

# Kartellrechtliche Schadenersatzklagen in der Schweiz

**Dr. Nada Ina Pauer**, Wissenschaftliche Referentin, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Arnold Rusch sowie Dr. Mani Reinert, RA, für ihre wertvollen Anregungen zum gegenständlichen Thema. **Prof. Dr. Andreas Heinemann**, ist Professor an der Universität Zürich, Schweiz; er war bis Ende 2022 Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission.

Kartellrechtliche Schadenersatzklagen sind in der Schweiz nahezu inexistent. Durch eine Teilrevision des Kartellgesetzes sollen nun bedeutende Hindernisse beseitigt werden. Zusätzlich soll die derzeit auf negatorische Rechte beschränkte Verbandsklage auf kompensatorische Ansprüche erweitert werden. Allerdings wären weitere Maßnahmen erforderlich, wie z. B. eine Verbesserung des Zugangs zu Beweismitteln. Die Aussichten sind allerdings trüb: So möchte der Gesetzgeber die Anforderungen an das Vorliegen eines Kartells gar auf ein Maß anheben, das OECD-Standards widerspricht. Eine Belebung der Kompensationsaktivitäten und eine Stärkung der Wettbewerbskultur sind so nicht zu erreichen.

- I. Einleitung
- II. Anspruchsvoraussetzungen privater Schadenersatzklagen
  1. Aktivlegitimation
  2. Tatbestandsmerkmale
- III. Reformvorschläge und Reformlücken
  1. Erleichterung von Einzelklagen
  2. Kollektive Rechtsdurchsetzung
- IV. Ausblick

## I. Einleitung

Das Kartellrecht bezweckt die Gewährleistung freien, wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs.<sup>1</sup> Neben der öffentlichen Rechtsdurchsetzung durch die Wettbewerbskommission bietet das schweizerische Kartellgesetz<sup>2</sup> individuell Betroffenen auch die Möglichkeit, zivilrechtliche Schadenersatzklagen zu erheben

(„private enforcement“). Während die private Kartellrechtsverfolgung in der EU in den letzten Jahren eine Aufwertung erfuhr,<sup>3</sup> führt sie in der Schweiz nach wie vor ein Schattendasein.<sup>4</sup> In der Praxis bestehen vor allem prozessuale Hürden wie (i) Beweisschwierigkeiten, (ii) das schwer kalkulierbare Verfahrens- und Kostenrisiko, (iii) die knappe Verjährungsfrist, (iv) der bisher fragliche Umfang der Aktivlegitimation und vor allem (v) eine fehlende Rechtstradition.<sup>5</sup> Eines der zentralen Ziele der derzeit hängigen KG-Teilrevision ist daher die Stärkung des Kartellzivilrechts. Praktische Bedeutung erlangen könnte darüber hinaus die im Parlament hängige ZPO-Revision zum kollektiven Rechtsschutz.<sup>6</sup> Der vorliegende Beitrag soll die Schwierigkeiten aufzeigen, die Schweizer Betroffenen derzeit entstehen, die vorgelegten Verbesserungsvorschläge kritisch durchleuchten sowie weiteren Reformbedarf aufdecken.

## II. Anspruchsvoraussetzungen privater Schadenersatzklagen

Obwohl das Kartellgesetz in den Art. 12 ff. den zivilrechtlichen Weg ausdrücklich vorsieht,<sup>7</sup> standen prozessuale Schwierigkeiten der praktischen Geltendmachung bisher entgegen.<sup>8</sup> Die laufende KG-Teilrevision zielt daher auf eine Stärkung privater Rechtsdurchsetzung im Sinne effektiven Wettbewerbsschutzes.<sup>9</sup> Die zentrale Anspruchsgrundlage ist Art. 12 Abs. 1 KG, der neben Unterlassungs-, Beseitigungs- und Herausgabeansprüchen Schadenersatz nach Maßgabe des Obligationenrechts zuspricht. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf den Schadenersatzanspruch.<sup>10</sup> Dieser zielt häufig darauf ab, den kartellbedingten Preisaufschlag zu liquidieren.<sup>11</sup> Folgende Faktoren sind dafür verantwortlich, dass praktisch kaum von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird.

### 1. Aktivlegitimation

Nach der aktuellen Rechtslage ist gemäß Art. 12 Abs. 1 KG aktivlegitimiert, wer „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird“. Die herrschende Meinung legt dies so aus, dass nur Unternehmen i. S. von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG dazu berechtigt

1 Zurkinder/Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 1. Aufl. 2004, Art. 1, Rn. 2; Weber, in: von Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, 1. Aufl. 2000, S. 31 ff.

2 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) v. 06.10.1995 (Stand am 01.01.2022), SR 251, zit.: „KG“.

3 Siehe die Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (zit. „EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie“), ABl. L 349, S. 1-19.

4 Siehe Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes v. 24.05.2023, BBl 2023, 1463, 4.1.2 (zit. „Botschaft KG-Teilrevision 2023“); Bruch/Zirlick, in: Jusletter 02.03.2020, Rn. 1 ff.

5 Siehe Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 1119; Rusch/Gut, Jusletter 02.06.2014; Picht/Freund, Jusletter 18.06.2018; Picht, in: Portmann/Heiss/Isler/Thouvenin, Gedenschrift für Claire Huguenin, 2019, S. 347 ff.

6 Siehe Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), BBl. 2021, S. 3049. Die Kommission für Rechtsfragen des hier erstberatenden Nationalrats hat ihre Arbeiten unterbrochen und das zuständige Departement beauftragt, weitere Ab-

klärungen vorzunehmen, insb. eine Prüfung möglicher Sicherheitsmaßnahmen zur Verhinderung einer missbräuchlichen Nutzung der Sammelklage-Instrumente sowie eine Validierung der mittlerweile vorliegenden Regulierungsfolgenabschätzung. Siehe parlamentarische Medienmitteilung v. 04.07.2023, <https://fmos.link/20276> (zuletzt abgerufen am 08.07.2023). Der Ausgang der parlamentarischen Beratungen bleibt abzuwarten.

7 Siehe bereits Zäch, in: Zäch, Kartellrecht auf neuer Grundlage, 1. Aufl. 1989, S. 5, 42; Botschaft zum Kartellgesetz von 1995, BBl. 1995 I 468, 587 ff.; CR-Reymond, Art. 12-17, LCart N. 12, in: Martenet/Bovet/Tercier, Droit de la Concurrence, Commentaire Romand, 2. Aufl. 2013, 2.A. (zit.: CR-Verfasser).

