

# Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse

Andreas Heinemann

## Inhalt

I.	Einführung.....	136
II.	Fallbeispiel.....	137
	1. Aktivlegitimation.....	138
	2. Passivlegitimation.....	139
	3. Widerrechtlichkeit.....	140
	4. Schaden.....	141
	5. Kausalität.....	142
	6. Verschulden.....	142
	7. Fazit.....	143
III.	Kollektive Klagerechte.....	143
	1. Ausbau der Aktivlegitimation.....	143
	2. Die Notwendigkeit kollektiver Durchsetzungsmechanismen.....	144
	3. Ablehnung in der Botschaft.....	145
	4. Öffnung im Bericht des Bundesrats über kollektiven Rechtsschutz.....	146
	5. Fazit.....	147
IV.	Passivlegitimation.....	147
	1. Haftung der verantwortlichen Individuen.....	147
	a) Normadressat.....	147
	b) Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.....	148
	c) Einwand des passing on?.....	150
	d) Pflicht zur Geltendmachung?.....	151
	2. Haftung der Konzernmutter.....	153
	a) Zivilrechtliche Sichtweise.....	153
	b) Kartellrechtliche Sichtweise.....	153
	c) Diskussion.....	154
	d) Fazit.....	155
V.	Formulierung des Kartellverbots.....	156
VI.	Art und Höhe des Schadenersatzes.....	158
	1. Quantifizierung.....	158
	2. Strafschadenersatz?.....	159
	3. Anrechnung des Schadenersatzes auf die Verwaltungssanktion?.....	159

VII. Verjährung.....	160
1. Verjährungsfrist.....	160
2. Ruhen der Verjährung.....	160
VIII. Prozessuale Verbesserungen.....	161
IX. Aktuelle Entwicklungen.....	162

## I. Einführung

Seit der Einführung der direkten Sanktionen durch die Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 verfügt das schweizerische Kartellrecht über ein wirksames *public enforcement*. Anders sieht es beim *private enforcement* aus. Obwohl das Kartellgesetz ein Kapitel zum zivilrechtlichen Verfahren enthält (Art. 12 ff.), ist dessen praktische Bedeutung gering. Nur sporadisch kommt es zum Ausgleich von Schäden, die durch kartellrechtswidriges Verhalten verursacht wurden. Etwas häufiger ist die defensive Verwendung des Kartellrechts in zivilrechtlichen Streitigkeiten, so wenn gegen vertragliche Ansprüche der kartellrechtliche Nichtigkeitseinwand geltend gemacht wird.<sup>1</sup>

Dieser Befund deckt sich im Grundsatz mit den Erfahrungen in der EU und deren Mitgliedstaaten: Auch hier ist die privatrechtliche im Vergleich zur verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts schwach ausgeprägt, auch wenn jüngere Entwicklungen zu einer Bedeutungszunahme des Kartellzivilrechts geführt haben.<sup>2</sup> Anders sieht die Lage in den USA aus: Es wird geschätzt, dass der Anteil der Privatklagen an der gesamten Kartellrechtsdurchsetzung bei über 90 Prozent liegt.<sup>3</sup>

Es gibt Gründe für diesen Bedeutungsunterschied, die hinreichend bekannt sind: In den USA werden die Anreize zur Erhebung kartellrechtlicher Klagen

---

<sup>1</sup> S. z.B. BGE 134 III 438.

<sup>2</sup> Insbesondere in Deutschland, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich, s. ALMUNIA JOAQUIN, Antitrust Damages in EU Law and Policy, SPEECH/13/887 vom 7. November 2013, 2.

<sup>3</sup> HOVENKAMP HERBERT, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 3. Aufl., St. Paul MN 2005, § 16.1.

durch die Aussicht auf dreifachen Schadenersatz (*treble damages*) gestärkt, und Erfolgshonorare motivieren die Anwaltschaft. *Class actions* auf *opt out*-Grundlage sorgen für (mehr als) die kritische Masse. Im Zivilprozess wird der Zugang zu Beweismitteln durch das *discovery*-Verfahren erleichtert, und Jurys entscheiden häufig opferfreundlich. Nach der *American Rule* schuldet eine Partei der anderen keine Kostenerstattung im Fall des Unterliegens, was das finanzielle Risiko der Klage reduziert. Aufgrund einer kartellrechtlichen Ausnahmebestimmung kann das erfolgreich klagende Kartellopfer aber die Erstattung seiner Kosten in angemessenem Umfang verlangen, so dass eine opferfreundliche Asymmetrie im Kostenrecht existiert.<sup>4</sup>

Im vorliegenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen kartellzivilrechtlich haften. Es wird sich zeigen, dass Schwierigkeiten an mehreren Stellen bestehen, weshalb das Ob der kartellrechtlichen Haftung von Unternehmen und der hier bestehende Reformbedarf ganz im Vordergrund stehen. Zu Fragen der Organhaftung kommt es im kartellrechtlichen Zusammenhang nur dann, wenn das Unternehmen kartellrechtlich gebüsst oder kartellzivilrechtlich in Anspruch genommen wurde und im Wege der Verantwortlichkeitsklage Regress bei Verwaltungsratsmitgliedern oder dem Management nehmen möchte. In Abwesenheit einer einschlägigen Praxis sind die Konturen eines solchen Regresses erst schemenhaft sichtbar.

## II. Fallbeispiel

Als idealtypische Grundkonstellation soll der Fall angenommen werden, dass mehrere Wettbewerber ihre Verkaufspreise absprechen und die Kunden folglich teurer bei ihnen einkaufen, als es ohne die Kartellabsprache der Fall gewesen wäre. Man sollte annehmen, dass die Rechtsordnung Ausgleichsansprüche zur Verfügung stellt, welche es den Kunden erlauben, von ihrem Verkäufer die Herausgabe der Differenz zwischen Kartellpreis und hypothetischem Wettbewerbspreis zu verlangen (oder möglicherweise auch den Vertrag aufzulösen). Im Folgenden wird aufgezeigt, dass das geltende Recht

---

<sup>4</sup> Für einen umfassenden Rechtsvergleich s. NAGEL SVEN, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Zürich 2007.

teilweise hinter diesem Wunschergebnis zurückbleibt, teilweise aber auch hierüber hinausgeht.

Der Ausgangspunkt findet sich in Art. 12 KG, wonach derjenige, der durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, u.a. Anspruch auf Schadenersatz nach Massgabe des Obligationenrechts hat (s. Art. 12 Abs. 1 lit. b KG). Dieser Schadenersatzanspruch hat die üblichen sechs Voraussetzungen, nämlich 1. muss der Kläger aktivlegitimiert, 2. der Beklagte passivlegitimiert sein, 3. muss ein widerrechtliches Verhalten vorliegen, 4. ein Schaden entstanden sein, der 5. kausal auf das widerrechtliche Verhalten zurückzuführen ist, und 6. muss der Täter schuldhaft gehandelt haben.

