen worden sind und das Ergebnis der Prüfung negativ ist. Testet ein Unternehmen die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen und kommen die Gerichte zu dem Ergebnis, dass diese Grenzen überschritten wurden, hat das Unternehmen für sein Fehlverhalten einzustehen.

VII. Einwilligung, Selbstverschulden, Rechtsmissbrauch

38

Das Opfer eines Kartellrechtsverstoßes kann diesem fernstehen, so dass sich keine weiteren Besonderheiten ergeben. Es kann sich aber auch auf unterschiedliche Weise und mit unterschiedlicher Intensität hieran **beteiligt** haben, zB als Vertragspartner einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung. Die zivilrechtlichen Ansprüche können durch diese Beteiligung beeinflusst werden. Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter bei Einwilligung oder Selbstverschulden die Ersatzpflicht

⁵⁴ Lang S. 90f.

⁵⁵ Geiser/Krauskopf/Münch/Borer Rn. 13.49 mit Fn. 105.

⁵⁶ Vorsatz wird ebenfalls regelmäßig dann vorliegen, wenn ein bestimmtes Verhalten von den Gerichten oder Behörden für rechtswidrig erklärt wurde, aber dennoch fortgesetzt wird.

⁵⁷ Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, Rn. 22.14.

⁵⁸ Lang S. 128. Aus allgemeiner obligationenrechtlicher Perspektive s. Schwenger (vorstehende Fußnote), Rn. 22.21: „Aus dieser Betrachtungsweise folgt, dass eine im Bereich der Widerrechtlichkeit oder Vertragswidrigkeit festgestellte Pflichtverletzung auch das *Verschulden indiziert*“ (Hervorhebung im Original).

⁵⁹ Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey/Walter KG Art. 12 Rn. 78; Nagel Rn. 455; Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 96.

⁶⁰ BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 82.

mäßigen oder gänzlich von ihr entbinden. Auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) kann das Verhalten des Geschädigten dessen Ansprüche beeinflussen.

39

Eine häufig diskutierte Konstellation sind vertikale Wettbewerbsabreden, zB vertikale Preisbindung. Kann der Händler vom Produzenten Ersatz des Schadens verlangen, den er (möglicherweise) durch die Bindung der Weiterverkaufspreise erlitten hat, obwohl er selbst Partei dieser Vereinbarung ist? Das Schweizer Haftpflichtrecht schließt solche Ansprüche nicht kategorisch aus, enthält also kein Prinzip nach Art der *in pari delicto*-Verteidigung, wie sie dem englischen *Courage*-Fall zugrunde lag.⁶¹ Dennoch ist die Lösung solcher Fälle in der Literatur umstritten. Teilweise werden Rechtsmissbrauch bzw. überwiegendes Selbstverschulden mit der Folge vollständigen Anspruchsausschlusses angenommen.⁶² Überzeugender erscheint es, die durch Art. 44 Abs. 1 OR vorgesehene Flexibilität voll auszuschöpfen und alle Umstände des Einzelfalls, zB die Schwere der Tat, den eigenen Verantwortungsbeitrag und die wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse zu berücksichtigen und auf diesem Weg zu einer angemessenen **Quotierung** zu gelangen.⁶³

VIII. Gewinnherausgabe

40

Der Gewinn, den der Delinquent mit seiner Tat erzielt, ist zivilrechtlich an zwei Stellen von Bedeutung. Einerseits wird der Verletzerertrag als Indiz für den entgangenen Gewinn des Geschädigten akzeptiert, wenn dieser belegen kann, dass er ohne den Kartellrechtsverstoß die betreffenden Geschäfte selber abgeschlossen hätte.⁶⁴ Dies kann in Fällen des Behinderungsmisbrauchs von Bedeutung sein. Hier dient der entgangene Gewinn also der **Schadenschätzung** im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen. Andererseits sieht Art. 12 Abs. 1 lit. c KG einen Anspruch auf Herausgabe eines unrechtmäßig erzielten Gewinns nach Maßgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Einschlägig ist Art. 423 OR, also die Bestimmungen über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag. Soweit sich der Gewinnherausgabeanspruch und der Schadensersatzanspruch decken (nämlich in Bezug auf den eigenen Gewinnausfall), können die beiden Ansprüche nicht kumuliert werden.⁶⁵

41

Die Ansprüche auf Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht (s. zB Art. 62 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 2 MSchG) haben ein klares Konzept, da sie auf absolut geschützten Rechten basieren und durch den Zuweisungsgehalt dieser Rechte ausgefüllt werden. Im Kartellrecht fällt die **Gewinnzuordnung** hingegen schwerer. Wem steht der Gewinn des Kartelldelinquenten zu, wenn viele Betroffene existieren, die auf verschiedene Marktstufen verteilt sind? Die Unsicherheit, die in dieser Frage zum Ausdruck kommt, hat dazu geführt, dass die Konturen des Anspruchs auf Gewinnherausgabe unscharf sind. Zu den diskutierten Fragen gehören die folgenden: Setzt der Anspruch Böswilligkeit oder Verschulden voraus? Wie ist der Betrag des herauszugebenden Gewinns zu bestimmen? Dürfen Gemeinkosten vom Gewinn abgezogen werden? Kann sich der Beklagte darauf berufen, dass durch eine direkte Sanktion sein Gewinn bereits abgeschöpft wurde?⁶⁶ Von größter praktischer Bedeutung ist auch die Frage, ob bei mehreren Geschädigten jeder nur seine Quote oder aber Herausgabe des gesamten Gewinns in Solidargläubigerschaft verlangen kann. Umgekehrt ist zu klären, ob bei

⁶¹ S. EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297 – *Courage/Crehan*. Zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen nach Art. 66 OR (Bezweckung eines rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolgs) → Rn. 70.

⁶² Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 21; in diesem Sinn auch Geiser/Krauskopf/Münch/*Borer* Rn. 13.50; *Nagel* Rn. 459; *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey/Walter* Art. 12 Rn. 79; *BSK/Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 19, 67 (mit Ausnahme für aufgezwungenes Verhalten).

⁶³ In diesem Sinn *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 14f.; *Spitz* SZW 2005, 113 (115).

⁶⁴ *Geiser/Krauskopf/Münch/Borer* Rn. 13.43; *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 39; Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 85.

⁶⁵ *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 54; Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 139.

⁶⁶ Vgl. Art. 49a Abs. 1 S. 4 KG, wonach bei der Bestimmung des Bußgeldes der mutmaßliche Gewinn, den das Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoß erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

mehreren Verletzern jeder nur den von ihm selber erzielten Gewinn schuldet, oder ob solidarisch für den Gesamtgewinn gehaftet wird.⁶⁷

42

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf Gewinnherausgabe hoch zu gewichten.⁶⁸ Der Gesetzgeber hat diesen Anspruch ausdrücklich anerkannt, so dass keine unüberwindlichen Anwendungshürden errichtet werden dürfen.⁶⁹ Dieser Gesichtspunkt veranlasst auch zur Anerkennung von **Auskunftsansprüchen**. Regelmäßig werden nicht die im Wettbewerb behinderten Unternehmen, sondern der Kartelltäter im Besitz der für die Berechnung des Verletzergewinns relevanten Informationen sein. Es ist allgemein anerkannt, dass aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung folgt, wenn die Unkenntnis des Gläubigers auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen.⁷⁰ Bei Ansprüchen gegen einen bösgläubigen Geschäftsführer liegen diese Voraussetzungen regelmäßig vor.⁷¹ Der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung kann im Weg der Stufenklage geltend gemacht werden.⁷²

IX. Verzinsung

43

Im schweizerischen Zivilrecht existiert unabhängig vom Verzugseintritt ein allgemeiner **Schadenszins**. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Schadensersatzanspruch von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, in dem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat.⁷³ Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch im Kartellzivilrecht. Der Zinssatz beträgt gem. Art. 73 Abs. 1 OR fünf Prozent.⁷⁴

X. Urteilsveröffentlichung

44

Gem. Art. 48 Abs. 2 KG sind die Gerichte verpflichtet, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die in Anwendung des Kartellgesetzes gefällten Urteile unaufgefordert zuzustellen. Das Sekretariat kann sie periodisch veröffentlichen, was regelmäßig im offiziellen Publikationsorgan der Wettbewerbskommission geschieht (→ Rn. 5). Zu unterscheiden von diesem amtlichen Weg ist der **privatrechtliche Anspruch** auf Urteilsveröffentlichung. Das Gesetz sieht einen solchen nicht vor.⁷⁵ Die hM vertritt die Auffassung, dass ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Gegenpartei nach allgemeinen Regeln besteht, wenn der Kläger hierfür ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis hat. Dies ist zB der Fall, wenn das Verfahren großes Medieninteresse ausgelöst hat. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten: Eine allgemeine Publikation kommt nicht in Betracht, wenn die Mitteilung an ausgewählte Personenkreise ausreicht.⁷⁶

XI. Verjährung

45

⁶⁷ Eingehend zu diesen Fragen *Spitz*, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Jusletter 9.10.2006; BSK/*Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 95 ff.

⁶⁸ Vgl. Baker&McKenzie/*Hahn* KG Art. 12 Rn. 50; *Lang* S. 134.

⁶⁹ Vgl. BSK/*Jacobs/Giger* KG Art. 12 Rn. 97.

⁷⁰ BGE 123 III 140 (142).

⁷¹ *Lang* S. 137; Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 130; *Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, S. 115.

⁷² Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 130.

⁷³ BGE 122 III 53 (54) mwN. Im deutschen Recht existiert zwar kein allgemeiner Schadenszins; für das Kartellzivilrecht ordnet § 33a Abs. 4 GWB aber eine Ausnahme an.

⁷⁴ *Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Rn. 1093.

⁷⁵ Im Gegensatz zum Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, s. Art. 9 Abs. 2 UWG, Art. 70 PatG, Art. 66 URG, Art. 60 MSchG. Vorschläge, eine entsprechende Regelung in das Kartellgesetz aufzunehmen (*Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 90, 124), wurden bisher nicht aufgegriffen.

⁷⁶ Baker&McKenzie/*Hahn* KG Art. 13 Rn. 9f.; *Lang* S. 114 ff.; Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey/*Walter* Art. 13 Rn. 31 ff.