8 Siehe Rusch/Gut, Jusletter 02.06.2014, Rn. 11.

9 Vgl. Botschaft KG-Teilrevision 2023, 4.1.2.

10 Neben den im Haupttext genannten weiteren Ansprüchen kommen ansonsten auch vertragliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche in Betracht. Zudem wird in der KG-Teilrevision vorgeschlagen, einen Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Art. 12 KG aufzunehmen.

11 Vgl. Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 73; Lübbig, Anmerkungen zu EuGH, 13.07.2006, C-295/04, EuZW 2006, 536 f.

sind, kartellrechtlichen Schadenersatz geltend zu machen, da nur sie am Wettbewerb teilnehmen und folglich an der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs gehindert werden können. Bei Konsumenten ist dies hingegen nicht der Fall, sodass sie keine kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche geltend machen können.<sup>12</sup> Teilweise wird zwar die Auffassung vertreten, dass sich die Aktivlegitimation der Konsumenten aus allgemeinem Zivilrecht, nämlich Art. 41 Abs. 1 OR, ergebe.<sup>13</sup> Dieser Weg kann aber nicht als gesichert gelten und ist deshalb kaum eine tragfähige Grundlage für den Ausbau des Kartellzivilrechts.

Vollkommen zu Recht wird in der Teilrevision deshalb vorgeschlagen, Art. 12 KG zu ändern und die restriktive Fassung der Aktivlegitimation zu beenden. Nach diesem Vorschlag soll kartellzivilrechtliche Ansprüche haben, wer „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird“. Dies können auch Konsumenten sein. Eine Schadensabwälzung auf nachgelagerte Marktstufen ist für Verbraucher nicht mehr möglich, sie tragen die Preiserhöhung unmittelbar. Eine Neufassung von Art. 12 KG würde auch die Schadenersatzansprüche der öffentlichen Hand, etwa als Auftraggeberin, auf eine solidere Grundlage stellen.<sup>14</sup> Die Zuerkennung der Aktivlegitimation an alle Marktstufen ist allerdings lediglich eine notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung, um das Kartellzivilrecht zu stärken. Um dem Problem des geringen individuellen Anreizes zur Verfolgung von Streuschäden entgegenzuwirken, wären Instrumente zur kollektiven Rechtswahrnehmung einzuführen bzw. zu stärken.<sup>15</sup>

## 2. Tatbestandsmerkmale

Nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen sind Widerrechtlichkeit und Schaden, ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen beidem sowie Verschulden erforderlich. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich aus dem Verstoß gegen Art. 5 bzw. 7 KG, also gegen die Vorschriften über unzulässige Wettbewerbsabreden und den Missbrauch absoluter und relativer Marktmacht. Die Höhe des Schadens sowie die Kausalität hat der Geschädigte zu beweisen, wobei das Gericht nach Art. 42 Abs. 2 OR den Schaden schätzen kann. An diese Möglichkeit werden allerdings hohe Anforderungen gestellt, sodass in der Praxis beim Thema Schadensschätzung Zurückhaltung besteht.<sup>16</sup> Für das von Art. 41 OR vorausgesetzte Verschulden reicht leichte Fahrlässigkeit aus, die bei kartellrechtswidrigem Verhalten in aller Regel vorliegen wird. Ein Unrechtsbewusstsein spielt für die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit keine Rolle.<sup>17</sup> Mitglieder eines Kartells haften den Geschädigten als Solidarschuldner; Kläger können daher den gesamten durch das Kartell verursachten Schaden von jedem Kartellanten ersetzt verlangen.<sup>18</sup> Die Verjährungsfrist für deliktsrechtliche Ansprüche beträgt gemäß Art. 60 OR (relativ) drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger und (absolut) zehn Jahre seit Ende des schädigenden Verhaltens.

<sup>12</sup> Siehe statt aller Botschaft KG-Teilrevision 2023, 4.1.2.

<sup>13</sup> In dem Sinne Stoffel, in: Zäch, Das neue schweizerische Kartellgesetz, 1. Aufl. 1996, S. 87 ff., 102; Wiget, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, 1. Aufl. 2006, S. 307 ff.

<sup>14</sup> Siehe Botschaft KG-Teilrevision 2023, 4.1.2 und S. 39.

<sup>15</sup> Siehe noch unter III.2.a).

<sup>16</sup> BSK OR I-Kessler, Art. 42 N 10b OR, in: Widmer-Lüchinger/Oser, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020.

<sup>17</sup> Vgl. Fellmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 1. Aufl. 2015, 198 N 37; Rusch/Gut, Jusletter 02.06.2014, Rn. 9.

Obleich die Tatbestandsmerkmale eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs schnell aufgezählt sind, fällt ihr Nachweis in der Praxis schwer. Dies betrifft insbesondere die Bestimmung des Schadens und den Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Wettbewerbsverstoß und Schaden. Erleichterungen bei der Beweisführung sind deshalb geboten. Die Einzelheiten werden im Folgenden analysiert.

## III. Reformvorschläge und Reformlücken

Der Vorschlag zur Teilrevision des Kartellgesetzes stellt zu Recht Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Kartellzivilrechts fest.<sup>19</sup> Er enthält auch zwei wichtige Elemente für eine tatsächliche Verbesserung. Neben dem bereits erwähnten Ausbau der Aktivlegitimation ist dies die Einführung einer Verjährungshemmung für die Dauer des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss. Von den weiteren Vorschlägen sind zwei zwar positiv zu werten, aber eher klarstellender Natur, nämlich die Einführung eines Anspruchs auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung (der schon jetzt auf der Grundlage allgemeiner Grundsätze bejaht werden sollte) und die Streichung bzw. Anpassung obsoleter Regeln. Dies betrifft Art. 12 Abs. 3 KG und Art. 13 lit. a KG. Schließlich enthält die Vorlage sogar eine kontraproduktive Maßnahme: Schadenersatzzahlungen sollen selbst dann bußgeldmindernd angerechnet werden, wenn sie in einem späten Stadium erfolgen. Hierdurch wird ein Anreiz zur Verschleppung von Schadenersatzzahlungen gesetzt.