Alle Merkmale weisen im kartellzivilrechtlichen Zusammenhang Besonderheiten auf, auf die im Folgenden einzugehen ist.

### **1. Aktivlegitimation**

Aktivlegitimiert ist nach dem Eingangssatz von Art. 12 Abs. 1 KG nur derjenige, der „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird“. Nach überwiegender, wenn auch nicht unbestrittener<sup>5</sup> Auffassung folgt aus dieser Formulierung, dass nur Wettbewerbsteilnehmer klagebefugt sind. Das inkriminierte Verhalten muss sich zwar nicht gezielt gegen sie gerichtet haben. Da nur Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, sind aber nur diese (und möglicherweise ihre Verbände), nicht aber Konsumenten und Konsumentenverbände zur Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche befugt.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Für eine Aktivlegitimation von Konsumenten nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Vorschriften beispielsweise STOFFEL WALTER A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: ZÄCH (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 102; SPITZ PHILIPPE, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113 ff., 119.

<sup>6</sup> LANG CHRISTOPH GEORG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellrecht, Bern 2000, 72; Commentaire Romand-REYMOND JEAN-MARC, Art. 12 LCart, N 10; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 881.

Hieraus ergibt sich eine wichtige Einschränkung in Bezug auf die Lösung des Modellbeispiels. Zu Schadenersatzansprüchen der Kunden eines rechtswidrigen Kartells gelangt man nur dann, wenn diese Kunden Unternehmensqualität haben. Handelt es sich hingegen um Konsumenten, stehen ihnen keine Ausgleichsansprüche zu. Zum Schadensausgleich kommt es dann also nicht.

Die Engführung der Aktivlegitimation kann als der grösste Mangel des geltenden Kartellzivilrechts bezeichnet werden. Auf einschlägige Reformvorschläge wird zurückzukommen sein.

## 2. Passivlegitimation

Der kartellzivilrechtliche Schadenersatzanspruch besteht „nach Massgabe des Obligationenrechts“, Art. 12 Abs. 1 lit. b KG. Hierzu gehören auch die Vorschriften über die Solidarschuld, Art. 50 OR. Haben mehrere Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt, haften sie also gem. Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch.<sup>7</sup> Dem Kartellgeschädigten gegenüber haftet also nicht nur sein eigener Verkäufer, sondern alle Täter haften gesamtschuldnerisch.

Für das Eingangsbeispiel bedeutet dies, dass die Ansprüche des Geschädigten weiter gehen als zunächst vermutet: Das Kartellopfer kann sich selbstverständlich an seinen Verkäufer halten. Es kann aber auch die anderen Kartellbeteiligten in Anspruch nehmen, ist also nicht auf seinen Vertragspartner beschränkt. Dies macht das zivilrechtliche Haftungsrisiko von Kartellen deutlich. Im Ernstfall kann es dazu kommen, dass nicht nur die eigenen Kunden entschädigt werden müssen, sondern alle Kunden aller Kartellbeteiligten. Der interne Ausgleich zwischen den Kartellbeteiligten erfolgt dann nach den Regeln über den Solidarschuldregress, Art. 50 Abs. 2 OR. Solidargläubigerschaft der Geschädigten besteht demgegenüber nicht. Ein Geschädigter kann also nicht von sich aus Erstattung des Kartellgesamtschadens

---

<sup>7</sup> BSK-KG-JACOBS RETO/GIGER GION, Art. 12 KG, N 88.

geltend machen. Er müsste sich hierzu die Ansprüche der anderen Kartellgeschädigten abtreten lassen.<sup>8</sup>

### 3. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit besteht im kartellzivilrechtlichen Zusammenhang in einer „unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung“, s. den Eingangssatz von Art. 12 Abs. 1 KG. Aus der Abschnittsüberschrift vor Art. 5 KG ergibt sich, dass mit der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung entweder ein Verstoß gegen Art. 5 KG (Unzulässige Wettbewerbsabreden) oder gegen Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) gemeint ist. Wenn wir uns auf unser Fallbeispiel konzentrieren, hat der Geschädigte also – nach den allgemeinen Vorschriften über die Verteilung der Beweislast, Art. 8 ZGB – die Voraussetzungen von Art. 5 KG zu beweisen, nämlich die Existenz einer Wettbewerbsabrede, und die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit der für unseren Fall einschlägigen Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG (horizontale Preisabsprache).

Gelingt dem Schädiger die Widerlegung dieser Vermutung,<sup>9</sup> muss der Geschädigte nachweisen, dass eine qualitativ und quantitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt. Die Definition der relevanten Märkte und eine umfassende Wirkungsanalyse sind hierzu erforderlich. Gelingt dieser Nachweis, hat der Geschädigte die Möglichkeit, sich auf die Effizienzrechtfertigung in Art. 5 Abs. 2 KG zu berufen, wofür er die Beweislast trägt.

Es ist sehr unwahrscheinlich, dass es dem Geschädigten gelingt, ein geheim praktiziertes Kartell aufdecken. Der Nachweis einer Verletzung von Art. 5 KG wird dem Opfer also in der Regel erst nach Vorarbeit durch die Wettbewerbsbehörde gelingen. Die Erfolgsaussichten sogenannter *stand alone*-Klagen sind demnach gering. Aber auch bei *follow on*-Klagen (nämlich Schadenersatzklagen nach Entscheid durch die Behörde) wird nur der Nachweis der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung erleichtert, nicht aber der Beweis des Vorliegens von Schaden, Kausalität und Verschulden. Ausserdem wird nach geltendem Recht die zivilrechtliche Verjährung (ein Jahr ab

---

<sup>8</sup> BSK-KG-JACOBS RETO/GIGER GION, Art. 12 KG, N 90.

<sup>9</sup> In der kartellbehördlichen Praxis ist die Widerlegung der Vermutung die Regel.

Kenntnis von Schaden und Schädiger, bzw. zehn Jahre vom Tag der schädigenden Handlung an, Art. 60 Abs. 1 OR) durch das kartellbehördliche Verfahren nicht tangiert.