Nach den allgemeinen Regeln unterliegen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nicht der Verjährung.⁷⁷ Vertragliche Ansprüche verjähren gem. Art. 127 OR in zehn Jahren. Für die kartelldeliktischen Ansprüche auf Schadensersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe gilt nach hM kraft des Verweises in Art. 12 Abs. 1 KG auf das Obligationenrecht die **kurze Verjährungsfrist** für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen gem. Art. 60 Abs. 1 OR.⁷⁸ Verjährung tritt also in einem Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger ein, spätestens aber in zehn Jahren seit der schädigenden Handlung. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass für die mit direkten Sanktionen bedrohten Taten (Art. 49a Abs. 1 KG) eine längere Verjährungsfrist gelte, da es sich hierbei um quasi-strafrechtliches Unrecht iSv Art. 60 Abs. 2 OR handle.⁷⁹ Diese Auffassung hat sich aber nicht durchsetzen können. Zwar ist der strafrechtliche Charakter der direkten Sanktionen im Hinblick auf die nationalen und internationalen Justizgrundrechte heute anerkannt. Diese Qualifikation hat aber keine Auswirkungen auf das Kartellzivilrecht, da der Gesetzgeber auf eine strafrechtliche Ausgestaltung der direkten Sanktionen im innerstaatlichen Recht bewusst verzichtet hat.⁸⁰

46

Auch wenn sowohl die relative Verjährungsfrist von einem Jahr als auch die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren erst mit dem Ende der Tat (also zB der Auflösung des Kartells) zu laufen beginnen, ist insbesondere die einjährige relative Verjährungsfrist **zu kurz** bemessen. Aus der Perspektive des Opfers einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ist beispielsweise der Verjährungsbeginn unklar. Nach allgemeinen Regeln hat das Opfer Kenntnis vom Schaden, wenn dieser qualitativ und quantitativ so weit konkretisiert ist, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.⁸¹ Um bei der Einschätzung dieses Zeitpunkts keinen Fehler zu begehen, wird der Geschädigte frühzeitig Klage erheben, um die Verjährung zu unterbrechen, Art. 135 Nr. 2 OR. Dies beeinträchtigt ihn bei der Sammlung der Beweismittel und schmälert so seine Erfolgsaussichten. Die relative Verjährungsfrist von einem Jahr steht ganz allgemein in der Kritik.⁸² Im Kartellzivilrecht sind die Konsequenzen angesichts der besonderen Komplexität der Schadensberechnung besonders misslich.⁸³ Eine Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf mindestens drei Jahre ist deshalb angeraten. In der laufenden Kartellrechtsreform ist anerkannt, dass die Verjährung für kartelldeliktische Ansprüche zu schnell eintritt.⁸⁴ In der Frage der Verjährungsfrist möchte man aber auf eine allgemeine Revision des Verjährungsrechts warten.⁸⁵

47

Das geltende Recht kennt (im Gegensatz zum deutschen Recht) keine Spezialregel über die **Hinderung, den Stillstand oder die Unterbrechung** der kartellzivilrechtlichen Verjährung durch die Einleitung kartellbehördlicher Verfahren. Dies schwächt die *follow on*-Klagen. Das Opfer eines Kartellrechtsverstosses hat nicht die Möglichkeit, den Ausgang des kartellbehördlichen Verfahrens abzuwarten. Sobald es Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt, beginnt die einjährige Verjährungsfrist zu laufen, so dass alsbald Klage zu erheben ist. Zwar hat der Zivilrichter die Möglichkeit, den Zivilprozess bis zum Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens zu sistieren, Art. 126 ZPO.⁸⁶ Aber erstens hat der Geschädigte keinen Anspruch auf Sistierung. Und zweitens befreit

⁷⁷ Für das Kartellrecht s. Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 64; Stöckli Rn. 1188.

⁷⁸ BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 85, 119.

⁷⁹ Spitz SZW 2005, 113 (122).

⁸⁰ von Büren SZW 2007, 189 (197f.).

⁸¹ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, Außervertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 554.

⁸² Seit Jahrzehnten wird über eine Reform des Haftpflichtrechts und der Verjährungsregeln diskutiert. S. beispielsweise den Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf einer Revision des Verjährungsrechts vom August 2011, www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1999/Begleitbericht_de.pdf, insbesondere S. 9. Im Vordergrund der kartellrechtlichen Diskussion steht die relative Verjährungsfrist von einem Jahr. Aber auch die absolute zehnjährige Verjährungsfrist kann im Kartellrecht Probleme bereiten, zB wenn ein Kartell erst zehn Jahre nach seiner Auflösung entdeckt wird.

⁸³ S. Borer KG Art. 12 Rn. 14, der darauf hinweist, dass die klagende Partei „unter einem ganz erheblichen Zeitdruck steht, welcher es ihr in den meisten Fällen verunmöglicht, ein substantziertes Klagefundament beim Zivilgericht einzureichen“.

⁸⁴ Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3928).

⁸⁵ Bundesrat, 3948f.

⁸⁶ Während der Sistierung steht die Verjährung still, Art. 134 Abs. 1 Nr. 6 OR.

die Aussicht auf Sistierung den Geschädigten nicht von der Klageerhebung. Er kann also nicht erst einmal den kartellbehördlichen Entscheid bewerten, um seine Erfolgsaussichten im Zivilprozess besser einschätzen zu können, sondern er muss innerhalb der einjährigen Frist Klage erheben.

48

Mit gutem Grund hat der Bundesrat deshalb im Rahmen der gescheiterten Kartellgesetzrevision vorgeschlagen, einen **neuen Artikel 12a** in das Kartellgesetz aufzunehmen, der Hinderung bzw. Stillstand (Hemmung) der Verjährung während der kartellbehördlichen Untersuchung anordnet. Da nach dem Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU der europäischen Kartellbehörde die alleinige Zuständigkeit für bestimmte Fälle übertragen worden ist, würde die Regel auch für einschlägige Verfahren der Europäischen Kommission gelten.⁸⁷ Die Neuregelung würde *follow on*-Klagen erleichtern, aber keinen Beitrag zur Förderung der *stand alone*-Klagen leisten.

XII. Praktische Erfahrungen

49

Die kartellzivilrechtlichen Entscheide der kantonalen Gerichte und des Bundesgerichts werden in Teil C des amtlichen Publikationsorgans RPW/DPC veröffentlicht. Die zivilrechtliche Praxis ist spärlich, insbesondere was die Schadensersatzansprüche betrifft. Immerhin liegt ein Gerichtsentscheid über eine erfolgreiche kartellrechtliche Schadensersatzklage vor, nämlich die Streitsache **Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau**, die vom Handelsgericht Aargau entschieden wurde. Der Sachverhalt war folgender: Das Kantonsspital Aarau hat ua auch die Aufgabe, für die Betreuung der Angehörigen verstorbener Patienten zu sorgen. Durch Vertrag hatte der Kanton die Erfüllung dieser Aufgabe dem privaten Bestattungsinstitut Caminada AG übertragen. Ein anderes Bestattungsunternehmen verlangte vom Kanton ohne Erfolg, dass die Angehörigen verstorbener Patienten auch auf sein Institut hingewiesen werden. Das Handelsgericht Aargau stellte einen Verstoß gegen die Art. 5 und 7 KG (Verbot beschränkender Vereinbarungen und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) fest, leitete hieraus die Nichtigkeit des betreffenden Vertrags ab, untersagte dem Kanton, die Angehörigen verstorbener Patienten nur an das eine Bestattungsunternehmen zu verweisen und sprach dem Kläger Schadensersatz zu.⁸⁸

50

Von allgemeinem Interesse ist die Vorgehensweise des Handelsgerichts bei der Bestimmung der **Schadenshöhe**. Das Gericht ermittelte den von einem Bestattungsunternehmen durchschnittlich erzielten Bruttoerlös pro Todesfall. Hiervon zog es die variablen Kosten ab, woraus sich der Nettoerlös pro Todesfall ergab. Im nächsten Schritt untersuchte das Gericht die Frage, wie viele Aufträge dem ausgeschlossenen Bestattungsunternehmen in Abwesenheit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, also des Exklusivvertrags zugefallen wären. Es wendete hierbei das geographische Vergleichsmarktkonzept an: In Olten hatte ein neues Bestattungsinstitut im ersten Jahr einen Marktanteil von 25 Prozent erzielt. Diesen Wert übertrug das Gericht auf die Verhältnisse in Aarau und sprach dem ausgeschlossenen Unternehmen Schadensersatz und einen Anspruch auf Gewinnherausgabe zu.⁸⁹

51

Der Entscheid des Handelsgerichts Aargau zeigt, dass die Erfolgsaussichten kartellzivilrechtlicher Schadensersatzklagen auch darauf beruhen, dass die Gerichte von der ihnen eingeräumten Möglichkeit der **Schadensschätzung** Gebrauch machen. Die praktische Wirksamkeit des Kartellzivilrechts hängt damit auch von „weichen“ Faktoren, nämlich der positiven Grundeinstellung zum Kartellzivilrecht ab. In jüngerer Zeit ist bekannt geworden, dass Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ihre zivilrechtlichen Möglichkeiten verstärkt nutzen. So klagten der Kanton Tessin und die Stadt Lugano

⁸⁷ S. Art. 11 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr v. 21.6.1999, in Kraft getreten am 1.6.2002, SR 0.748.127.192.68 bzw. ABl.2002 L 114, 73.

⁸⁸ Handelsgericht des Kantons Aargau 13.2.2003, RPW/DPC 2003, 451 – Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau.