Noch schwerer wiegen allerdings die Auslassungen: So sieht der Vorschlag weder Verbesserungen bei der Beweisführung noch eine Absenkung des Prozesskostenrisikos vor. Es wurde auch darauf verzichtet, eine Bindungswirkung kartellverwaltungsrechtlicher Entscheide für das Zivilverfahren anzuordnen. Die wichtigsten Punkte sollen im Folgenden diskutiert werden, wobei zunächst auf Einzelklagen einzugehen ist (1.), bevor der Bedarf nach kollektiver Rechtsdurchsetzung erörtert wird (2.).

### 1. Erleichterung von Einzelklagen

#### a) Verjährung

Die allgemeine Revision des Verjährungsrechts hat im Jahr 2020 die relative Verjährungsfrist von einem auf drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verlängert.<sup>20</sup> Dies ist gerade auch für die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche von größter Bedeutung und als wichtiger Fortschritt zu werten, wenn auch drei Jahre im Vergleich zur Fünf-Jahres-Frist in der EU immer noch knapp bemessen sind.<sup>21</sup> Es stellt sich in der Praxis aber weiterhin das Problem, wann der Lauf der Verjährung konkret beginnt. Nicht entscheidend sind die bisweilen genannten Zeitpunkte der öffentlichen Bekanntgabe der verwaltungsbehördlichen Untersuchungseröffnung (Art. 28 KG), der Pressemitteilung über einen kartellbehördlichen Entscheid, der Veröffentlichung der WEKO-Verfügung oder des Moments, in dem potentiell Geschädigten Einsicht in die Verfahrensunterlagen gewährt

<sup>18</sup> Art. 143 Abs. 2 OR i. V. mit Art. 50 Abs. 1 OR; siehe Fort, Zivilrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 69. Unberührt davon bleibt ein Regress im Innenverhältnis, der im richterlichen Ermessen liegt (Art. 50 Abs. 2 OR). Für die EU siehe Art. 11 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

<sup>19</sup> Zu den folgenden Punkten siehe Botschaft KG-Teilrevision 2023, 4.1.2.

<sup>20</sup> Revision des Verjährungsrechts vom 15.06.2018, BBl. 2018, S. 3537 ff. (in Kraft seit 01.01.2020).

<sup>21</sup> Siehe Art. 10 und ErwGr. 36 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie. So hatte man etwa in Deutschland und Österreich die dreijährige Frist auf fünf Jahre zu verlängern.

wird. Entscheidend ist der allgemeine Grundsatz, dass die relative Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt, wenn der Schaden sowohl quantitativ als auch qualitativ so weit konkretisiert ist, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.<sup>22</sup> Angesichts der Komplexität kartellrechtlicher Schadenersatzforderungen sollte dieser Zeitpunkt nicht zu früh angesetzt werden. Insbesondere muss genügend Zeit zur Verfügung stehen, um belastendes Beweismaterial beizubringen und ggf. ökonomische Gutachten zur Schadensschätzung erstellen zu lassen.<sup>23</sup>

Zur Reduzierung der verjährungsrechtlichen Fallstricke ist es sehr zu begrüßen, dass durch die KG-Teilrevision in Art. 12a nKG<sup>24</sup> eine bisher fehlende Regel zur Hemmung der Verjährung eingeführt werden soll. Hiernach beginnt die Verjährung von Forderungen aus unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht bzw. steht sie still, sobald eine behördliche Untersuchung eröffnet wurde. Erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens läuft die Verjährung (wieder) an. Hierdurch wird verhindert, dass Schadenersatzansprüche nach längeren verwaltungsrechtlichen Verfahren bereits verjährt sein können.<sup>25</sup>

Allerdings erscheint die Vorschrift zu restriktiv formuliert zu sein, was die Bestimmung der untersuchenden Behörde betrifft. Der Vorschlag in Art. 12a Abs. 1 nKG bezieht sich ausweislich der Botschaft<sup>26</sup> auf ein Kartellverfahren der schweizerischen Behörden und Gerichte. Art. 12a Abs. 2 nKG erweitert dies auf Verwaltungsverfahren der Europäischen Kommission, allerdings nur im Anwendungsbereich des bilateralen Luftverkehrsabkommens. Nun sind aber durchaus Verfahren vorstellbar, ja gang und gäbe, in denen ausländische Kartellbehörden, z. B. die Europäische Kommission, mögliche Kartellverstöße untersuchen, die auch Auswirkungen in der Schweiz haben, während die WEKO im Sinne internationaler Arbeitsteilung auf ein eigenes Verfahren verzichtet.<sup>27</sup> Soweit die untersuchten Kartellverstöße auch Schäden in der Schweiz verursachen, ist nach Art. 137 Abs. 1 IPRG<sup>28</sup> schweizerisches Recht anwendbar. Die Verjährungshemmung nach Art. 12a nKG würde in einer solchen Konstellation nicht greifen, da das Verfahren ja von einer ausländischen Kartellbehörde geführt wird und das Luftverkehrsabkommen nur einen Spezialfall abdeckt. Art. 12a Abs. 1 nKG sollte deshalb mindestens so erweitert werden, dass auch Kartellverwaltungsverfahren von Behörden, mit deren Jurisdiktionen die Schweiz ein wettbewerbsrechtliches Kooperationsabkommen unterhält (d. h. die Europäische Union und demnächst Deutschland) zur Hemmung der Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche nach schweizerischem Recht führen. Besser noch wäre es, die Regelung auf alle Mitgliedstaaten der EU und des EWR zu erweitern. Ansonsten droht die Gefahr, dass Schweizer Kläger sich Gerichtsstände im Ausland suchen, von denen sie sich die Anknüpfung an ein anderes Recht und ein günstigeres Verjährungsregime erhoffen. Dies würde den Gerichtsstand Schweiz unattraktiver machen.

## b) Beweiserleichterungen

22 Siehe Schnyder/Portmann/Müller-Chen, Ausservertragliches Haftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 554.

23 Siehe auch die Kriterien in Art. 10 Abs. 2 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

24 Mit „nKG“ wird das neue Kartellgesetz nach Annahme des Vorschlags einer KG-Teilrevision bezeichnet.

25 Vgl. bereits die Botschaft zur (gescheiterten) KG-Revision von 2012, BBl. 2012, S. 3905, 3929.

26 Botschaft KG-Teilrevision 2023, S. 23, 40.

27 Die Verfahren gegen die großen Plattformunternehmen sind nur ein Beispiel hierfür. Vgl. Heinemann, ZWeR 2022, 308, 312 ff.