Hier besteht erheblicher Reformbedarf, der sich einerseits auf die Formulierung des Kartellbestands, andererseits auf die Ausgestaltung der Verjährungsregeln bezieht. Auch hierauf wird zurückzukommen sein.<sup>10</sup>

#### 4. Schaden

Nach der Differenzhypothese ist die Situation nach Eintritt des schädigenden Ereignisses mit der Lage zu vergleichen, die sich ohne die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hätte. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem realen Preis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis. Wegen der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge bereitet die Bestimmung des Wettbewerbspreises grosse Schwierigkeiten. Der Schadennachweis wird deshalb nur dann gelingen, wenn die Gerichte die Möglichkeit der Schadensschätzung nutzen, Art. 42 Abs. 2 OR.

Ein spezifisch kartellrechtliches Problem bei der Schadensbestimmung ist die Frage des *passing on*: Können sich Kartelltäter darauf berufen, dass Kartellopfer die rechtswidrig erhöhten Preise auf die nächste Marktstufe abgewälzt haben und ihnen letztlich kein Schaden verblieben sei? Nach der ganz überwiegenden Meinung ist die Anerkennung des *passing on*-Einwands sachgemäss. Jedermann bekommt seinen Schaden ersetzt, und niemand wird überkompensiert.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> S. unten, V. und VII.

<sup>11</sup> BÄCHLI MARC, Die „Passing-on-Defence“, SJZ 2007, 365 ff.; VON BÜREN ROLAND, Zur Zulässigkeit der „passing-on-defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189 ff.; Baker & McKenzie/HAHN ANNE-CATHERINE, Art. 12 KG, N 41; JACOBS RETO, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 209, 221 f.; LANG (FN 6), 124 f.; MÜLLER THOMAS S., Die *Passing-on Defense* im schweizerischen Kartellzivilrecht, Zürich 2008, 253. Ablehnend SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 15.20.

Die herrschende Meinung fügt sich in die traditionellen Strukturen des Haftpflichtrechts bestens ein und überzeugt im Grundsatz. Allerdings sollte wegen der Einführung der Aktivlegitimation im geltenden Recht eine gegenteilige Übergangsregelung gelten. Da derzeit nach herrschender Meinung die Konsumenten nicht aktivlegitimiert sind, haften die Täter bis zur legislatorischen Bereinigung dieses Missstandes insoweit nicht, als die Abnehmer den kartellbedingten Aufpreis auf die nächsten Marktstufen bis hin zu den Konsumenten abgewälzt haben. Die kommerziellen Abnehmer haben bei Anerkennung des *passing on*-Einwands keinen Anspruch, da sie den Schaden durchreichen konnten. Die letztendlich geschädigten Konsumenten haben keine Ansprüche, weil sie nicht aktivlegitimiert sind. Angesichts dieser unangemessenen Haftungslücke sollte den Schädigern die Berufung auf den Einwand der Schadensabwälzung bis zur Reform der Aktivlegitimation versagt sein, soweit kartellbedingte Aufpreise bis auf die Ebene der Konsumenten weitergereicht wurden.<sup>12</sup>

## 5. Kausalität

Zwischen Kartellverstoss und Schaden muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der Geschädigte trägt hierfür die Beweislast, wobei es ausreicht, die Typizität der Abläufe nachzuweisen. Wie bei der Bestimmung des Quantums ist es auch hier wichtig, dass die Gerichte die Anforderungen an den Nachweis typischer Geschehensabläufe nicht überspannen.

## 6. Verschulden

Nach Art. 41 OR muss Absicht oder Fahrlässigkeit vorliegen. Organverhalten wird zugerechnet (s. z.B. Art. 722 OR). Für Mitarbeiter gelten die Regeln über die Geschäftsherrnhaftung (Art. 55 OR) mit der Möglichkeit des Exzeptionsbeweises, woran in der Praxis hohe Anforderungen gestellt werden.

---

<sup>12</sup> HEINEMANN ANDREAS, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Bern 2009, 80. In diesem Sinn jetzt auch Art. 12 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission (unten, FN 60).

## 7. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich für das Ausgangsbeispiel, dass Schadenersatzansprüche nach geltendem Recht nur dann bestehen, wenn die Geschädigten Unternehmen sind und den Schaden nicht abgewälzt haben. Alle Kartelltäter haften solidarisch, so dass die Geschädigten sich nicht nur an ihren Lieferanten, sondern an alle Kartellbeteiligten halten können. Die Erfolgsaussichten einer *follow on*-Klage hängen von der Bereitschaft des Gerichts zur Schadensschätzung und der Flexibilität bei der Bestimmung der Kausalität ab. Die Erfolgsaussichten einer *stand alone*-Klage sind eher gering, da es den Geschädigten in der Regel nicht möglich ist, die Existenz eines geheimen Kartells aufzuspüren und rechtsgenügend zu beweisen.

Das Fallbeispiel legt Problemfelder in den Bereichen Aktivlegitimation, Passivlegitimation, Formulierung des Kartellverbots, Schadensberechnung, Verjährung und Prozessrecht offen. In viele dieser Fragen kommt Bewegung durch die laufende KG-Revision und durch die Initiative des Bundesrats zum kollektiven Rechtsschutz. Unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen soll im Folgenden auf die genannten Einzelfragen eingegangen werden.

## III. Kollektive Klagerechte

### 1. Ausbau der Aktivlegitimation

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Versagung der Aktivlegitimation für Konsumenten als das grösste Defizit des geltenden Kartellzivilrechts bezeichnet werden kann. Der Bundesrat hat im Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes vorgelegt,<sup>13</sup> die auch Verbesserungsvorschläge zum Kartellzivilrecht enthält. So soll es in Zukunft für die Geltendmachung kartellrechtliche Ansprüche nicht mehr erforderlich sein, dass jemand in der

---

<sup>13</sup> Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (im Folgenden: „Botschaft zur KG-Revision“), BBl 2012, 3905 ff.; s. hierzu ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012.

Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde. Vielmehr ist aktivlegitimiert, wer „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird“, Eingangssatz von Art. 12 des Gesetzesentwurfs (im Folgenden: E-KG). Durch diese weite Formulierung „soll nun auch finanziell geschädigten Konsumentinnen und Konsumenten wie allen anderen Endkunden ein Klagerecht zugestanden werden“.<sup>14</sup> Ausserdem wird hierdurch die Klageberechtigung öffentlich-rechtlicher Abnehmer klargestellt, was z.B. für die kartellistische Manipulation öffentlicher Ausschreibungen von Bedeutung ist.