⁸⁹ RPW/DPC 2003, 474 ff.

auf Schadensersatz gegen die Verantwortlichen des „Tessiner Asphaltkartells“, dessen Existenz die Wettbewerbskommission im Jahr 2007 festgestellt hatte.⁹⁰ Der Rechtsstreit wurde durch einen Vergleich über die Zahlung von insgesamt 4,9 Mio. CHF beigelegt.⁹¹ Ähnlich sind die Pläne des Kantons Aargau in Reaktion auf das 2011 von der Wettbewerbskommission geahndete Straßen- und Tiefbaukartell.⁹² Der Kanton hat Schadensersatzansprüche gegen die Kartellbeteiligten geltend gemacht.⁹³

52

Die Beispiele zeigen, dass die kartellzivilrechtlichen Schadensersatzansprüche an praktischer Bedeutung gewinnen. Allerdings fällt auf, dass die Dynamik vor allem auf die Tätigkeit von **Körperschaften des öffentlichen Rechts** zurückgeht, welche Kartellschäden geltend machen, die dem Gemeinwesen entstanden sind. Man kann diesen Vorgang als „public private enforcement“ bezeichnen. Das Engagement der Gebietskörperschaften beruht auf der haushaltsrechtlichen Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.⁹⁴ Entsprechend lässt sich in der Aktiengesellschaft aus Art. 717 OR (der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder) die Pflicht ableiten, kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen, wenn nicht die Erfolgsaussichten zu gering sind oder der Aufwand unverhältnismäßig erscheint.⁹⁵ In der wirtschaftlichen Realität ist man von einer systematischen Geltendmachung solcher Ansprüche aber weit entfernt. Offenbar bedarf es eines erheblichen Kulturwandels, um zu einer konsequenten Verfolgung kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche zu gelangen.

C. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche

53

Gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a KG haben Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung. Dieser Anspruch ist dann von besonderem Interesse, wenn es den Betroffenen in erster Linie um **Beendigung des kartellrechtswidrigen Zustands** geht. Da weder Schaden, Kausalität noch Verschulden zu den Anspruchsvoraussetzungen gehören, fällt die Geltendmachung des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs leichter als die des Schadensersatzanspruchs.

I. Aktiv- und Passivlegitimation

54

Im Ausgangspunkt bestimmen sich Aktiv- und Passivlegitimation wie beim Schadensersatzanspruch (→ Rn. 8 ff.). Unternehmen, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, sind klageberechtigt, Konsumenten nach geltendem Recht hingegen nicht. Passivlegitimiert sind nur Unternehmen (bzw. Unternehmensvereinigungen, → Rn. 17), da das Kartellrecht nur diesen ein bestimmtes Verhalten verbietet oder manchmal auch vorschreibt.

55

Die am 1.1.2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung hat für den Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch ein eng umgrenztes **Verbandsklagerecht** eingeführt. Organisationen von

⁹⁰ Eine Sanktion konnte in diesem Fall nicht verhängt werden, da auf den Fall altes Recht bzw. eine Übergangsfrist anwendbar war, s. Weko 19.11.2007, RPW/DPC 2008, 85 – Strassenbeläge Tessin; BVGer 1.6.2010, RPW/DPC 2010, 368 – Implenia (Ticino) AG/Weko; BVGer 10.6.2010, RPW/DPC 2010, 393 – Spalua/Weko.

⁹¹ NZZ v. 13.4.2012, S. 12.

⁹² Weko 16.12.2011, RPW/DPC 2012, 270 – Straßen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

⁹³ S. Aargauer Zeitung v. 18.2.2012, S. 26.

⁹⁴ Vgl. zB § 59 des Zürcher Gesetzes über Controlling und Rechnungslegung (CRG, Loseblattsammlung 611): „Die Direktionen und die Staatskanzlei sind insbesondere verantwortlich für: [...] b. die Geltendmachung finanzieller Ansprüche gegenüber Dritten“. S. auch Art. 59 Abs. 2 lit. b des Finanzhaushaltsgesetzes des Bundes (FHG, SR 611.0): Die Eidgenössische Finanzverwaltung ist befugt, „auf die Eintreibung bestrittener Ansprüche zu verzichten, wenn sie aussichtslos erscheint oder wenn Verwaltungsaufwand und Kosten nicht in angemessenem Verhältnis zur Höhe des Betrags stehen“.

⁹⁵ Vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 569a; Heinemann, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, S. 151 ff.

gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung können in eigenem Namen die Persönlichkeitsrechte von Personen geltend machen, deren Interessen sie nach ihren Statuten zu wahren haben, Art. 89 ZPO. Zu den Persönlichkeitsrechten gehört im Schweizer Recht auch das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung der Persönlichkeit. Dennoch ist die Bedeutung der Vorschrift für das Kartellrecht eher gering einzuschätzen. So soll aus dem Wortlaut „Verletzung der Persönlichkeit *der* Angehörigen dieser Personengruppen“⁹⁶ folgen, dass alle – oder zumindest die ganz überwiegende Mehrheit – der Angehörigen der betreffenden Personengruppe in ihrer Persönlichkeit verletzt sein müssen.⁹⁷ Diese Voraussetzung wäre beispielsweise dann erfüllt, wenn alle Unternehmen eines Branchenverbands Opfer eines Kartells auf einem vorgelagerten Markt werden. Bei Verbraucherverbänden tritt die Schwierigkeit hinzu, dass bis zu einer Reform des Kartellgesetzes keine individuellen Konsumentenrechte existieren (→ Rn. 11 ff.). Das Kartellrecht ist also in Bezug auf das Verbandsklagerecht weit von der Rechtslage im Lauterkeitsrecht entfernt, in dem Unternehmens- und Konsumentenverbände gem. Art. 10 Abs. 2 UWG zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen befugt sind.⁹⁸

II. Anspruchsvoraussetzungen

56

Der Anspruchsteller muss durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden (hierzu → Rn. 8). Daneben gelten die allgemeinen Voraussetzungen für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Der Unterlassungsanspruch setzt eine konkrete **Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr** voraus. Der Beseitigungsanspruch ist gegeben, wenn die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung andauert oder zumindest noch Wirkungen zeigt. Der Gesetzeswortlaut deutet zwar mit der Formulierung „Beseitigung *oder* Unterlassung“⁹⁹ Alternativität der beiden Anspruchsarten an. Es ist aber anerkannt, dass bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung kumulativ zuzusprechen sind.¹⁰⁰ Der Gesetzestext sollte entsprechend angepasst werden.¹⁰¹

III. Anspruchsziele

57

Die Anspruchsziele des **Unterlassungsanspruchs** hängen vom Typus der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ab. Geht es um unzulässige horizontale oder vertikale Wettbewerbsabreden, zielt der Unterlassungsanspruch darauf ab, die verbotene Absprache nicht weiter zu praktizieren. Wird eine marktbeherrschende Stellung missbraucht, ist dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen. Besteht der Missbrauch in einer Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), hat der Marktbeherrscher seine Vertragspartner in Zukunft also gleich zu behandeln, wobei es ihm aber (unterhalb der Schwelle des Preismissbrauchs) freisteht, die Preise gleichmäßig oben oder unten festzusetzen.¹⁰² Beim Ausbeutungsmissbrauch (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) sind die Preise auf ein angemessenes Niveau zu senken bzw. die sonstigen Konditionen angemessen auszugestalten. Kampfpreise (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG) sind entsprechend anzuheben, Leistungseinschränkungen (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) abzustellen und Kopplungen (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) aufzulösen.

58

Der **Beseitigungsanspruch** richtet sich gegen die noch andauernden Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Während der Unterlassungsanspruch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Zukunft betrifft, zielt der Beseitigungsanspruch auf die Eliminierung tatsächlicher oder rechtlicher Folgen eines bereits praktizierten Wettbewerbsverstoßes. Die Grenzen zwischen beiden Anspruchsarten verschwimmen, wenn diese Folgen Teil der

⁹⁶ Hervorhebung vom Verfasser.

⁹⁷ Baker&McKenzie/Hahn ZPO Art. 89 Rn. 7.

⁹⁸ Besondere gesetzliche Bestimmungen über die Verbandsklage gehen der allgemeinen zivilprozessualen Regelung vor, Art. 89 Abs. 3 ZPO.

⁹⁹ Hervorhebung vom Verfasser.

¹⁰⁰ Statt aller Commentaire Romand/Reymond LCart Art. 12 Rn. 60.

¹⁰¹ Bundesrat, Gesetzesentwurf vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3989 (3991).

¹⁰² S. auch die besondere Hervorhebung der Diskriminierung in Art. 12 Abs. 2 KG.

unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sind. Das Paradebeispiel für den Beseitigungsanspruch sind Boykottsituationen: Der Unterlassungsanspruch zielt darauf, unzulässige Boykottaufrufe für die Zukunft zu unterbinden. Der Beseitigungsanspruch gibt das Recht, vom Täter zu verlangen, dass er die Folgen eines unzulässigen Boykottaufrufs aus der Welt schafft, also zB die Adressaten des Aufrufs informiert, dass der Boykott nicht weiter aufrechterhalten wird.¹⁰³

IV. Kontrahierungszwang

59

Für den Beseitigungsanspruch ist eine Pflicht zu positivem Tun der Normalfall. Anders verhält es sich beim Unterlassungsanspruch: Dieser ist in der Regel darauf gerichtet, bestimmte Handlungen nicht vorzunehmen. Ausnahmsweise kann sich aus ihm aber auch eine Pflicht zu positivem Tun ergeben. Dies ist dann der Fall, wenn ein Unterlassen, zB eine Lieferverweigerung rechtswidrig ist. Der Unterlassungsanspruch geht dann auf „Unterlassen des Unterlassens“. Gem. Art. 12 Abs. 2 KG fällt als Wettbewerbsbehinderung insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht. Art. 13 lit. b KG stellt klar, dass das Gericht zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs anordnen kann, dass der Verletzer „mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschließen“ hat. Die Möglichkeit des Kontrahierungszwangs wird also vom Gesetzgeber **ausdrücklich vorgesehen**, was in rechtsvergleichender Hinsicht bemerkenswert ist.