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

Kartellschadenersatzklagen können entweder als *follow-on*- oder *stand-alone*-Klagen geführt werden. Im ersteren Fall bauen sie auf einem vorangegangenen Verwaltungsverfahren auf, im zweiten Fall kommen sie ohne dieses Fundament aus. Für die *follow-on*-Klagen ist es essentiell, dass das Zivilgericht der Feststellung eines Kartellrechtsverstosses durch Behörden und Gerichte im Verwaltungsverfahren folgen wird, sich die Geschädigten also hierauf verlassen können. In der EU ist dieser Zusammenhang formalisiert worden. Liegt eine bestandskräftige Feststellung eines Wettbewerbsverstosses durch die Europäische Kommission, die nationalen Wettbewerbsbehörden oder durch die jeweiligen Gerichte im Rechtsmittelverfahren vor, gilt dies für die Zwecke des Kartellzivilverfahrens entweder als unwiderlegbare Feststellung eines Kartellrechtsverstosses oder aber, soweit es um bestandskräftige Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten geht, zumindest als Anscheinsbeweis.<sup>29</sup> Das schweizerische Kartellrecht kennt keine ausdrückliche Bindungswirkung.<sup>30</sup> Es wird allerdings davon ausgegangen, dass eine starke faktische Bindungswirkung existiert.<sup>31</sup> Dennoch ist bedauerlich, dass die KG-Teilrevision auf die ausdrückliche Anordnung einer Bindungswirkung verzichtet. Rechtskulturelle Umstände mögen hier im Hintergrund stehen: Nach Art. 53 OR ist das Zivilgericht auch nicht an strafgerichtliche Feststellungen gebunden.

*Stand-alone*-Verfahren sind deutlich seltener.<sup>32</sup> Hier ist der Geschädigte auf sich allein gestellt, um alle Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen (Art. 8 ZGB). Zwar hat das Zivilgericht nach Art. 15 KG ein Gutachten der WEKO einzuholen, um die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Das befreit den Geschädigten aber nicht davon, das hierfür erforderliche Tatsachenmaterial in den Zivilprozess einzubringen. Oft werden sich die einschlägigen Unterlagen jedoch in den Händen der anderen Seite oder von Dritten befinden. Art. 5 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie räumt den Zivilgerichten daher die Möglichkeit ein, die Offenlegung von Beweismitteln anzuordnen. Voraussetzung ist, dass der Kläger die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel benennt und hiermit seine Ansprüche zumindest plausibel macht. „*Fishing expeditions*“ werden durch diese Anforderungen ausgeschlossen. Auch ist es durchaus möglich, die Geschäftsgeheimnisse angemessen zu schützen.<sup>33</sup> Es gehört zum Minimalprogramm der Kartellgesetzrevision, den Zugang zu den einschlägigen Beweismitteln zu verbessern, möchte man *stand-alone*-Klagen stärken. Der schweizerische Gesetzgeber wäre also gut beraten, hier nachzurüsten.

## c) Vermutungen der Betroffenheit und des Schadens

Neben der Feststellung der Kartellbetroffenheit ist die Ermittlung der konkreten Schadensfolge in der Praxis der schwierigste Prozessabschnitt für Kläger. Im schweizerischen Recht bestehen derzeit weder für das Entstehen eines Schadens der Kartellabnehmer noch für dessen Höhe Vermutungstatbestände. Nach allgemeinem Schadenersatzrecht ist grundsätzlich die klagende

29 Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003; Art. 9 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie.

30 WEKO, RPW 1997/4, S. 593 ff., 596, Rn. 20; Picht/Freund, Jusletter 18.06.2018, Rn. 19.

31 Vgl. Heinemann, in: Zäch/Weber/Heinemann, Revision des Kartellgesetzes, 1. Aufl. 2012, S. 155; Picht/Freund, Jusletter 18.06.2018, Rn. 19.

32 Eine Studie aus der EU ergab, dass von 299 ausgewerteten Fällen nur 2 % *stand-alone* Verfahren betrafen. Siehe Laborde, Concurrences N° 3-2021, Art. N° 102086, 232, Rn. 20.

33 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, ABl. 2020, C 242/1.

Partei hierfür beweispflichtig.<sup>34</sup> Die Schadenshöhe ist nach zivilprozessrechtlichen Normen durch das Gericht zu eruieren, während Art. 42 Abs. 2 OR subsidiär die Möglichkeit der Schadensschätzung vorsieht. In der Praxis ist regelmäßig ökonomische Expertise erforderlich, die dann die Prozesskosten und damit das Prozessrisiko für die Parteien erhöht.<sup>35</sup> In der EU wird gemäß Art. 17 Abs. 2 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie „*vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen*“. Die größten Probleme entstehen dann aber bei der Quantifizierung des Schadens. Die Kommissionsmitteilung zur Berechnung des Schadens umfasst 79 Seiten, was bereits rein performativ die Komplexität der Schadensberechnung deutlich macht.<sup>36</sup> Hinsichtlich der Schadenshöhe ergeben Untersuchungen zumindest prozentuale Anhaltspunkte.<sup>37</sup> Einige Länder haben hierauf aufgebaut: So sehen etwa Ungarn und Lettland eine widerlegliche Vermutung einer kartellbedingten Preiserhöhung von 10 % und Rumänien von 20 % vor.<sup>38</sup> Das entspricht den Schätzungen der OECD, die von Preisaufschlägen von 10 bis 20 % infolge von Submissionsabreden ausgeht.<sup>39</sup>

Vorgeschlagen sei vor diesem Hintergrund, eine entsprechende Vermutung in das schweizerische Recht aufzunehmen und den Wert für harte Kartelle auf 15 % festzulegen. Gleichzeitig sei privaten und öffentlichen Auftraggebern empfohlen, vertragliche Regelungen zur Schadenspauschalierung in gleicher Höhe zu treffen.<sup>40</sup> Das Prozessrisiko könnte hierdurch entscheidend vermindert werden.