## 2. Die Notwendigkeit kollektiver Durchsetzungsmechanismen

Der Vorschlag ist zu begrüßen und war auch in den parlamentarischen Beratungen unproblematisch. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Zuerkennung der Aktivlegitimation an die Konsumenten ausreichend ist. Kartellschäden zeichnen sich häufig durch feine Fragmentierung aus, besonders wenn es um Konsumenten geht: Der Schaden für den Einzelnen ist gering, für die gesamte Volkswirtschaft ist er hingegen beträchtlich. In einer solchen Konstellation ist es indiziert, kollektive Klagerechte vorzusehen. Die Bündelung der Mikroansprüche und ihre gemeinsame Geltendmachung führen dazu, dass die kritische Masse erreicht wird, und dass die Ansprüche auch tatsächlich durchgesetzt werden.<sup>15</sup> Gestaltet man die Verfahren nach dem *opt in*-Prinzip aus, sind Übertreibungen nicht zu befürchten, da nur die Ansprüche derjeni-

---

<sup>14</sup> Botschaft zur KG-Revision, BBl 2012, 3948. Der Vorschlag stellt eine Annäherung an die Rechtslage in der EU dar. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass „jedermann“ einen Anspruch auf Ersatz des Schadens geltend machen kann, der ihm durch eine Verletzung des (europäischen) Kartellrechts entstanden ist, s. EuGH, Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-453/99 – *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 26; EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 in den verbundenen Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Tz. 60 f.

<sup>15</sup> Grundlegend zum Zusammenhang zwischen „rationaler Apathie“ und kollektiver Geltendmachung s. KALVEN HARRY JR./ROSENFELD MAURICE, *The Contemporary Function of the Class Suit*, 8 *University of Chicago Law Review* 648 ff. (1941).

gen geltend gemacht werden können, die ausdrücklich ihr Einverständnis erklärt haben.<sup>16</sup>

Bereits nach geltendem Recht sind Konsumentenverbände nach Art. 89 ZPO klageberechtigt. Die Verbandsklage umfasst aber nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, nicht aber Schadenersatzansprüche. Für den kartellrechtlichen Zusammenhang reicht die Vorschrift deshalb nicht aus.

### 3. Ablehnung in der Botschaft

Man hätte deshalb erwarten dürfen, dass die laufende KG-Revision hier zu Verbesserungen führt. Der Bundesrat greift in seiner Botschaft entsprechende Vorschläge aber nicht auf. Er verweist darauf, dass „Konsumentenorganisationen [...] nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen dann klagen [können], wenn sie sich die Forderungen von den Konsumentinnen und Konsumenten abtreten lassen“.<sup>17</sup> Dies ist zwar eine denkbare Möglichkeit. Die Erfahrungen in Österreich zeigen aber, dass es zur Abtretung von Konsumentenansprüchen nur bei massiver Unterstützung durch die öffentliche Hand kommt.<sup>18</sup> Ansonsten erlangen Abtretungslösungen nur dann praktische Bedeutung, wenn Unternehmen geschädigt wurden und die Schäden mindestens im mittleren Bereich liegen. Im schweizerischen Recht tritt die Besonderheit hinzu, dass Abtretungen dem Schriftformerfordernis unterliegen (Art. 165 OR), die Eintragung auf einer Website also nicht ausreichend wäre. Dies macht Abtretungslösungen für Konsumenten impraktikabel.

---

<sup>16</sup> S. den Vorschlag von HEINEMANN (FN 12), 67 ff.

<sup>17</sup> Botschaft zur KG-Revision, BBl 2012, 3948.

<sup>18</sup> Zur Situation in Österreich s. z.B. DOMEJ TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 421, 429 f.; KOLBA PETER/DOCEKAL ULRIKE/NUNCIC MANFRED/DEMOUGIN DOMINIQUE/SCHWARZER STEVE/ZANDONELLA MARTINA, Sammelklagen in Österreich. Praktische Erfahrungen, Ökonomische Analyse, Meinungsumfrage, 2009.

#### 4. Öffnung im Bericht des Bundesrats über kollektiven Rechtsschutz

Gänzlich andere Akzente setzt der Bundesrat in seinem Bericht über kollektiven Rechtsschutz vom 3. Juli 2013.<sup>19</sup> Der Bericht kommt zum Ergebnis: „Der kollektive Rechtsschutz im schweizerischen Privatrecht ist verbesserungsfähig.“<sup>20</sup> Die Argumentation entspricht den obigen Ausführungen: Gerade auch im Kartell-, Lauterkeits- und Datenschutzrecht komme es zu Streuschäden, so dass die Geltendmachung des Schadens angesichts der den Prozessgewinn übersteigenden Kosten nicht lohnenswert sei.<sup>21</sup> Der Bericht fächert die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten auf, z.B. Verbandsklagen, Muster- oder Testklagen und Gruppenklagen. Eine Grundaussage lautet:

„Ein funktionierendes System verschiedener Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zur effektiven und effizienten Rechtsdurchsetzung von Massen- und Streuschäden stellt in der heutigen Gesellschaft einen zentralen Teil eines funktionierenden Rechtsschutzsystems dar.“<sup>22</sup>

Hieraus kann man nur die Schlussfolgerung ziehen, dass die gegenwärtige Rechtslage, die (nicht nur) im Bereich des Kartellrechts einer effektiven Geltendmachung von Ansprüchen auf Ersatz von Streuschäden entgegensteht, nicht als funktionierendes Rechtsschutzsystem bezeichnet werden kann.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Bundesrat, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bern 2013 <[www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/press/emitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/press/emitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf)>.

<sup>20</sup> So der erste Satz in der Medienmitteilung vom 3. Juli 2013 <[www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-07-03.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-07-03.html)>.

<sup>21</sup> Bundesrat (FN 19), 12 f.

<sup>22</sup> Bundesrat (FN 19), 3.

<sup>23</sup> S. im Vergleich hierzu die völlig gegensätzliche Einschätzung in der Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006, 7221 ff., 7224: „Hingegen verzichtet der Entwurf auf Instrumente, die unserem Rechtssystem nicht entsprechen. Zu denken ist an die sog. Sammelklage (class action) des amerikanischen Recht, die verfahrens- und materiellrechtlich mehr Probleme schafft als löst“.

## 5. Fazit

Es besteht Handlungsbedarf im Bereich der kollektiven Geltendmachung von Kartellschäden.<sup>24</sup> Den Konsumentenverbänden ist das Recht einzuräumen, den Schaden ihrer Zielgruppe geltend zu machen. Um eine Überhitzung des *private enforcement* zu verhindern, sollte die kollektive Geltendmachung dem *opt in*-Prinzip folgen.<sup>25</sup> An die Form des Einverständnisses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Für Geschädigte sollte es ausreichen, sich auf einer zu diesem Zweck aufgeschalteten Website registrieren zu lassen.