60

Hauptanwendungsfall des Kontrahierungszwangs ist Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, also die **missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Das Gesetz nennt als Beispiel die Liefer- oder Bezugssperre. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen einen Missbrauch darstellt, ist eine materiell-rechtliche Frage, die im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft werden kann. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass Art. 7 Abs. 2 lit. a KG unter dem Eindruck der Entwicklungen im europäischen Kartellrecht in das Gesetz aufgenommen wurde,¹⁰⁴ auch wenn in Art. 102 AEUV die Geschäftsverweigerung nicht als Regelbeispiel aufgeführt ist. In der Literatur zur Fallgruppe der Geschäftsverweigerung wird die europäische Rechtsentwicklung intensiv rezipiert.¹⁰⁵

61

Erfasst sind sowohl der Abbruch einer bestehenden Geschäftsbeziehung als auch die Verweigerung erstmaliger Geschäftsaufnahme. Die Geschäftsverweigerung kann sich auf Waren und Dienstleistungen oder aber auf den Zugang zu **wesentlichen Einrichtungen** (*essential facilities*) beziehen. Auch der Anspruch auf Aufnahme in einen Verband ist ein Unterfall des Kontrahierungszwangs. Schließlich kann auch die Nichtlizenzierung von Immaterialgüterrechten unter bestimmten Voraussetzungen missbräuchlich sein, so dass kartellrechtlicher Lizenzierungszwang die Folge ist.¹⁰⁶

62

Was das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung betrifft, so ist auf einen in diesem Zusammenhang besonders wichtigen Meinungsstreit hinzuweisen. Teilweise wird unter Hinweis auf die KG-Revision 2003¹⁰⁷ angenommen, dass auch Fälle **wirtschaftlicher Abhängigkeit** oder relativer Marktmacht vom Begriff der Marktbeherrschung erfasst seien,¹⁰⁸ während andere dem

¹⁰³ Baker&McKenzie/Hahn KG Art. 12 Rn. 29.

¹⁰⁴ Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 23.11.1994, BBl. 1995, 468 (570). Zu nennen ist beispielsweise EuGH 6.3.1974 – Verb. Rs. 6/73 und 7/73, Slg. 1974, 223 – Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents/Kommission.

¹⁰⁵ S. beispielsweise BSK/Amstutz/Carron KG Art. 7 Rn. 84ff.

¹⁰⁶ Auch in Bezug auf den kartellrechtlichen Lizenzierungszwang wird die Diskussion durch die Entwicklungen in der EU bestimmt, s. Borer KG Art. 7 Rn. 15.

¹⁰⁷ Durch die Reform von 2003 (AS 2004, 1385) wurde die Definition der marktbeherrschenden Stellung in Art. 4 Abs. 2 KG modifiziert: Die Marktteilnehmer, gegenüber denen die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten bestehen muss, wurden durch einen Klammerzusatz konkretisiert (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager).

¹⁰⁸ Heizmann, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, S. 242ff., 324ff.

widersprechen.¹⁰⁹ Eine Spezialnorm für wirtschaftliche Abhängigkeit (in Deutschland § 20 Abs. 1 GWB) existiert im schweizerischen Recht nicht. Für die Reichweite des Kontrahierungszwangs ist die Diskussion über den Adressatenkreis des Missbrauchsverbots von besonderer Bedeutung. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten. So ist eine Volksinitiative anhängig („Fair-Preis-Initiative“), die auf die Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht abzielt. Nachfrager, die von bestimmten Anbietern abhängig sind, sollen hierdurch das Recht erhalten, die Produkte im Staat ihrer Wahl zu den dort praktizierten Preisen zu beziehen. Der Hintergrund besteht darin, dass Schweizer Abnehmer häufig auf Lieferanten im Inland verwiesen werden, die deutlich teurer als im Ausland anbieten.¹¹⁰

D. Nichtigkeit und Rückabwicklung

63

In der Praxis steht nicht der kartellrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch, sondern der **Nichtigkeitseinwand** im Vordergrund. Gegen vertragliche Ansprüche wird häufig das Verteidigungsmittel vorgebracht, dass der zugrundeliegende Vertrag wegen eines Kartellrechtsverstoßes nichtig sei und der geltend gemachte Anspruch deshalb nicht bestehe.¹¹¹ Voraussetzungen und Umfang der Nichtigkeit und die Grundlagen der Rückabwicklung nichtiger Verträge bedürfen deshalb näherer Betrachtung.

I. Nichtigkeit

1. Grundkonzeption

64

Für das traditionelle Selbstverständnis des schweizerischen Kartellrechts ist das Bekenntnis zum **Missbrauchsprinzip** grundlegend.¹¹² Da nach diesem Prinzip die Wirkung kartellrechtlicher Tatbestände vom Tätigwerden einer Behörde oder eines Gerichts abhängt, tritt Nichtigkeit erst mit dem Anwendungsakt der zuständigen Instanz ein. Die kartellrechtlichen Tatbestände wirken also nicht *ex lege*, wie es nach dem Verbotsprinzip der Fall wäre. Aus der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 folgt, dass dem Gesetzgeber in diesem Sinne lediglich eine kartellrechtliche Nichtigkeit *ex nunc* mit der rechtskräftigen Feststellung des Kartellrechtsverstoßes durch die zuständige Rechtsanwendungsbehörde vorschwebte.¹¹³ Dieser Befund wird durch Art. 13 lit. a KG bestätigt. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht „anordnen“, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind. Der Begriff der „Anordnung“ geht ganz im Sinn des Missbrauchsprinzips davon aus, dass der gerichtlichen Entscheidung konstitutive Wirkung zukommt.

65

Die Entwicklung ist über das traditionelle Verständnis hinausgegangen.¹¹⁴ Aus der Perspektive des Kartellzivilrechts ist das Missbrauchsprinzip besonders fragwürdig, da Ansprüche für die Vergangenheit (zB Schadensersatzansprüche) dogmatisch nur schwer konstruierbar sind, wenn Rechtswidrigkeit erst im Zeitpunkt des Rechtsanwendungsakts eintritt.¹¹⁵ Im Jahr 2008 hat das Bundesgericht die Frage geklärt: Kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabreden sind nach dieser Entscheidung **ex tunc nichtig**.¹¹⁶ Anwendungsakten kommt also nur deklaratorische Wirkung zu.¹¹⁷

¹⁰⁹ BSK/Reinert/Bloch KG Art. 4 Abs. 2 Rn. 23 ff., 462 ff.

¹¹⁰ Zum Problemkreis s. beispielsweise *Böni/Wassmer*, Die Behinderung von Parallelimporten gekoppelt mit Ausbeutungsmissbrauch, sic! 2016, 135 ff.

¹¹¹ S. zB BGE 134 III 438 (442 f.); Präsident des Handelsgerichts St. Gallen 26.3.2012, HG.2011.286, Erwägung II.7.

¹¹² *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, S. 43 (46 ff.).

¹¹³ *Bundesrat*, Botschaft vom 23.11.1994, BBl. 1995, 468 (553).

¹¹⁴ S. *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 127 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Borer* KG Vor Art. 12 ff. Rn. 9; *Martenet*, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, S. 79 (113); *Nagel* Rn. 550; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 860. S. auch die Relativierung des Missbrauchsprinzips in der Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl. 2002, 2022 (2035).

¹¹⁶ BGE 134 III 438 (442 f.): Art. 20 OR ist anwendbar. Nach Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge nichtig, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstoßen.

¹¹⁷ Damit fällt ein Anwendungsfall des Beseitigungsanspruchs weg: Da kartellrechtswidrige Abreden „automatisch“ nichtig sind, bedarf es nicht mehr des Beseitigungsanspruchs, um den Vertrag rechtlich aus der

Art. 13 lit. b KG sollte im Rahmen der geplanten Revision des Kartellgesetzes entsprechend angepasst werden: Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs soll das Gericht die Ungültigkeit der kartellrechtswidrigen Verträge nicht mehr „anordnen“, sondern „feststellen“. ¹¹⁸ Die Abkehr vom kartellrechtlichen Missbrauchsprinzip hätte dann auch am Wortlaut des Gesetzes festgemacht werden können. ¹¹⁹

2. Reichweite der Nichtigkeit

66

Die kartellrechtliche Nichtigkeit reicht soweit, wie es der Schutzzweck der Norm erfordert. ¹²⁰ Hierbei ist zwischen Art. 5 KG (unzulässige Wettbewerbsabreden) und Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) zu unterscheiden. ¹²¹ Geht es um kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte, ist nach Art. 20 Abs. 2 OR (im Gegensatz zu § 139 BGB) im Zweifel lediglich **Teilnichtigkeit** anzunehmen, also Nichtigkeit der konkreten Abreden, die das Kartellrecht verletzen. ¹²² Gesamtnichtigkeit des Vertrags tritt hingegen ein, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag „ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre“, Art. 20 Abs. 2 OR. Die gesetzliche Regelung wird durch die Vereinbarungen der Parteien überlagert, zB durch Nichtigkeitsabreden und salvatorische Klauseln. ¹²³

67

Folgeverträge (also Verträge zur Umsetzung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen mit unbeteiligten Dritten) sind in der Regel wirksam. ¹²⁴ Etwas anderes gilt, wenn der Schutzzweck des Kartellrechts, eine Interessenabwägung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu einem anderen Ergebnis führen. ¹²⁵ Die Wettbewerbskommission hat beispielsweise langfristige Gaslieferungsverträge, die in Umsetzung einer horizontalen Abrede geschlossen worden waren, für einseitig unwirksam erklärt. Die Abnehmer hatten einen Anspruch auf Umstellung der Verträge auf marktgerechte Konditionen. ¹²⁶ Dies entspricht dem in der Literatur vertretenen „flexiblen Nichtigkeitsbegriff“, der die Nichtigkeit nicht absolut versteht, sondern dem Schutzzweck der jeweiligen Norm unterwirft. ¹²⁷

68

Beruhet die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung auf dem **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**, stellen sich Nichtigkeitsprobleme nur dann, wenn der Missbrauch zur Vornahme von Rechtsgeschäften geführt hat. In der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs ist bei der Annahme von Nichtigkeit Vorsicht geboten, da diese dem Missbrauchsopfer häufig nicht helfen wird. Beispielsweise wird das Opfer eines Preissmissbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) mangels ausreichender Ausweichmöglichkeiten an einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung zum Marktbeherrscher interessiert sein, nur eben zu marktgerechten Konditionen. Dieses Ziel kann durch Teilnichtigkeit der Preisvereinbarung sowie einen Anspruch auf Vertragsanpassung erreicht werden. ¹²⁸ Entsprechendes gilt bei missbräuchlichen Kopplungsgeschäften (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG): Hier wird häufig Nichtigkeit

Welt zu schaffen, s. BSK/Jacobs/Giger KG Art. 12 Rn. 48. Allenfalls faktische Folgen können mit dem Beseitigungsanspruch angegangen werden.