#### d) Anrechnung des Bußgelds auf den Schadenersatz

Nach Art. 18 Abs. 3 EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie und Art. 14 Abs. 2 ECN+-Richtlinie<sup>41</sup> kann eine Wettbewerbsbehörde eine Schadenersatzzahlung, die im Wege des Vergleichs vor Verhängung einer Geldbuße geleistet wird, bußgeldmindernd berücksichtigen. Dahinter steckt der Wunsch, die Lösung der komplexen Kartellschadenersatzfälle durch Vergleich zu fördern. Die Aussicht auf Bußgeldminderung soll einen Anreiz bilden, eine Einigung mit den Geschädigten noch vor Abschluss des erstinstanzlichen kartellbehördlichen Verfahrens zu erzielen. Ganz in diesem Sinn hat auch die WEKO im Jahr 2019 als eine der ersten Kartellbehörden in Europa die direkte Sanktion gegen die Kartellbeteiligten im Fall „Bauleistungen Graubünden“ reduziert, weil die Kartellbeteiligten noch während des kartellbehördlichen Verfahrens Schadenersatz an die Opfer leisteten.<sup>42</sup> Die WEKO legte Wert auf die Feststellung, dass Kompensationsleistungen dann berücksichtigt werden, wenn sie bereits vor der WEKO-Entscheidung „hinreichend konkret und bestimmt sowie gesichert vorliegen“.<sup>43</sup>

34 Siehe bereits oben II.B.

35 Thiede/Klumpe, in: Bier/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 1. Aufl. 2021, Kap. 4, Rn. 179.

36 Mitteilung der Europäischen Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV, ABl. 2013/C 167/07.

37 Vgl. Inders/Thomas (Fn. 11), S. 96 ff.; Laborde, Concurrences N° 3-2021, Art. N° 102086, 232, Rn. 23-25; Thiede, Kluwer Competition Law Blog, 07.06.2021.

38 Komm., Staff Working Document on the Implementation of Directive 2014/104/EU, SWD(2020) 338 final vom 14.12.2020, S. 9.

39 OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, DAFFE/COMP, 2002, S. 7-9.

40 Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2021, KZR 63/18, WuW 2021, 355 – Schienenkartell VI (siehe hierzu Hauser/Kramer, WuW 2021, 361; Hornkohl, WuW 2021, 499): Vor dem Hintergrund einschlägiger empirischer Studien sind im deutschen Recht vertragliche, widerlegliche Schadenspauschalierungen in AGB i. H. von 15 % der tatsächlich gezahlten Auftragssumme jedenfalls in Bezug auf Submissionsabsprachen wirksam.

Der Vorschlag einer KG-Teilrevision möchte die Möglichkeit der Anrechnung des Bußgelds auf die Schadenersatzzahlung nun ausdrücklich in das Gesetz aufnehmen. Nach Art. 49a Abs. 5 nKG wird Freiwilligkeit der Leistung vorausgesetzt. Das ist ein Fortschritt im Vergleich zur (gescheiterten) KG-Revision von 2012, die eine Reduktion sogar dann zusprach, wenn das fehlbare Unternehmen rechtskräftig zur Leistung von Schadenersatz verurteilt worden war, sich also u. U. bis zur letzten Instanz gegen die Zahlung von Schadenersatz gesperrt hatte. Diese Regelung setzte keinerlei Anreize, aktiv auf Kartellbetroffene zuzugehen. Das Freiwilligkeitserfordernis in der aktuellen KG-Teilrevision setzt demgegenüber bessere Anreize, wobei kritisch zu sehen ist, dass eine Schadenersatzzahlung im Rechtsmittelverfahren ausreichen soll. Eine zeitnahe Entschädigung der Opfer wird so verzögert, was angesichts langer Rechtsmittelverfahren ein nicht hinnehmbarer Nachteil ist. Die Regelung sollte entsprechend angepasst, nämlich an die WEKO-Praxis und die genannten Vorschriften der EU angeglichen werden.

#### e) Fazit

Die Hürden für Einzelklagen liegen derzeit zu hoch. Der Vorschlag einer KG-Teilrevision enthält zwar Verbesserungen, diese reichen aber bei weitem nicht aus, um bessere Klageanreize zu schaffen. So ist der Zugang zu Beweismaterial zu verbessern und eine Vermutung für Entstehung und Höhe des Schadens einzuführen. Hilfreich wären auch eine Verlängerung der Verjährungsfrist sowie die formelle Bindung der Zivilgerichte an den Ausgang des Verwaltungsverfahrens. Die teilweise Anrechnung des freiwillig gezahlten Schadenersatzes auf die verwaltungsrechtliche Sanktion ist zu begrüßen, zumal die Schweiz hier eine Vorreiterrolle einnimmt. Allerdings stärkt der aktuelle Vorschlag nicht die Anreize für eine rasche zivilrechtliche Kompensation, etwa durch Vergleich. Dieser Weg wäre allerdings ein wichtiges Element, um das Kartellzivilrecht effektiv zu stärken.<sup>44</sup>

## 2. Kollektive Rechtsdurchsetzung

Aufgrund der Diskrepanz zwischen Schadenshöhe und Prozessrisiken bei kartellbedingten Streuschäden ist die Diskussion um kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz und der EU wieder aufgelebt.<sup>45</sup> Entscheidungen zu Modalitäten der zivilen Rechtsdurchsetzung obliegen in der EU den Mitgliedstaaten, deren Grundsätze man auf europäischer Ebene mit der EU-Verbandsklagen-Richtlinie erleichtern und vereinheitlichen möchte.<sup>46</sup> Be-

41 Richtlinie 2019/1 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (zit. „ECN+-Richtlinie“), ABl. 2019 L 11/3.

42 WEKO, 19.08.2019, RPW 2020/4a, 1721 – Bauleistungen Graubünden, insb. Rn. 595 ff.

43 Ibid., Rn. 595. Im konkreten Fall wurden die Schadenersatzzahlungen i. H. von 50 % auf die direkte Sanktion angerechnet. Zu den Hintergründen siehe Bruch/Zirlick, Jusletter 02.03.2020, Rn. 15 ff.

44 Zur schiedsgerichtlichen Erledigung einschlägiger Streitigkeiten siehe umfassend Marciano, Kartellzivilrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, sic! 2023, S. 145 ff.; zur Popularität des kartellzivilrechtlichen Vergleichs im Vereinigten Königreich siehe Laborde, Concurrences N° 3-2021, Art. N° 102086, 232, Rn. 18.