## IV. Passivlegitimation

In der Frage der Passivlegitimation sind (mindestens) zwei Fragen zu unterscheiden: Können die für das Kartell verantwortlichen Individuen im Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden? Und wie sieht die Verantwortlichkeit im Konzern aus: Haftet für Fehlverhalten der Konzerntochter auch die Konzernmutter?

### 1. Haftung der verantwortlichen Individuen

#### a) Normadressat

Art. 12 KG trifft keine Aussage darüber, gegen wen sich die kartellzivilrechtlichen Ansprüche richten. Für einen Spezialfall ordnet Art. 13 lit. b KG an, dass „der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung“ den kartellzivilrechtlichen Pflichten nachzukommen haben. Dies ist aber im Gesamtkontext der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit zu lesen, so dass nicht alle „Verursacher“ erfasst sein können. Da gegen die materiellrechtlichen Kar-

---

<sup>24</sup> So auch KRAUSKOPF PATRICK L./SCHALLER OLIVIER, Kartellrecht und Private Enforcement: Sammelklagen in der EU und in der Schweiz, in: EPINEY/DIEZIG (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich/Bern 2013, 287 ff., 299.

<sup>25</sup> Übertreibungen werden auch dadurch vermieden, dass nur der tatsächlich erlittene Schaden zu ersetzen ist, s. hierzu unten, VI.

telltatbestände nur Unternehmen verstossen können, richten sich die kartellzivilrechtlichen Ansprüche auch nur gegen diese.<sup>26</sup> Nur Unternehmen sind also passivlegitimiert, nicht etwa die Organmitglieder oder Manager, die an der Verletzung der kartellrechtlichen Vorgaben beteiligt waren.<sup>27</sup> Individuen unterliegen also keiner direkten kartellzivilrechtlichen Aussenhaftung.<sup>28</sup>

b) *Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR*

Es greifen aber die Regeln über die Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft, für Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung also Art. 754 OR. Wird das Unternehmen beispielsweise mit einer direkten Sanktion nach Art. 49a KG belastet, stellt sich die Frage, ob Regress gegen die verantwortlichen Organmitglieder zu nehmen ist. Auf den ersten Blick liegen die Voraussetzungen von Art. 754 OR vor:

- *Pflichtverletzung*: Ein Kartellverstoss stellt eine Pflichtverletzung dar. Zur Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR gehört es auch, für die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorgaben zu sorgen. Die Organpersonen müssen eine kartellrechtsbezogene Risikoanalyse vorneh-

---

<sup>26</sup> Vergleichbares gilt für das *public enforcement*: Die direkten Sanktionen nach Art. 49a KG richten sich nur gegen Unternehmen. Zwar sind natürliche Personen Normadressat der in den Art. 54 ff KG vorgesehenen Strafsanktionen. Diese sind aber lediglich „indirekt“ ausgestaltet, setzen also einen Behörden- oder Gerichtsentscheid voraus. Zu den Vorschlägen (z.B. durch die Motion *Schweiger*), direkte Sanktionen gegen natürliche Personen einzuführen, s. beispielsweise HEINEMANN ANDREAS, *Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?*, in: KUNZ/HERREN/COTTIER/MATTEOTTI (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, FS Roland von Büren, Basel 2009, 595 ff.

<sup>27</sup> BSK-KG-JACOBS RETO/GIGER GION, Art. 12 KG, N 27.

<sup>28</sup> Eine Ausnahme gilt für Unternehmen, die in der Rechtsform des Einzelkaufmanns (und nicht als Gesellschaft) betrieben werden: Hier ist die Einzelperson das „Unternehmen“ i.S. des Kartellrechts und unterliegt insoweit auch der (verwaltungsrechtlichen und) zivilrechtlichen Haftung.

men.<sup>29</sup> Für die Business Judgment Rule ist bei Verletzung zwingender Rechtsvorschriften kein Raum.<sup>30</sup>

- *Schaden*: Der Schaden besteht in der gegen das Unternehmen verhängten Geldbusse.
- *Kausalität*: Ohne die Pflichtverletzung wäre es nicht zur Sanktionierung gekommen, so dass die Kausalität zu bejahen ist.
- *Verschulden*: Schliesslich liegt Verschulden vor, soweit die Beteiligten vorsätzlich am Kartell mitgewirkt haben, bzw. fahrlässig das Kartell nicht verhindert haben. Im Fall vorsätzlicher Beteiligung an einem kartellrechtswidrigen Verhalten stellen sich keine besonderen Fragen; hier ist die Haftung unproblematisch zu bejahen. Anders verhält es sich beim Vorwurf fahrlässigen Verhaltens. Hier ist zu prüfen, ob Sorgfaltpflichten verletzt wurden. Der Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Personen keine Kartellrechtsverstösse begehen (s. Art. 716a Abs. 1 Nr. 2 und 5 OR). Je nach Art, Umfang und „Kartellneigung“ des Geschäftsfelds kann hieraus eine Pflicht zur Einrichtung eines *Competition Compliance Program* resultieren.<sup>31</sup> Die Geschäftsleitung ist zur Umsetzung verpflichtet. Gem. Art. 754 Abs. 2 OR entfällt bei befugter Übertragung die Verantwortlichkeit, wenn der Nachweis gelingt, dass in Bezug auf Auswahl, Unter-

---

<sup>29</sup> DUCREY PATRIK, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit (aus kartellrechtlicher Sicht), in: NIGGLI/AMSTUTZ (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 185 ff., 192 f.

<sup>30</sup> VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff., 618.

<sup>31</sup> S. hierzu beispielsweise KELLERHALS ANDREAS, Compliance im Wettbewerbsrecht, in: KUNZ/HERREN/COTTIER/MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS Roland von Büren, Basel 2009, 535 ff.; WEBER ROLF H., Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, 189 ff.

richtung und Überwachung die gebotene Sorgfalt angewendet wurde. Die Beurteilung hat unternehmensspezifisch zu erfolgen.<sup>32</sup>

c) *Einwand des passing on?*

Ähnlich wie bei der Frage nach der Existenz kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche<sup>33</sup> stellt sich auch im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die *passing on*-Problematik. Können sich die Unternehmensorgane mit dem Argument verteidigen, dass die durch den Kartellverstoss erzielten Vorteile, nämlich die „Kartellrente“, höher seien als die von der Kartellbehörde auferlegte Sanktion? Für die Zulässigkeit könnte sprechen, dass dem Unternehmen in der Tat kein Schaden verblieben ist, wenn die Kartellbusse durch die Kartellrente (über-)kompensiert wurde. Diese Aussage gilt jedenfalls dann, wenn keine Reputationschäden vorliegen, die sich in der Zukunft negativ auf das Unternehmensergebnis auswirken.<sup>34</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Anrechenbarkeit der Kartellrente in die allgemeine schadensrechtliche Kategorie der Vorteilsanrechnung einzuordnen ist: Zwar sind adäquat kausal auf das schädigende Ereignis zurückzuführende Vorteile anzurechnen. Dies gilt aber nicht, wenn die Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadenersatzes widerspricht und zu einer stossenden Entlastung des Schädigers führen würde.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> S. hierzu näher DUCREY PATRIK, Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, SZW 2004, 401 ff., 404; SKOCZYLAS ANNA-ANTONINA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, Bern 2011, 160 ff.; STOFFEL WALTER A., Organverantwortlichkeit für Wettbewerbsrechtsverletzungen, in: WALDBURGER/BAER/NOBEL U./BERNET (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS Peter Nobel, Bern 2005, 353 ff., 358 f.