¹¹⁸ Bundesrat, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3949).

¹¹⁹ Zur Ablösung des Missbrauchs- durch das Verbotsprinzip s. *Heinemann*, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung, ZSR 2016 I 431 (442 ff.).

¹²⁰ BGE 134 III 438 (443). S. allgemein *Bürgi*, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstößen.

¹²¹ Für die Zusammenschlusskontrolle ordnet Art. 34 KG an, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit meldepflichtiger Zusammenschlüsse bis zur Bewilligung aufgeschoben bleibt.

¹²² S. BSK/Jacobs/Giger KG Vor Art. 12–17 Rn. 42f.

¹²³ *Nagel* Rn. 410ff.

¹²⁴ *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 870; eingehend *Wiget*, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen.

¹²⁵ S. *Martenet*, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, S. 79 (122 ff.).

¹²⁶ *Weko* RPW 1999/1, 67 ff. Rn. 34–39 – Reine Gase und Mischgase. S. näher *Arnet*, DIKE-KG Art. 13 Rn. 21 ff.

¹²⁷ S. *Jacobs*, Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, S. 573, insbesondere 580 ff.

¹²⁸ *Martenet*, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, S. 79 (134 ff.); *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 875 f.

des Geschäftsteils über das gekoppelte Produkt, nicht aber über das eigentlich begehrte Hauptprodukt die adäquate Rechtsfolge sein. Der Preis ist entsprechend anzupassen. In den Fällen des Behinderungsmisbrauchs kann aber auch die ersatzlose Nichtigkeit die gebotene Rechtsfolge sein, so wenn zB eine Ausschließlichkeitsbindung wegfällt, ohne dass im Übrigen eine Vertragsanpassung geboten wäre.

II. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

1. Leistungskondiktion

69

Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind im Katalog des Art. 12 Abs. 1 KG nicht aufgeführt. Es ist gleichwohl anerkannt, dass Leistungen, die auf der Grundlage eines kartellrechtswidrigen Vertrags erbracht wurden, nach **Bereicherungsrecht** (Art. 62 ff. OR) zurückzuerstatten sind.¹²⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Leistungen, die nicht in natura erstattet werden können (zB Dienstleistungen), nicht nach dem objektiven Verkehrswert, sondern in erster Linie nach den Vereinbarungen der Parteien zu bewerten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kartellrechtsverstoß nicht das wechselseitige Vergütungsinteresse der Parteien berührt.¹³⁰

70

Der Bereicherungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn in Kenntnis der Abwesenheit eines rechtlichen Grundes geleistet wurde (Art. 63 Abs. 1 OR), was bei Kernbeschränkungen häufig der Fall sein wird. Der Anwendungsbereich von Art. 66 OR (Ausschluss der Rückforderung, wenn ein **rechtswidriger oder unsittlicher Erfolg** beabsichtigt ist) wurde von der Rechtsprechung hingegen stark eingeschränkt. Die Vorschrift schließt nach Auffassung des Bundesgerichts nicht die Rückforderung sämtlicher Leistungen aus, die auf Grund des rechtswidrigen Vertrags erbracht wurden. Der Anspruchsausschluss bezieht sich lediglich auf den „eigentlichen Gaunerlohn“, dh das Entgelt für rechts- oder sittenwidriges Verhalten. Im Übrigen steht Art. 66 OR nach Auffassung der Rechtsprechung der Rückabwicklung des nichtigen Vertrags nicht entgegen.¹³¹ In der Literatur wird demgegenüber darauf hingewiesen, dass der Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche die Wirksamkeit der kartellrechtlichen Tatbestände stärken könnte.¹³²

2. Eingriffskondiktion

71

Ansprüche aus **Eingriffskondiktion** werden ganz überwiegend abgelehnt oder zumindest in Frage gestellt, da das Kartellrecht keine eigentumsähnlichen Positionen zuweist.¹³³ Es stellen sich hier also ähnliche Probleme wie bei dem im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Anspruch auf Gewinnherausgabe (→ Rn. 40 ff.).

E. Anwendbares Recht

72

Gem. Art. 2 Abs. 2 KG ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Das **Auswirkungsprinzip** ist im schweizerischen Kartellrecht also ausdrücklich zugrunde gelegt. Für das Internationale Privatrecht

¹²⁹ BGE 134 III 438 (443); *Spitz*, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, Rn. 114. Neben der Kondiktion kommt Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) in Betracht, da das Schweizer Recht nicht dem Abstraktions-, sondern dem Kausalitätsprinzip folgt. Verfügungen über Grundstücke und Fahrnis sind in Abwesenheit eines wirksamen Verpflichtungsgeschäfts folglich unwirksam, s. zB *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Rn. 3.43. Zum Meinungsstreit bez. der kausalen oder abstrakten Natur der Abtretung s. *Huguenin*, Obligationenrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 1332 ff.

¹³⁰ BGE 134 III 438 (443 f.).

¹³¹ BGE 134 III 438 (444 ff.): Änderung einer ständigen Rechtsprechung.

¹³² Grundlegend *Zäch*, Die Rückabwicklung verbotener Kartellleistungen, S. 94 f., 98, 103 f., 133. S. auch *BSK/Jacobs/Giger KG* Vor Art. 12–17 Rn. 63, die eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Innenverhältnis, dh zwischen den Kartellanten, in der Regel ablehnen.

¹³³ Vgl. *Baker&McKenzie/Hahn KG* Art. 12 Rn. 55; *Lang* S. 138; *Commentaire Romand/Reymond LCart* Art. 12 Rn. 135; *Spitz*, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, Rn. 115 ff.

wurde dieser Ausgangspunkt weiterentwickelt. Die Schweiz war lange Zeit das einzige Land, das mit Art. 137 IPRG (aus dem Jahr 1987)¹³⁴ über eine spezielle, allseitige Kollisionsnorm für das internationale Kartellprivatrecht verfügte.

Hervorhebung/Emphasis Start

Art. 137 IPRG

(1) Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.

(2) Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.

Hervorhebung/Emphasis Stop

I. Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung

73

Art. 137 IPRG ist eine besondere Kollisionsnorm, welche für Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung auf den **Marktort** abstellt. Schweizerische Gerichte sind also ohne weiteres dazu berufen, ausländisches Kartellrecht anzuwenden. Dadurch wird gewährleistet, dass die Unternehmen in jedem Staat dieselben Regeln zu respektieren haben. Eine Spezialregel für „Multistate“-Delikte nach Art des Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-Verordnung¹³⁵ existiert hingegen nicht. Nach der hM ist die „Mosaikbetrachtung“ maßgebend. Für jedes betroffene Land ist also separat festzustellen, ob das betreffende Verhalten kartellrechtlich zulässig oder unzulässig ist.¹³⁶ Schadensersatzansprüche sind entsprechend zu parzellieren. Bei der Anwendung ausländischen Rechts ist die Rechtsfolgenlimitierung nach Art. 137 Abs. 2 IPRG zu beachten. In der Schweiz kann nicht mehr zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht zuzusprechen wäre. Auch wenn die Kollisionsnorm zur Anwendung US-amerikanischen Rechts führt, können in der Schweiz folglich keine *treble damages* zuerkannt werden.¹³⁷

II. Vertragsrecht

74

Art. 137 IPRG betrifft nur Fälle der Wettbewerbsbehinderung, was die Wirkungen des Kartellrechts im Vertragsrecht, insbesondere die Frage der Wirksamkeit einer Vereinbarung ausschließt.¹³⁸ Solche Wirkungen beurteilen sich nach den allgemeinen Vorschriften über **Eingriffsnormen**. Das schweizerische Kollisionsrecht verfügt über unterschiedliche Regeln für in- und ausländische Eingriffsnormen. Während für die Anwendung inländischer Eingriffsnormen deren international zwingender Charakter notwendig und hinreichend ist (Art. 18 IPRG), setzt die „Berücksichtigung“ ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 19 IPRG eine umfassende Interessenabwägung voraus. Nach hM ist die Rechtswahl im Bereich des Internationalen Kartellprivatrechts ausgeschlossen, zumindest soweit es um die Frage der kartellrechtlichen Unzulässigkeit geht.¹³⁹ In- und ausländische Kartellverbote setzen sich also gegenüber der *lex causae* durch.¹⁴⁰

F. Zivilprozessrecht

¹³⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

¹³⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199, 40.

¹³⁶ BSK/Jacobs/Giger KG Vor Art. 12–17 Rn. 69.

¹³⁷ Commentaire Romand/Reymond Vorbem. Art. 12 LCart Rn. 215.

¹³⁸ Dutoit IPRG Art. 137 Rn. 1.

¹³⁹ Dutoit IPRG Art. 137 Rn. 8. Teilweise wird es für zulässig gehalten, eine Rechtswahl in Bezug auf die Ansprüche zu treffen, die aus dem Kartellrechtsverstoß fließen, s. BSK/Jacobs/Giger KG Vor Art. 12–17 Rn. 70 mwN.

¹⁴⁰ Commentaire Romand/Reymond Vorbem. Art. 12 LCart Rn. 197.

Mit dem Inkrafttreten der **Schweizerischen Zivilprozessordnung** am 1.1.2011 sind die Spezialvorschriften im Kartellgesetz zum Gerichtsstand, zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und zu vorsorglichen Maßnahmen weggefallen. Für kartellzivilrechtliche Verfahren gelten deshalb noch weitgehend als zuvor die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften. Im Folgenden werden die wichtigsten Grundinformationen gegeben. Im Vordergrund stehen dabei die Schwierigkeiten, die durch die Anwendung der allgemeinen Regeln auf den Kartellzivilprozess entstehen.

I. Gerichtliche Zuständigkeit

76

Gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO ist in jedem Kanton eine **einzig kantonale Instanz** für kartellrechtliche Streitigkeiten zuständig. In Kantonen mit Handelsgerichtsbarkeit (Aargau, Bern, St. Gallen, Zürich) ist dies das Handelsgericht. In den anderen Kantonen sind die Kantons- oder Obergerichte bzw. ihre Äquivalente zuständig. Die Konzentration auf ein einziges kantonales Gericht ermöglicht eine gewisse Spezialisierung. Angesichts der geringen Zahl einschlägiger Fälle und der Existenz von 26 zuständigen Gerichten in den 26 Kantonen sind die Spezialisierungsvorteile aber begrenzt. Es gibt deshalb Überlegungen, in Parallele zum Bundespatentgericht (das seine Tätigkeit am 1.1.2012 aufgenommen hat und nicht nur für Bestandes-, sondern auch für Verletzungsklagen ausschließlich zuständig ist), ein Bundeskartellgericht mit landesweiter Zuständigkeitskonzentration zu schaffen.¹⁴¹ Entsprechende Vorschläge wurden bisher aber nicht aufgegriffen.