45 Zur Revision der Schweizerischen ZPO im Hinblick auf Verbandsklage und kollektiven Vergleich siehe bereits oben Fn. 6; für die EU: Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849; Schuschnigg, EuZW 2022, 1043; Weber/van Boom, VUR 2017, 290 ff.

46 Siehe Richtlinie 2020/1828/EU v. 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, ABl. 2020 L 409/1 (zit. „EU-Verbandsklagen-Richtlinie“).

reits zuvor wurde in Belgien und Frankreich eine sog. „Gruppenklage“ eingeführt,<sup>47</sup> während man sich in Deutschland nach kritischer Diskussion vorerst auf die „Musterfeststellungsklage“ einigte.<sup>48</sup> In den Niederlanden wurde demgegenüber ein Gesetz für ein institutionalisiertes System von Sammelklagen erlassen,<sup>49</sup> das auch in der geplanten Reform der schweizerischen Zivilprozessordnung Beachtung fand.<sup>50</sup> Im Folgenden sollen die neuen Instrumente vorgestellt werden, um sie anschließend auf ihre Brauchbarkeit für die Schweiz zu untersuchen.<sup>51</sup>

### a) Die EU-Verbandsklagen-Richtlinie

Kern der EU-Verbandsklagen-Richtlinie ist die Institutionalisierung sog. „qualifizierter Einrichtungen“ zur Durchsetzung von Verbraucherinteressen.<sup>52</sup> Diese sollen das Recht haben, Klagen auf Unterlassung, Reparatur, Schadenersatz, Preisminderung oder Erstattung und Vertragsauflösung bei Verstößen durch Unternehmen gegen die in Anhang I der Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu erheben.<sup>53</sup> Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung Spielräume: So können sie bestehende Instrumente beibehalten, solange zumindest eine Verfahrensart den Vorgaben der Richtlinie entspricht.<sup>54</sup> In den meisten Rechtsordnungen bestehen bereits einschlägige Instrumente, deren Effektivität allerdings teils kritisiert wurde.<sup>55</sup> Mitgliedstaaten können abweichend von der Richtlinie strengere, aber auch weniger strenge Kriterien aufstellen. Insofern wurde es den Mitgliedstaaten freigestellt, sich für ein *opt-in*- oder ein *opt-out*-Modell zu entscheiden.<sup>56</sup> Zentral ist die Frage der Finanzierung des jeweiligen Rechtsstreits: Da Verbandsklagen nur von qualifizierten Einrichtungen erhoben werden können, haben diese primär für die Kosten des Rechtsstreits aufzukommen.<sup>57</sup>

Für den vorliegenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der sachliche Anwendungsbereich der EU-Verbandsklagen-Richtlinie (Art. 2 i. V. mit Anhang I der Richtlinie) das Kartellrecht nicht umfasst. Hier bleibt es also bei der bloßen Empfehlung zu gemeinsamen Grundsätzen von Kollektivklagen, in der die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten die Einführung von Kollektivklagen nach dem *opt in*-Prinzip nahelegt.<sup>58</sup>

### b) Die Modelle in den Niederlanden und in Deutschland

47 Vgl. Solidoro/Walle, in: Parcu/Monti/Botta, Private Enforcement of EU Competition Law: The Impact of the Damages Directive, 1. Aufl. 2018, S. 118, 175.

48 Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BGBl. 2018 I, S. 1151.

49 Weber/van Boom, VUR 2017, 290, 294.

50 Siehe Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung, 02.03.2018, S. 24.

51 Zur Rechtslage vor der EU-Verbandsklagen-Richtlinie vgl. Parcu/Monti/Botta (Fn. 47).

52 Art. 1 und 4 EU-Verbandsklagen-Richtlinie.

53 Art. 7–9 EU-Verbandsklagen-Richtlinie. Dessen Anh. 1 umfasst primär verbraucher-spezifische Rechtsakte, mit dem Ziel der Gewährleistung fairen Wettbewerbs vgl. ErwGr. 2 und 7.

54 Vgl. Schuschnigg, EuZW 2022, 1043, 1045; Art. 1 Abs. 2 EU-Verbandsklagen-Richtlinie.

55 Siehe bspw. Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849, 851, 870 zur Musterfeststellungsklage.

56 Siehe ErwGr. 43 EU-Verbandsklagen-Richtlinie. Dazu Schuschnigg, EuZW 2022, 1043, 1046. Vorrangig gewählt wurde in der EU bisher das *opt-in* Modell, wonach Betroffene ausdrücklich ihren Verfahrensanschluss erklären müssen.

57 Siehe auch Art. 10 und 12 EU-Verbandsklagen-Richtlinie; erläuternd Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849, 862.

58 Europäische Kommission, Empfehlung v. 11.06.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. 2013, L 201/60.

59 „Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie“ (WAMCA) v. 20.03.2019, Staatsblad op 01.04.2019 Nr. 130.

60 Es gilt das *opt-in* Modell. Die Neuregelung ist auf alle Schadensereignisse ab dem 15.11.2016 anwendbar.

In den Niederlanden besteht seit 2019 ein Gesetz, das die wettbewerbsrechtliche Rechtsdurchsetzung mittels Sammelklage durch bestimmte Vertreterorganisationen ermöglicht.<sup>59</sup> Hiernach können gesetzlich zugelassene Interessenverbände Geschädigte bei der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen vertreten, sofern ein hinreichend enger Bezug zu den Niederlanden existiert.<sup>60</sup> Mit diesem Erfordernis soll *forum shopping* durch Schadenersatzkläger verhindert werden. Das Gesetz erweitert die vorherige Rechtslage insofern, als Vertreterorganisationen bevollmächtigt werden, direkt Schadenersatz für die Betroffenen zu fordern. Die Anforderungen, um als Vertreterorganisation vor Gericht auftreten zu können, wurden jedoch verschärft.<sup>61</sup> Die Restitution erfolgt direkt und ohne weitere Verfahren an die Betroffenen. Die Vertreterorganisation hat einen Entschädigungsplan für sämtliche Gruppenmitglieder zu erstellen, die ihr Begehren schlüssig vorgetragen haben.<sup>62</sup>