<sup>33</sup> S.o. II.4.

<sup>34</sup> Vgl. DUCREY (FN 32), 403; STOFFEL (FN 32), 362.

<sup>35</sup> SCHWENZER (FN 11), N 15.11-15.13. Speziell zum Aktienrecht s. NATER HANS/BLUMER MAJA, Vorteilsanrechnung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 53 ff.

Hier wird der Schutzzweck von Art. 754 OR relevant: Die Vorschrift hat auch das Ziel, Verwaltungsrat und Geschäftsführung zu pflichtgemäßem Verhalten zu veranlassen. Diese Anreizwirkung würde entfallen, wenn man rechtswidrig erlangte Vorteile als Verteidigungsmittel zuliesse. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Kartellrente nur dann dem Unternehmen verbleibt, wenn die Kartellopfer keinen Gebrauch von ihren kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen nach Art. 12 KG machen (oder wenn solche Ansprüche wegen der Engführung der Aktivlegitimation zu Lasten von Konsumenten nicht existieren).<sup>36</sup> Das Problem stellt sich demnach nur aufgrund der mangelhaften Ausgestaltung des geltenden Rechts. Wenn die Opfer die Kartellrente durch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen abschöpfen, entfiele die Grundlage für den *passing on*-Einwand der Organmitglieder. Insgesamt erscheint es deshalb vorzugswürdig, den Organmitgliedern den Rückgriff auf den *passing on*-Einwand zu versagen, um ihr persönliches Interesse an der Einhaltung des Kartellrechts zu stärken.<sup>37</sup>

d) *Pflicht zur Geltendmachung?*

Wenn Ansprüche gegen Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bestehen, stellt sich die weitere Frage, ob die Gesellschaft bzw. ihr Verwaltungsrat verpflichtet ist, diese Ansprüche auch tatsächlich geltend zu machen. Im Ausgangspunkt gilt, dass der Verwaltungsrat sorgfältig mit dem Vermögen der Gesellschaft umgehen muss. Dazu gehört auch die Geltendmachung von Ansprüchen, die der Gesellschaft zustehen. Auch für Verantwortlichkeitsklagen gilt, dass Ausgleich für die erlittenen Schäden zu beanspruchen ist, wenn ein Prozess aussichtsreich erscheint, die Mittel für die

---

<sup>36</sup> Vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 375: „Ist der Vermögenszugang unrechtmässig und mit einer Rückgabeobligation belastet, so liegt ohnehin kein anrechenbarer Gewinn vor“.

<sup>37</sup> In diesem Sinn auch BÖCKLI (FN 36), § 18 N 375a, 375b; STOFFEL (FN 32), 364 f.; WEBER ROLF H., Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 115 ff., 141, 145. Differenzierend JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich 2012, N 573. Anderer Auffassung, nämlich für die Zulassung des *passing on*-Einwands NATER/BLUMER (FN 35), 72.

Prozessführung vorhanden sind und auch die Vollstreckung eines positiven Urteils ertragreich erscheint.<sup>38</sup>

Andererseits ist auch für die Geltendmachung von Forderungen letztlich das Interesse der Gesellschaft entscheidend, Art. 717 Abs. 1 OR. Das Interesse der Gesellschaft kann negativ berührt werden, wenn ein jahrelang geführter Verantwortlichkeitsprozess zu Imageschäden führt. Ein erheblicher Nachteil könnte auch darin bestehen, dass die Thematisierung eines Kartellgeschehens die Tendenzen zu Schadenersatzklagen gegen die Gesellschaft verstärken könnte. Dies wäre von besonderem Gewicht, wenn Schadenersatzklagen gegen die Gesellschaft im Ausland drohen, insbesondere in den USA, mit dem hiermit verbundenen Risiko dreifachen Schadenersatzes in einem Juryprozess.

Hieraus folgt aber kein absoluter Ausschlussgrund: Einerseits sind nicht alle Fälle international, und es ist eine Frage des Einzelfalls, ob Schadenersatzklagen in den USA drohen. Das Risiko, mit kartellzivilrechtlichen Ansprüchen überzogen zu werden, sollte auch nicht nur negativ gewertet werden. Aktive Anstrengungen zur Entschädigung der Kartellopfer sollten von den Kartellbehörden als mildernder Umstand im Rahmen der Bussgeldberechnung berücksichtigt werden.<sup>39</sup> Finanzielle Belastungen beim *private enforcement* können also zu einer Verringerung der Zahlungen an anderer Stelle führen und die angeschlagene Reputation des Unternehmens durch tätige Reue verbessern.

Bei entsprechenden Erfolgsaussichten sollte also grundsätzlich von einer Pflicht zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen ausgegan-

---

<sup>38</sup> BÖCKLI (FN 36), § 13 N 569a, § 18 N 224a. S. auch BGE 139 III 24 zur Verantwortung des Verwaltungsrats für die Kosten eines erfolglosen Prozesses; zu dieser Entscheid KUNZ PETER V., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?, Jusletter, 3. Juni 2013.

<sup>39</sup> Dagegen ist der Vorschlag in der Botschaft des Bundesrats, ohne weitere Voraussetzungen Schadenersatzzahlungen in angemessenem Umfang auf die direkten Sanktionen anzurechnen, abzulehnen, s. näher HEINEMANN ANDREAS, Kartellzivilrecht, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, 137 ff., 148 ff.

gen werden, die im Einzelfall aber aus besonders zu belegenden Gründen des Gesellschaftsinteresses eingeschränkt sein kann.

## 2. Haftung der Konzernmutter

In der Konzernproblematik<sup>40</sup> ist zwischen einer zivilrechtlichen und einer kartellrechtlichen Sichtweise zu unterscheiden.