77

Die **örtliche Zuständigkeit** beurteilt sich nach den Art. 9ff. ZPO, bzw. nach dem Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)¹⁴² und dem Luganer Übereinkommen¹⁴³. Klage kann also beispielsweise am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Person erhoben werden. Für Klagen aus unerlaubter Handlung (auch bei kartelldeliktischer Schädigung) ist außerdem das Gericht am Handlungs- oder Erfolgsort zuständig.

78

Für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des kantonalen Gerichts ist das **Bundesgericht** zuständig.¹⁴⁴ In kartellzivilrechtlichen Verfahren existieren also lediglich zwei Instanzen.

II. Gerichtliches Verfahren

79

Der Zivilprozess unterliegt der **Dispositions- und der Verhandlungsmaxime**. Das Gericht entscheidet also lediglich über das, was von den Parteien verlangt wird, Art. 58 ZPO. Es stützt sich dabei nur auf das Prozessmaterial, das von den Parteien beigebracht wird Art. 55 ZPO. Der Verhandlungsgrundsatz wird durch richterliche Frage- und Aufklärungspflichten abgemildert, Art. 56 ZPO.

80

Als **Klagearten** kommen die Leistungsklage (Art. 84 ZPO), die unbezifferte Forderungsklage (Art. 85 ZPO) und die Teilklage (Art. 86 ZPO) in Betracht.¹⁴⁵ Außerdem ist nach den allgemeinen Regeln die Feststellungsklage statthaft (Art. 88 ZPO). Zwar findet sich im Kartellgesetz im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG keine ausdrückliche Regelung. In der Literatur ist ein Anspruch auf Feststellung aber anerkannt,¹⁴⁶ und der Gesetzgeber wollte das Kartellgesetz entsprechend ergänzen.¹⁴⁷ Die Gestaltungsklage (Art. 87 ZPO) ist nach der neueren Sichtweise nicht einschlägig, da

¹⁴¹ *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 97.

¹⁴² S. o. Fn. 134.

¹⁴³ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), SR 0.275.12.

¹⁴⁴ Art. 75 BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht, SR 173.110).

¹⁴⁵ Zur Verbandsklage nach Art. 89 ZPO bereits → Rn. 55.

¹⁴⁶ *Baker&McKenzie/Hahn KG* Art. 12 Rn. 30ff. mwN; *Commentaire Romand/Reymond* LCart Art. 12 Rn. 152.

¹⁴⁷ *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3948).

kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte *ex lege* nichtig sind und die Nichtigkeit folglich nicht des konstitutiven Akts einer Rechtsanwendungsinstanz bedarf. Art. 13 lit. a KG, der insofern eine gestaltende Wirkung vermuten lässt, sollte entsprechend angepasst werden (→ Rn. 65).

III. Beweisführung

1. Verteilung der Beweislast

81

Auch in der Schweiz sind die Schwierigkeiten bei der Beweisführung ein wichtiger Grund für die geringe praktische Bedeutung des Kartellzivilrechts. Nach Art. 8 ZGB „hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet“. Der **Umfang der Beweislast** hängt also von der Ausgestaltung der kartellrechtlichen Tatbestände ab. Das Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) muss beweisen, dass eine Abrede vorliegt, was bei geheimen Kartellen schwer fällt. Es muss ferner beweisen, dass die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt¹⁴⁸ oder beseitigt. Der Nachweis stark ökonomisch geprägter Tatbestandsmerkmale bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Dies gilt in noch stärkerem Maß für Art. 7 KG, also den Nachweis von Marktbeherrschung und Missbrauch. Dem privaten Kläger, dem nicht die Untersuchungsbefugnisse einer Kartellbehörde zur Verfügung stehen, wird es schwer fallen, den relevanten Markt zu definieren und eine marktbeherrschende Stellung zu belegen.

2. Erleichterung der Beweisführung

82

Gewisse Beweiserleichterungen stehen zur Verfügung. Im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen hat der Richter nach Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit, Existenz und Umfang des Schadens zu **schätzen** (→ Rn. 28). Auch kann der Geschädigte nach Art. 85 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage erheben, was ihm Zeit für die Quantifizierung seines Anspruchs einräumt.¹⁴⁹

83

Offenbar reicht das Instrumentarium des geltenden Rechts aber zur Linderung der Beweisnot nicht aus. In der Literatur sind deshalb **rechtspolitische Vorschläge** unterbreitet worden, die von der Einführung gesetzlicher Vermutungen und spezieller Auskunftsrechte bis hin zur Einführung des Untersuchungsgrundsatzes in den Kartellzivilprozess reichen.¹⁵⁰ Der Bundesrat hat solche Vorschriften im Rahmen des Revisionsprojekts nicht aufgegriffen. Auch eine an genaue Voraussetzungen geknüpfte Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln, wie sie in der EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie vorgesehen ist, steht im schweizerischen Recht also vorerst nicht an. Hinter dieser Zurückhaltung steckt – ähnlich wie in Bezug auf die Einführung kollektiver Klagerechte (→ Rn. 13) – die Furcht vor einer exzessiven Klagekultur.

3. Zugang zu den Akten der Kartellbehörde

84

Wachsende Aufmerksamkeit gilt dem Zugang zu **Akten aus dem Verwaltungsverfahren**, um die Beweisführung im Zivilverfahren zu untermauern. Bei *follow on*-Klagen würde Aktenzugang dazu führen, dass das Kartellopfer nicht nur von der Entscheidung der Wettbewerbskommission als solcher profitieren würde, sondern zusätzlich Zugang zu relevantem Beweismaterial hätte. Im Grundsatz gilt Art. 25 KG, wonach die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren und

¹⁴⁸ In diesem Fall ist eine Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG möglich. Die Beweislast hierfür trifft die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen, Commentaire Romand/*Reymond* LCart Art. 12 Rn. 49. Eine ausdrückliche Regelung über die Verteilung der Beweislast wie in Art. 2 VO 1/2003 existiert im schweizerischen Recht nicht. Der Bundesrat hatte im Rahmen der gescheiterten Reform vorgeschlagen, den Unternehmen die Beweislast für die Effizienzrechtfertigung ausdrücklich zuzuweisen, s. *Bundesrat*, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3941 ff.).

¹⁴⁹ Zu Beweiserleichterungen bei *follow on*-Klagen → Rn. 95.

¹⁵⁰ Vgl. *Zäch/Heizmann*, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private, S. 1059 (1065 ff.); *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 850; und die Diskussion bei *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 98 ff.

Geschäftsgeheimnisse zu schützen haben. In Art. 25 Abs. 2 KG wird präzisiert, dass die Wettbewerbsbehörden „Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten“ dürfen.

85

Dieser Ausgangspunkt wird durch mehrere Rechtsinstitute relativiert. So steht den Parteien eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 26 VwVG¹⁵¹ ein Recht auf **Akteneinsicht** zu, wobei hervorzuheben ist, dass nach Schweizer Praxis nicht nur den Kartelldelinquenten, sondern auch den geschädigten Unternehmen häufig Parteistellung eingeräumt wird.¹⁵² Auskunfts- und Einsichtsrechte bestehen auch nach Art. 8, 19 DSG,¹⁵³ Art. 6 BGÖ¹⁵⁴ und Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV). Voraussetzungen und Schranken einer Anwendung dieser Normen im Kartellrecht bedürfen allerdings noch der Klärung.¹⁵⁵ Zudem werden alle genannten Vorschriften durch Ausnahmen durchbrochen, die regelmäßig eine Interessenabwägung erforderlich machen.¹⁵⁶ Handelt es sich um Bonusmeldungen, wird das besondere öffentliche Interesse am Funktionieren der Kronzeugenregelung in der Regel zum Vorrang der Vertraulichkeit führen.¹⁵⁷

IV. Kosten des Rechtsstreits

86

Gem. Art. 106 ZPO trägt die unterliegende Partei die Prozesskosten. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten aufgeteilt. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung, die auch die Anwaltskosten umfasst, s. Art. 95 ZPO. Die „British Rule“ scheint auf den ersten Blick eine Gleichbehandlung von Kläger und Beklagtem zu gewährleisten. Aufgrund der besonderen Beweisprobleme im Kartellzivilrecht schreckt eine erfolgsabhängige Kostenverteilung aber faktisch die Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen von der Geltendmachung ihrer Rechte ab. Vielfach wird deshalb **Flexibilität bei der Kostenverteilung** angemahnt.¹⁵⁸ Die 2011 in Kraft getretene Zivilprozessordnung sieht einen solchen Spielraum bei der Kostenverteilung vor. Gem. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO kann das Gericht vom Prinzip des *loser pays* aus dann abweichen, „wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war“. Angesichts der besonderen praktischen Probleme zivilkartellrechtlicher Klagen wird diese Voraussetzung bei aus begründetem Anlass erhobenen Kartellrechtsklagen häufig vorliegen. Zu denken ist auch an die kostenrechtliche Billigkeitsnorm in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO: Eine abweichende Kostenverteilung ist hiernach auch dann möglich, „wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen“. Eine Möglichkeit zur Streitwertherabsetzung, wie sie das deutsche Recht in § 89a GWB kennt, existiert im schweizerischen Kartellrecht hingegen nicht.

V. Anwaltshonorare

87

In den USA werden die **Erfolgshonorare** (*contingency fees*) neben den *treble damages*, den *class actions* und der *pretrial discovery* regelmäßig als einer der Gründe für die Intensität der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung hervorgehoben. Im schweizerischen Recht besteht in diesem Punkt keine völlige Freiheit, wohl aber Flexibilität. Gem. Art. 12 lit. e BGFA¹⁵⁹ dürfen

¹⁵¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021.

¹⁵² Vgl. *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, 2012, S. 298 ff.