In Deutschland ist die Bündelung individueller Schadenersatzansprüche im Wege der Abtretung möglich. Zudem hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz einem „Sammelklage-Inkasso“ im Grundsatz nicht entgegensteht.<sup>63</sup> Das genannte Gesetz birgt aber dennoch rechtliche Risiken für Abtretungslösungen.<sup>64</sup> Zur Vermeidung damit zusammenhängender Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber deshalb in der Folge des „Dieselskandals“ und nach langer Diskussion die sog. Musterfeststellungsklage eingeführt.<sup>65</sup> Mit dieser werden qualifizierte Einrichtungen<sup>66</sup> legitimiert, für mindestens zehn nachweislich Betroffene ein schadenersatzrechtliches Feststellungsverfahren anzustrengen.<sup>67</sup> Das Ziel besteht darin, das Bestehen inhaltlich gleichwertiger Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmen gerichtlich bindend zu klären.<sup>68</sup> Vorrangig ist bereits im Feststellungsverfahren eine einvernehmliche Lösung der Parteien anzustreben.<sup>69</sup> Das sog. Grundurteil ist auf die haftungsbegründende Kausalität beschränkt. Das Verfahren gewährt daher, außer im Fall eines für alle Parteien bindenden Vergleichs, den Betroffenen noch keinen Schadenersatzspruch.<sup>70</sup> Hierfür sind anschließend individuelle Leistungsklagen notwendig, was sich vor allem im Kartellrecht als impraktikabel erweist.<sup>71</sup> Die Minderung des Prozesskostenrisikos zur Durchsetzung des Feststellungsurteils<sup>72</sup> führt in der

61 Vgl. Weber/van Boom, VUR 2017, 290, 294. Die Einrichtung muss für geschädigte Gruppen repräsentativ sein, interne Strukturen für die Gewährung rechtlichen Gehörs aufweisen und über Aufsichtsorgane verfügen.

62 Weber/van Boom, VUR 2017, 290, 295.

63 BGH, Urt. v. 13.07.2021, II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = WuW 2021, 590.

64 In Bezug auf das Kartellzivilrecht siehe Stratmann, Die Unzulässigkeit des Abtretungsmodells, 15.05.2023, WUW1437627.

65 BGBl. 2018 I, S. 1151. Zuvor gab es nur die Verbandsklage, mit der keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden konnten. Eingehend: Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849, 851, 870.

66 Zu den qualifizierten Einrichtungen i. S. von § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO zählen gemäß § 4 UKlaG insb. Verbraucherverbände.

67 §§ 606–614d ZPO.

68 Die Musterklage wird in einem Klageregister veröffentlicht, in das sich weitere Betroffene bis vor dem ersten Termin verjährungshemmend eintragen lassen können.

69 Der Vergleich erfordert den Konsens von mindestens 30 % aller Anmelder (§ 611 Abs. 5 ZPO). Zu den Wirkungen Augenhöfer, in: BeckOK ZPO, 48. Ed. Stand: 01.12.2022, ZPO § 611 Rn. 17–19.

70 Röhthemeyer, Musterfeststellungsklagen, 1. Aufl. 2022, S. 14; kritisch dazu: ders., VuR 2019, 87.

71 Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849, 851, 870; Schuschnigg EuZW 2022, 1043, 1045; Meller-Hannich, Gutachten A 72, DJT 2018, S. 74 ff.; Krus, ZIP 2019, 393, 397; Öchsler, Skript zum Europäischen Kartellrecht, 2. Aufl. 2023, S. 157, abrufbar unter <https://fmos.link/20277> (zuletzt abgerufen am 08.07.2023).

72 Das Musterfeststellungsurteil entfaltet Bindungswirkung für Folgeprozesse.

Praxis nicht, wie erhofft, zu mehr Leistungsurteilen.<sup>73</sup> Insofern wird diskutiert, die Musterfeststellungsklage durch die neue Verbandsklage mit der Möglichkeit direkter Abhilfe zu ersetzen.<sup>74</sup>

### c) Reformpläne in der Schweiz

In der Schweiz ist eine ZPO-Revision zum kollektiven Rechtsschutz im Stadium der parlamentarischen Beratungen.<sup>75</sup> Die bestehende Verbandsklage in Art. 89 ZPO soll ausgebaut werden: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche sollen nicht mehr vom Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung abhängen. Zusätzlich sollen Verbände nach den Art. 307b ff. E-ZPO das Recht erhalten, Ersatzansprüche in Prozessstandschaft geltend zu machen, also fremde Rechte in eigenem Namen einzufordern. Der sachliche Geltungsbereich ist denkbar weit: Im Gegensatz zur EU-Verbandsklage würde die schweizerische Verbandsklage auch kartellzivilrechtliche Schadenersatzansprüche umfassen.

Gleichzeitig werden nach dem vorliegenden Entwurf die Anforderungen an die berechtigten Verbände und Organisationen verschärft: Sie sind nur dann zur kollektiven Geltendmachung berechtigt, wenn sie (i) nicht gewinnorientiert sind, (ii) im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits zwölf Monate bestehen, (iii) statutarisch oder satzungsgemäß zur Wahrung der Rechte und Interessen der betreffenden Personengruppe befugt und (iv) von der beklagten Partei unabhängig sind.<sup>76</sup> Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist nach Art. 307b E-ZPO außerdem erforderlich, dass der Verband von mindestens zehn Betroffenen schriftlich zur Prozessführung ermächtigt wurde, und dass deren Ansprüche auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen. Wie die meisten europäischen Kollektivinstrumente folgt die Verbandsklage dem *opt-in* Modell. Für den Abschluss durch Vergleich innerhalb und außerhalb einer Verbandsklage stehen besondere Regeln zur Verfügung. Es ist gerade auch aus der kartellzivilrechtlichen Perspektive zu hoffen, dass der Reformanlauf gelingen wird. Häufig führen Kartelle zu fragmentierten Streuschäden, die infolge rationaler Apathie nicht individuell geltend gemacht werden.<sup>77</sup>

### d) Fazit

Um ausreichende Anreize zur Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Schadenersatzansprüche zu schaffen, ist eine Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung erforderlich. Abtretungsmodelle reichen nicht aus.<sup>78</sup> Die Gefahr eines übermäßigen Einsatzes privater Klagen ist angesichts der restriktiven Voraussetzungen einschließlich des *opt in*-Prinzips nicht real. Obgleich Verbandsklagen vor allem für Streuschäden von Verbrauchern gedacht sind, zögern auch kleine und mittlere Unternehmen häufig, ihre Kartellschäden geltend zu machen. Es ist also durchaus berechtigt, dass der schweizerische Reformvorschlag bezüglich einer schadenersatzrechtlichen Verbandsklage – im Gegensatz zur EU-Verbandsklage – nicht auf das Konsumentenrecht beschränkt ist, sondern auch das Kartellrecht einbezieht. Kollektive

Klageinstrumente sind immer dann angezeigt, wenn rationale Kosten-Nutzen-Kalküle dazu führen, dass bestehende Ansprüche nicht geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob es sich bei den Geschädigten um Unternehmen oder Verbraucher handelt.