### a) *Zivilrechtliche Sichtweise*

Zivil- und gesellschaftsrechtlich gilt das Trennungsprinzip. Für jede juristische Person ist gesondert zu prüfen, ob die Haftungsvoraussetzungen vorliegen. Wenn die Muttergesellschaft keine Pflichten verletzt hat, haftet sie auch nicht. Eine Möglichkeit, die Konzernmutter in die kartellzivilrechtliche Haftung der Tochter einzubeziehen, erfolgt über das Handeln der Muttergesellschaft als „faktisches Organ“ der Tochter, was den Boden für eine Haftung der Mutter nach Art. 754 OR bereitet. Dies setzt allerdings voraus, dass Organe der Muttergesellschaft deren Willen in der Tochtergesellschaft durchgesetzt haben.<sup>41</sup> Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen an dieses Merkmal zu stellen sind. Müssen Organe der Muttergesellschaft auf die Vornahme verbotener Wettbewerbsbeschränkungen durch die Tochter hingewirkt haben, oder reicht ein allgemeinerer Zurechnungszusammenhang aus?

### b) *Kartellrechtliche Sichtweise*

In kartellrechtlicher Sichtweise stellt sich die Problematik anders. Normadressaten des (materiellen) Kartellrechts sind nicht (juristische oder natürliche) Personen, sondern Unternehmen. Gem. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten als „Unternehmen [...] sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform“. Die Definition stellt klar, dass die Unternehmenseigenschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Wirtschaftliche Eigen-

---

<sup>40</sup> S. hierzu umfassend SKOCZYLAS (FN 32).

<sup>41</sup> Vgl. VON BÜREN ROLAND, in: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2011, N 456.

ständigkeit reicht aus.<sup>42</sup> Für Unternehmensgruppen folgt hieraus, dass der Gesamtkonzern das „Unternehmen“ i.S. des Kartellrechts ist, wenn die Muttergesellschaft die Möglichkeit hat, die Tochter zu kontrollieren, „und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten“.<sup>43</sup>

Verwaltungsrechtlich folgt hieraus, dass die kartellrechtlichen Verbote gegenüber allen Konzernmitgliedern gelten. Der Kartellrechtsverstoss durch eine Muttergesellschaft löst also unter den genannten Voraussetzungen die Verantwortlichkeit der gesamten Gruppe aus, da das Unternehmen i.S. des Kartellrechts dann der Gesamtkonzern ist. Lediglich für die Konkretisierung der kartellrechtlichen Vorgaben in Form verwaltungsrechtlicher Verfügungen muss auf die rechtliche Persönlichkeit abgestellt werden. Verfügungsadressat sind also die einzelnen Konzerngesellschaften.<sup>44</sup>

### c) *Diskussion*

Folgt man der zivilrechtlichen Sichtweise, haftet die Muttergesellschaft in Abwesenheit eines besonderen Verantwortungszusammenhangs (z.B. über die Figur des faktischen Organs) nicht auf Schadenersatz für Kartellrechtsverstösse von Tochtergesellschaften. Legt man hingegen die kartellrechtliche Sichtweise zugrunde, ist bei potentieller und tatsächlicher Kontrolle der Konzern als wirtschaftliche Einheit verantwortlich, so dass die Konzernmutter auch schadenersatzrechtlich für Fehlverhalten der Tochter einstehen muss.

---

<sup>42</sup> S. z.B. WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, N 1.53.

<sup>43</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/2, 329 (336); Entscheidung bestätigt durch BGE 139 I 72 ff.

<sup>44</sup> Zum Unterschied zwischen formellen und materiellen Verfügungsadressaten s. HEINEMANN ANDREAS, Die Zielrichtung von Kartellsanktionen, in: KUHN/SCHWARZENEGGER/MARGOT/DONATSCH/AEBI/JOSITSCH (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, FS Martin Killias, Bern 2013, 861 ff., 875 f.

Es ist ungeklärt, ob die für das Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze der kartellrechtlichen Konzernverantwortlichkeit auf das Kartellzivilrecht zu übertragen sind. Konzeptionell kann zugunsten einer Gruppenverantwortlichkeit auf den Gleichlauf von Normadressat und Schuldner verwiesen werden. Wenn die Artikel 5 und 7 KG Anforderungen an das Verhalten von „Unternehmen“ stellen, muss für eine Verletzung der hieraus resultierenden Pflichten auch das „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinn, also der Konzern gerade stehen. Wenn schon für die öffentlich-rechtlichen Geldbussen der Grundsatz der Gruppenverantwortlichkeit gilt, muss dies erst recht für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit gelten.<sup>45</sup> Offenbar haben bereits Gerichte in Österreich, Spanien und dem Vereinigten Königreich in diesem Sinn entschieden.<sup>46</sup>

Gegner verweisen auf das bereits erwähnte Trennungsprinzip und nehmen eine Haftung der Muttergesellschaft nur für den Fall an, dass Leitungspersonen der Muttergesellschaft selber eine Pflicht schuldhaft verletzt haben. Hierzu gehört auch der Fall, dass leitende Mitarbeiter der Muttergesellschaft Kenntnis vom kartellrechtwidrigen Verhalten der Tochtergesellschaft hatten und hiergegen nicht eingeschritten sind. Eine Haftungskonstruktion auf der Grundlage allgemeiner Überwachungs- und Organisationspflichten komme aber nur ausnahmsweise in Frage.<sup>47</sup>

#### d) *Fazit*

Bei der Frage der Schadenersatzhaftung der Muttergesellschaft bei Kartellverstößen durch die Tochter prallen zivil- und kartellrechtliche Grundprinzipien aufeinander. Trennungsprinzip und kartellrechtlicher Unternehmensbegriff führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Dieses Phänomen ist aber

---

<sup>45</sup> So z.B. WHISH RICHARD/BAILEY DAVID, *Competition Law*, 7. Aufl., Oxford 2012, 96, die (für das europäische Kartellrecht) die kartellrechtlichen Grundsätze über die wirtschaftliche Einheit auch auf das Kartellzivilrecht anwenden.

<sup>46</sup> S. den Tagungsbericht von PRANGENBERG JONAS, *Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts*, Jusletter 12. August 2013, R 46.

<sup>47</sup> In diesem Sinn zum deutschen Recht BÜRGER CHRISTIAN, *Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht*, WuW 2011, 130 ff., 136 f.

nicht auf das *private enforcement* beschränkt. Die Frage stellt sich entsprechend bei der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts. Es spricht einiges dafür, die Verantwortlichkeit im Zivilrecht ebenfalls gruppenweit zu fassen. Zur entgegengesetzten Auffassung werden diejenigen kommen, die auch im verwaltungsrechtlichen Zusammenhang die von Behörden und Gerichten entwickelte Konzernverantwortlichkeit ablehnen. Da der Themenbereich nicht nur von grosser theoretischer, sondern auch eminent praktischer Bedeutung ist, sollten die Grundsätze der kartellrechtlichen Verantwortung im Konzern gesetzlich geregelt werden.