¹⁵³ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

¹⁵⁴ Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), SR 152.3.

¹⁵⁵ Zur Akteneinsicht geschädigter Gebietskörperschaften nach dem Grundsatz der Amtshilfe s. BVGer 23.8.2016 – A-6320/2014 – A./Kanton Zürich; BVGer 23.10.2018 – A-604/2018 – X./Kanton Aargau.

¹⁵⁶ Umfassend zur Interessenabwägung im Zusammenhang mit Bonusmeldungen s. BSK/*Tagmann/Zirlick* KG Art. 49a Rn. 157 ff.

¹⁵⁷ BSK/*Jacobs/Giger* KG Vor Art. 12–17 Rn. 28; *Denoth* S. 299 f.; *Krauskopf*, DIKE-KG Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 112 ff.

¹⁵⁸ S. zB *Lang* S. 48; *Zäch/Heizmann*, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private, S. 1059 (1067).

¹⁵⁹ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

Anwälte „vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschließen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten“. Die Vereinbarung einer Erfolgsprämie (*pactum de palmario*) wird hierdurch aber nicht ausgeschlossen. Auch die Beteiligung am Prozessgewinn (*pactum de quota litis*) ist nur dann verboten, wenn sie „Ersatz“ für das Honorar ist. Die Kombination einer erfolgsunabhängigen Vergütung mit einer Erfolgskomponente ist hingegen zulässig. Das Bundesgericht hat insofern lediglich vorgegeben, dass der erfolgsunabhängige Teil die Kosten decken und einen angemessenen Gewinn gewährleisten muss.¹⁶⁰ Das Bundesgericht hat ebenfalls festgestellt, dass auch in Abwesenheit einer Honorarvereinbarung das durch den Anwalt erzielte Resultat zu einer Erhöhung des Anwaltshonorars führt, wenn dies den kantonalen Usancen entspricht.¹⁶¹

VI. Vorsorgliche Maßnahmen

88

Im Zivilprozess stehen vorsorgliche Maßnahmen zur Verfügung, die zB auf das Unterlassen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens zielen. Zuständig ist die kantonale Instanz, die auch für die Hauptsache zuständig ist, Art. 5 Abs. 2 ZPO. Gem. Art. 261 ZPO hängt die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen von einer **Hauptsacheprognose** und einer **Nachteilsprognose** ab: Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die betreffende Maßnahme muss verhältnismäßig sein. Die Gegenpartei kann vorsorgliche Maßnahmen durch Sicherheitsleistung abwenden. Auch vom Gesuchsteller kann Sicherheitsleistung verlangt werden, wenn ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten ist, Art. 264 ZPO. Superprovisorische Maßnahmen können angeordnet werden, wenn die besondere Dringlichkeit der Anhörung der Gegenpartei entgegensteht, Art. 265 ZPO. Dem kann durch Einreichen einer Schutzschrift zuvorgekommen werden, Art. 270 ZPO.

VII. Schiedsgerichtsbarkeit

89

Kartellzivilrechtliche Ansprüche sind nach ganz hM **schiedsfähig**.¹⁶² Die Parteien können kartellzivilrechtliche Aspekte also vor ein Schiedsgericht bringen. Dort können auch kartellrechtliche Vorfragen thematisiert werden. Beispielsweise kann ein vertraglicher Anspruch mit dem Argument bestritten werden, dass der zugrundeliegende Vertrag wegen eines Kartellrechtsverstosses nichtig sei. Es ist aber auch denkbar, dass die Beteiligten eines Kartellvertrags ihre rechtliche Auseinandersetzung vor ein Schiedsgericht bringen, weil sie eine kartellrechtsfreie Entscheidung anstreben. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, in welchem Umfang Schiedsgerichte verpflichtet sind, Kartellrecht auch gegen den Willen der Parteien anzuwenden.

90

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz dazu berufen, ausländisches Kartellrecht anzuwenden, soweit das fragliche Verhalten Auswirkungen in dem betreffenden Land hat. Verneinen Schiedsgerichte diese Zuständigkeit, verletzen sie Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG, wonach der Entscheid eines Schiedsgerichts angefochten werden kann, wenn sich dieses zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat.¹⁶³ Nach Auffassung des Bundesgerichts gehört Kartellrecht aber **nicht zum ordre public** iSv Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG. Wettbewerbsrecht sei nicht Teil der universellen Moral. Es handele sich um eine technische Materie, da die angestrebten Ziele auf verschiedenen Wegen erreicht werden könnten. Die Entscheidung eines Schiedsgerichts kann also nach Auffassung des Bundesgerichts nicht mit dem Argument angegriffen werden, dass Kartellrecht

¹⁶⁰ Bundesgericht 24.7.2006 – 2A.98/2006 Tz. 2.2. S. auch BGE 135 III 259 (262), wo das Bundesgericht bei seinem *obiter dictum* aber nicht auf das Tatbestandsmerkmal „Ersatz“ eingeht.

¹⁶¹ BGE 135 III 259 (263 ff.): Ein Anwaltshonorar in Höhe von 2 Prozent des erzielten Betrags (von mehr als 90 Millionen CHF) ist nach Auffassung des Bundesgerichts nicht exzessiv.

¹⁶² S. zB Baker&McKenzie/Hahn KG Art. 12 Rn. 62; Commentaire Romand/Reymond Vorbem. Art. 12 LCart Rn. 221; Schwander, DIKE-KG Nach Art. 12-15 Rn. 26 ff.

¹⁶³ BGE 118 II 193.

nicht oder nicht richtig angewendet wurde.¹⁶⁴ Diese Aussage gilt für inländisches und ausländisches Kartellrecht. Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts weicht insofern von der Haltung des Europäischen Gerichtshofs ab, der den *ordre public*-Charakter des (europäischen) Kartellrechts anerkannt hat.¹⁶⁵ Abgesehen von inhaltlichen Bedenken birgt die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gefahr, dass schweizerischen Schiedssprüchen Anerkennung und Vollstreckung in Ländern versagt wird, in denen der *ordre public*-Charakter der zentralen kartellrechtlichen Normen anerkannt ist. Kartellrechtsfreie Arbitrage gefährdet die nachhaltige Sicherung des Schiedsstandorts.

G. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

91

Das zivilrechtliche Verfahren ist **unabhängig** vom Verwaltungsverfahren. Während der Arbeiten am Kartellgesetz von 1995 wurde erwogen, der Wettbewerbskommission die alleinige Zuständigkeit zur Entscheidung über die kartellrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen einzuräumen. Hiervon wurde aber Abstand genommen. Der Gesetzgeber hat sich mit einer Konsultationspflicht begnügt. Nach Art. 15 Abs. 1 KG muss das Zivilgericht die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorlegen, wenn in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht.

92

Es ist außerdem hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht viel Aufmerksamkeit der Frage geschenkt wird, unter welchen Voraussetzungen die Wettbewerbskommission die Parteien **auf den Zivilrechtsweg** verweisen kann. Stehen individuelle Rechte im Vordergrund, seien die Zivilgerichte zuständig. Behördliches Tätigwerden setze voraus, dass das öffentliche Interesse am Funktionieren des Wettbewerbs die Verfahrenseröffnung rechtfertigt.¹⁶⁶ Diese Debatte unterstreicht die Tatsache, dass einer der Vorteile der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts in der Abwesenheit von Ermessenserwägungen besteht, die im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Opportunitätsprinzips anzustellen sind.

I. Stand-alone- und Follow-on-Klagen

93

Zivilrechtliche Kartellrechtsklagen können folglich **isoliert oder parallel** zu einem Verwaltungsverfahren durchgeführt werden. Bei *stand alone*-Klagen ergeben sich keine weiteren verfahrensrechtlichen Komplikationen. Der Kläger muss allerdings selber das Beweismaterial recherchieren und vorbringen, das die von ihm geltend gemachten Ansprüche stützt. Der Vorteil einer *follow on*-Klage besteht demgegenüber darin, dass zumindest ein Teil des relevanten Sachverhalts von der Kartellbehörde aufgeklärt wird, die zu diesem Zweck über Hoheitsbefugnisse verfügt.

94

Laufen Verwaltungs- und Zivilverfahren parallel zueinander, wird das Zivilgericht gut daran tun, den Zivilprozess bis zum Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens zu **sistieren**, Art. 126 ZPO. Die Erkenntnisse aus dem Verwaltungsverfahren können dann im Zivilprozess berücksichtigt werden.¹⁶⁷

II. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

95

In Abwesenheit einer entsprechenden Regel geht die hM davon aus, dass kartellbehördliche Entscheidungen **keine formelle Bindungswirkung** für den Zivilprozess haben. Diese Einschätzung wird durch Art. 53 OR gestützt, wonach der Zivilrichter nicht einmal an die Feststellungen eines

¹⁶⁴ BGE 132 III 389.

¹⁶⁵ EuGH 1.6.1999 – C-126/97, Slg. 1999, I-3055 Rn. 37 – Eco Swiss. Zwischen verschiedenen Formen des *ordre public* differenzierend BSK/Weber-Stecher KG Nach Art. 12–17 Rn. 30ff., 103 ff.

¹⁶⁶ BGE 130 II 149 (156f., 160f.); zur Präzisierung der einschlägigen Kriterien s. *Martenet* AJP 2008, 963 (969 ff.).

¹⁶⁷ Zu Verjährungsfragen → Rn. 45 ff.