### IV. Ausblick

In den USA ist das *private enforcement* des Antitrust-Rechts traditionell von größter Bedeutung. Europa setzte demgegenüber lange Zeit ganz überwiegend auf den behördlichen Weg. In den letzten zehn Jahren hat das Kartellzivilrecht allerdings eine rasante Bedeutungszunahme erfahren, nicht zuletzt durch die EU-Kartellschadenersatz-Richtlinie. In der Schweiz besteht hingegen Nachholbedarf. Obwohl Kartellschadenersatz gesetzlich schon seit jeher vorgesehen war, ist seine Geltendmachung die seltene Ausnahme. Es liegt ein einziges Gerichtsurteil vor, mit dem jemals kartellrechtlicher Schadenersatz zugesprochen worden ist.<sup>79</sup> Zudem fordern in den letzten Jahren öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften Schäden ein, die ihnen infolge von Submissionskartellen entstanden sind.<sup>80</sup> Es ist zu begrüßen, dass nun zwei Gesetzesprojekte vorliegen, welche die Situation zumindest partiell verbessern würden. Zum einen werden durch die KG-Teilrevision Verbesserungen bei Aktivlegitimation und Verjährung vorgeschlagen. Zum anderen ist eine Änderung der schweizerischen Zivilprozessordnung in Beratung, welche die kollektiven Klagerechte ohne Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs, also auch mit Wirkung für das Kartellrecht, stärken würde.

Allerdings gibt es auch antagonistische Kräfte. Das schweizerische Parlament hat die kartellfreundliche Motion FRANÇAIS angenommen, nach der auch bei harten Kartellen quantitative Aspekte zu prüfen wären.<sup>81</sup> Im Unterschied zum EU-Kartellrecht und im Widerspruch zu OECD-Empfehlungen<sup>82</sup> würde es für den Nachweis eines Kartellverstoßes nicht ausreichen, das Vorliegen von Kartellabsprachen zu beweisen, sondern es müsste auch ihre Erheblichkeit in quantitativer Hinsicht belegt werden. Schon das Kartellverwaltungsverfahren wird hierdurch unangemessen belastet.<sup>83</sup> Für kartellzivilrechtliche *stand-alone*-Verfahren ist es sogar das faktische Aus: Privaten Klägern wird es kaum möglich sein, die quantitativen Aspekte abzuklären, zumal man nach dem aktuellen Gesetzgebungsvorschlag den Zugang zu den Beweismitteln der Gegenseite nicht verbessert.

Der Vorschlag einer KG-Teilrevision bedarf somit eines nachdrücklichen Ausbaus: Insbesondere sollte der Zugang zum Beweismaterial zugunsten der Geschädigten verbessert und eine Vermutung über die Höhe des entstandenen Schadens eingefügt werden. Die sachgemäße Entwicklung des gesetzlichen Rahmens ist allerdings nur der erste Schritt. Erfahrungsgemäß braucht es viel Zeit, bis sich gesetzliche Änderungen in der Praxis widerspiegeln. Mit der Stärkung des Kartellzivilrechts ver-

73 Dies war einer der Hintergründe für die Einführung der gesetzlichen Vermutungsregel in § 33a Abs. 2 Satz 4 GWB. Zum abgesenkten Beweismaß: Franck, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 33a, Rn. 69.

74 Augenhöfer, in: BeckOK ZPO (Fn. 69), § 611 Rn. 9, mit Verweis auf Art. 9 EU-Verbandsklagen-Richtlinie.

75 Siehe bereits Fn. 6.

76 Art. 89 E-ZPO.

77 Allgemein zu den Kollektivklagen siehe Müller, ZBJV 2015, 801.

78 Brunner, ZZZ 2022, 133, 139.

79 Handelsgericht des Kantons Aargau, Urt. v. 13.02.2003, RPW 2003/2, 451 – Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau.

80 Man kann dies „public private enforcement“ nennen, siehe Heinemann, in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. 2019, S. 903, Rn. 52.

81 Motion 18.4282 „Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen“, eingereicht am 13.12.2018 von Ständerat François. Der Ständerat hat die Motion am 15.12.2020 angenommen, der Nationalrat am 01.06.2021.

82 OECD/LEGAL/0452 v. 02.07.2019, II. S. 1, 1. Halbsatz: Harte Kartelle sollen verboten sein, ohne dass tatsächliche negative Marktwirkungen nachzuweisen sind.

83 Siehe die Kritik bei Heinemann, ZSR 2023 I, 43, 56 ff.

bindet die Gesetzesvorlage die Hoffnung, dass sich die Wettbewerbsbehörde noch besser auf Fälle konzentrieren kann, die besonders im öffentlichen Interesse liegen.<sup>84</sup> Bevor aber spürbare Hilfe durch einen „*private attorney general*“ kommt,<sup>85</sup> wird noch viel Zeit verstreichen.

## Summary

---

### Cartel damages claims in Switzerland

Cartel damages claims are almost inexistent in Switzerland. A currently pending revision of the Swiss Competition Act intends to remove important obstacles. After lengthy discussions, standing will be granted to consumers, and the limitation period will be suspended during ongoing administrative investigations. Collective actions, which are currently limited to injunctive relief, shall be opened up to damages claims. However, further measures are necessary, such as improved access to evidence. Furthermore, the prospects seem bleak as the legislator aims to raise the requirements for proving an illegal cartel in a way that does not comply with OECD standards. It is impossible to invigorate compensation efforts and to strengthen competition enforcement this way.

---

84 Botschaft KG-Teilrevision 2023, 4.1.2.

85 Zu diesem Zusammenhang siehe Schweitzer/Woeste, in: Rechtsvergleichung im Vergleich der Zeiten, Rechtsordnungen und Theorien, 36. Tagung für Rechtsvergleichung, abrufbar unter: <https://mos.link/20280> (zuletzt abgerufen am 08.07.2023).