Strafgerichts gebunden ist.¹⁶⁸ Die Einschätzung ist weitverbreitet, dass von den kartellbehördlichen Entscheidungen aber ein großer faktischer Einfluss ausgeht.¹⁶⁹ Vorschläge, die Bindungswirkung von Behördenentscheidungen gesetzlich anzuordnen,¹⁷⁰ wurden in der Botschaft des Bundesrats aus dem Jahr 2012 nicht aufgegriffen. Eine Bindungswirkung zivilgerichtlicher Entscheide für das Verwaltungsverfahren ist demgegenüber abzulehnen: Ein Verfahren, das der Dispositionsmaxime und dem Verhandlungsgrundsatz unterliegt, bietet keine ausreichende Richtigkeitsgewähr für das Verwaltungsverfahren.¹⁷¹

III. Die Einbeziehung der Kartellbehörde in den Zivilprozess

96

Nach Art. 15 Abs. 1 KG muss das Zivilgericht ein **Gutachten der Wettbewerbskommission** einholen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen ist. Ein gewisser Gleichlauf zwischen Zivilprozess und Verwaltungsverfahren soll hierdurch erreicht werden, auch wenn das Zivilgericht an die Ausführungen im Weko-Gutachten nicht gebunden ist. Die Einzelheiten der Begutachtung wurden in zwei Verwaltungsmitteilungen geregelt.¹⁷² Der Zivilrichter ist nur dann zur Vorlage an die Wettbewerbskommission verpflichtet, wenn die Lösung der kartellrechtlichen Frage nicht auf der Hand liegt. Die Ermittlung des Sachverhalts obliegt dem Zivilgericht. Die Wettbewerbskommission verfasst ein Rechtsgutachten, ohne den Sachverhalt weiter zu erforschen. Legt der Zivilrichter pflichtwidrig nicht vor, ist das Verfahren fehlerhaft, was von den Parteien des Zivilprozesses geltend gemacht werden kann.

97

Gegen den Wortlaut von Art. 15 KG geht die hM davon aus, dass das **Bundesgericht** nicht zur Einholung eines Gutachtens bei der Wettbewerbskommission verpflichtet sei.¹⁷³ Es sei aber zur Konsultation der Wettbewerbskommission nach Art. 47 KG berechtigt.¹⁷⁴ **Schiedsgerichte** sind nach hM ebenfalls nicht zur Konsultation der Wettbewerbskommission verpflichtet.¹⁷⁵ Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht wird von der hM auch für gerichtliche Verfahren über den Erlass **vorsorglicher Maßnahmen** gemacht.¹⁷⁶

98

¹⁶⁸ Vgl. *Rüetschi*, Das Gutachten der Wettbewerbskommission nach Art. 15 Abs. 1 KG, sic! 2008, 871 (873): „Das Ideal der einheitlichen Rechtsanwendung wird nach herkömmlichem Verständnis in der Schweiz durch das Bundesgericht sichergestellt. Gleichzeitig entspricht es der schweizerischen Tradition, dass die Zivilgerichte nicht an die Weisungen anderer Behörden gebunden sind“.

¹⁶⁹ Viele Autoren nehmen aber auch schon nach geltendem Recht eine Bindungswirkung verwaltungsrechtlicher Verfügungen an, s. zB *Bürgi* S. 241 ff.; *Baker&McKenzie/Hahn* KG Art. 12 Rn. 7; *Baker&McKenzie/Schleiffer* KG Art. 15 Rn. 22; *Hangartner* AJP 2006, 43 (49); *Commentaire Romand/Reymond* Vorbem. Art. 12 LCart Rn. 45; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 908.

¹⁷⁰ *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 109 ff.

¹⁷¹ AA *Commentaire Romand/Reymond* Vorbem. Art. 12 LCart Rn. 51 f., der aber Ausnahmen für den Fall unterschiedlicher Sachverhaltsfeststellungen zulässt.

¹⁷² *Wettbewerbskommission*, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, RPW/DPC 1997/4, 593; *Wettbewerbskommission*, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG, RPW/DPC 1998/4, 621.

¹⁷³ *Commentaire Romand/Reymond* LCart Art. 15 Rn. 33 mwN. Die Ausnahme für die höchste Gerichtsstanz in der Schweiz wird damit begründet, dass das Bundesgericht selbst für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zuständig und der Wettbewerbskommission zudem übergeordnet sei. Rechtsvergleichend kann diese Argumentation nicht überzeugen, da die Beispiele des Vereinigten Königreichs und Deutschlands zeigen, dass das Auftreten der Kartellbehörde auch in der höchsten Gerichtsstanz von großer Bedeutung ist.

¹⁷⁴ *Rüetschi*, sic! 2008, 871 (877 f.).

¹⁷⁵ *Baker&McKenzie/Zenhäusern* KG Art. 14 Rn. 20 mwN; aA *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 947 ff.; differenzierend *Commentaire Romand/Reymond* LCart Art. 15 Rn. 141 ff.

¹⁷⁶ *David/Jacobs*, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Rn. 870; zweifelnd der Präsident des Handelsgerichts St. Gallen 26.3.2012, HG.2011.286 – Dusch-WC, unter II.7.b).

Die praktische Bedeutung der Gutachten nach Art. 15 KG ist gering, was angesichts der niedrigen Zahl von Kartellzivilverfahren nicht verwunderlich ist.¹⁷⁷ Eine über die Gutachten hinausgehende *amicus curiae*-Funktion hat die Wettbewerbskommission nicht. Anders als die Kartellbehörden auf EU-Ebene und in Deutschland¹⁷⁸ kann die Wettbewerbskommission sich nicht selber in Zivilprozesse einschalten und ihren Standpunkt dort vorbringen oder die Beweisaufnahme beeinflussen.

IV. Das Verhältnis von Bonusregelung und Zivilprozess

99

Das schweizerische Recht verfügt über ein Kronzeugenprogramm, das **Bonusregelung** genannt wird und seine rechtliche Grundlage direkt im Gesetz hat, Art. 49a Abs. 2 KG. Die Einzelheiten sind in den Art. 8ff. KG-Sanktionsverordnung niedergelegt.¹⁷⁹ Dem ersten Melder kann danach die direkte Sanktion unter bestimmten Voraussetzungen komplett erlassen werden. Unternehmen, die ihre Selbstanzeige später erstatten, können in den Genuss einer Sanktionsminderung bis zu 50 Prozent oder gar 80 Prozent kommen, letzteres aber nur, wenn das Unternehmen Informationen über weitere Wettbewerbsverstöße vorlegt („Bonus Plus“).

100

Bonus-Regelungen sind heute ein wichtiges Instrument von Kartellbehörden geworden, unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen aufzudecken. Der **Anreiz** für die Kartellbeteiligten, das verbotene Verhalten der Wettbewerbskommission gegenüber offenzulegen, schwindet, wenn der Bonusmelder Gefahr läuft, anschließend mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen im In- und Ausland überzogen zu werden („first mover disadvantage“). Die Wettbewerbskommission steuert dem dadurch entgegen, dass sie den Bonusmeldern Vertraulichkeit garantiert. Die Bonusmeldung wird nur im Verwaltungsverfahren verwendet und ist für andere Verfahren nicht zugänglich.¹⁸⁰ Ausnahmsweise kann die Bonusmeldung auch mündlich zu Protokoll gegeben werden. Der Bonusmelder kann dann im Zivilprozess nicht zur Herausgabe eingereicherter Dokumente verpflichtet werden.¹⁸¹

101

Die **Privilegierung des Bonusmelders** im Haftpflichtrecht nach US-amerikanischem Vorbild (zB Kürzung der Schadensersatzansprüche oder Wegfall der gesamtschuldnerischen Haftung) wird diskutiert.¹⁸² Der Gesetzgeber hat entsprechende Vorschläge aber nicht aufgegriffen. In der Tat ist es mit der Systematik des schweizerischen Obligationenrechts schwerlich vereinbar, die Ansprüche des Geschädigten einzuschränken, weil der Schädiger mit einer Behörde kooperiert hat.¹⁸³ Die rechtspolitischen Überlegungen gehen deshalb eher in die Richtung, das Behördenverfahren so auszugestalten, dass die Exponiertheit des Bonusmelders gegenüber Schadensersatzklagen so weit wie möglich reduziert wird.¹⁸⁴

V. Anrechnung des Schadensersatzes auf die Verwaltungssanktionen?

¹⁷⁷ Die Jahresberichte der Wettbewerbskommission weisen für die letzten Jahre jeweils maximal ein Gutachten nach Art. 15 KG aus.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 15 VO 1/2003 und § 90 GWB.

¹⁷⁹ S. o. Fn. 3.

¹⁸⁰ S. näher *Wettbewerbskommission*, Merkblatt Bonusregelung (Selbstanzeige), N. 47 ff. (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html). S. hierzu *Böni*, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter 12.8.2013, Rn. 19 ff.

¹⁸¹ *Wettbewerbskommission*, Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abrufbar unter: www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html. Zur Relativität des Schutzes durch Mündlichkeit s. *Denoth* S. 326: Ein US-amerikanischer Zivilrichter hat die Möglichkeit, die beklagte Partei zur Wiederholung der mündlich abgegebenen Anzeige vor dem amerikanischen Gericht zu verpflichten.

¹⁸² Vgl. *Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, S. 118 f.

¹⁸³ *Böni*, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter 12.8.2013, Rn. 29 ff.

¹⁸⁴ S. *Denoth* S. 336 ff., die in Anlehnung an US-amerikanisches Recht dafür plädiert, den Inhalt von Kronzeugenaussagen so weit wie möglich zu reduzieren und die Angaben des Kronzeugen eher zur Grundlage einer *road map* der Kartellbehörde zu machen.

Sollte es zu einer Bedeutungszunahme des Kartellzivilrechts kommen, wird es in Zukunft häufiger vorkommen, dass ein Unternehmen nicht nur mit einer verwaltungsrechtlichen Sanktion belastet, sondern auch zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet wird. Die Botschaft 2012 zur Revision des Kartellgesetzes befürchtete, dass es hierdurch zu einer „unbilligen Doppelbelastung“ kommen könnte und schlug deshalb vor, dass in solchen Fällen der Schädiger **Erläss bzw. Rückerstattung** der Verwaltungssanktion „in angemessenem Umfang“ erhalten kann.¹⁸⁵ Diesem Vorschlag sollte nicht gefolgt werden. Der Schadensersatzanspruch dient der Kompensation, die verwaltungsrechtliche Sanktion zielt demgegenüber auf Repression und Prävention. Wenn man die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts stärken möchte, sollte man aktive Anstrengungen zur zivilrechtlichen Kompensation der Kartellopfer als mildernden Umstand im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Sanktionen anerkennen. Eine Kofinanzierung des Schadensersatzes durch den Staat überzeugt hingegen nicht.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Bundesrat, Botschaft vom 22.2.2012, BBl. 2012, 3905 (3960 f.).

¹⁸⁶ S. Heinemann, Kartellzivilrecht, S. 137 (148 ff.).