## V. Formulierung des Kartellverbots

Im Zentrum von Art. 5 des geltenden Kartellgesetzes stehen die fünf Vermutungstatbestände in den Absätzen 3 und 4 für horizontale Abreden über Preise, Mengen und Marktaufteilungen sowie vertikale Mindest- oder Festpreisabreden und die Vereinbarung absoluten Gebietsschutzes. Die Struktur der Vorschrift macht eine vierstufige Prüfung erforderlich:

- Nachweis der Vermutungsbasis (z.B. einer horizontalen Preisabsprache);
- Widerlegung der Vermutungsfolge (keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs);
- Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs;
- Effizienzrechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG).

Im Verwaltungsverfahren ist die Kartellbehörde nach dem Untersuchungsgrundsatz zur Aufklärung des relevanten Sachverhalts verpflichtet, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft. Die objektive Beweislast, also das Risiko, dass der Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt werden kann, liegt für das erste und dritte Merkmal bei der Behörde, für das zweite und vierte beim beschuldigten Unternehmen. Im Zivilverfahren trägt das Kartellopfer nicht nur die objektive, sondern auch die subjektive Beweislast (also die Beweisführungslast) für den Nachweis der Vermutungsbasis und die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Die beiden Hauptschwierigkeiten bestehen darin, dass es für ein Kartellopfer ohne Mitwirkung der Behörde quasi ausgeschlossen ist, die Existenz geheimer Wettbewerbsabreden nachzuweisen. Selbst wenn dieser Nachweis erfolgt, wird es dem Kartelltäter häufig gelingen, die Vermutung des Art. 5 Abs. 3 KG umzustossen. Dann obliegt dem Geschädigten der Nachweis, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde, was eine umfassende Markt- und Wirkungsanalyse erforderlich macht. Dies wird die Möglichkeiten des Geschädigten häufig übersteigen.

Auch aus kartellzivilrechtlicher Sicht ist deshalb eine grundlegende Reform von Art. 5 KG, nämlich die Umformung der Vermutungstatbestände in Teilkartellverbote indiziert.<sup>48</sup> Die vierstufige Struktur von Art. 5 KG würde in eine zweistufige umgewandelt, die aus dem Verbotstatbestand und der Effizienzrechtfertigung bestünde. Von einer „Umkehr der Beweislast“ kann hierbei nicht die Rede sein. Der Geschädigte hätte weiterhin die Voraussetzungen des Teilkartellverbots, z.B. die Existenz einer horizontalen Preisabsprache zu beweisen, der Delinquent die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung. Lediglich der Umweg über die Widerlegung der Vermutungsfolge und die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs entfielen.

Ökonomisch wäre dies stimmig: Während im geltenden Recht die Effizienzrechtfertigung bei Kernbeschränkungen nur dann greift, wenn die Widerlegung der Vermutung gelingt, ist sie nach dem Vorschlag des Bundesrats immer anwendbar. Die Änderung würde also nicht zu *per se*-Verboten führen. Das Ergebnis wäre eine Annäherung an das EU-Kartellrecht, in dem für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen keine Wirkungsanalyse erforderlich ist, die Effizienzrechtfertigung aber immer anwendbar ist.

---

<sup>48</sup> Allgemein zum Vorschlag von Teilkartellverboten in der Botschaft des Bundesrats s. HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Potenzial und Grenzen der Revision von Art. 5 KG, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, 81 ff.

## VI. Art und Höhe des Schadenersatzes

Die beiden wichtigsten Probleme im Zusammenhang mit dem Schadenersatz sind dessen Quantifizierung und die Frage nach der Wünschbarkeit von Strafschadenersatz.

### 1. Quantifizierung

Die Quantifizierung des Schadens ist ein Hauptproblem des Kartellzivilrechts. Die Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises, der mit dem Kartellpreis in Beziehung zu setzen ist, ist wegen der Ungewissheit der Abläufe sehr schwierig. Für die Verletzung von EU-Kartellrecht hat die Europäische Kommission eine Mitteilung verabschiedet, in der sie die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Schadensumfangs herausarbeitet.<sup>49</sup> Zur konkreten Lösung der Probleme hat sie einen „Praktischen Leitfaden“ erstellt, der den Gerichten einen Überblick über die Methoden und Techniken vermittelt, die bei der Ermittlung von durch Kartellverstösse verursachten Schäden angewendet werden können.<sup>50</sup>

Das Dokument gibt einen Überblick über universal gültige ökonomische Methoden und ist deshalb auch für das schweizerische Kartellzivilrecht nützlich. Allerdings umfasst der Text 84 Seiten, setzt eine gute Datenlage und den Rückgriff auf ökonomisches Expertenwissen voraus, so dass für die „wirkliche“ Praxis kein Weg an der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorbeiführt.

---

<sup>49</sup> Europäische Kommission, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C(2013) 3440 vom 11. Juni 2013.

<sup>50</sup> Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf)>.

## 2. Strafschadenersatz?

Der Bundesrat hat zu Recht auf die Einführung von Strafschadenersatz nach US-amerikanischem Vorbild verzichtet: Eine Überkompensation der Geschädigten passt nicht zu den Grundprinzipien des geltenden Haftpflichtrechts und ist einer der Hauptgründe für Übertreibungen beim *private enforcement* in den USA.

Umgekehrt bedeutet dies, dass der Verzicht auf Strafschadenersatz die Bedenken derjenigen entkräftet, die vor einem Ausbau des Kartellzivilrechts warnen. Eine Überhitzung der Schadenersatzklagen ist nicht zu befürchten, wenn man es bei einfachem Schadenersatz belässt und die übrigen Reformfelder mit Augenmass angeht, z.B. zum jetzigen Zeitpunkt auf das *opt out*-Prinzip beim kollektiven Rechtsschutz verzichtet.<sup>51</sup>

## 3. Anrechnung des Schadenersatzes auf die Verwaltungssanktion?

Der Bundesrat schlägt vor, kartellzivilrechtliche Schadenersatzzahlungen auf die Verwaltungssanktion in angemessenem Umfang anzurechnen.<sup>52</sup> Hiervon sollte Abstand genommen werden. Die zivilrechtlichen Sanktionen dienen der Kompensation, die öffentlich-rechtlichen Sanktionen zielen auf Repression und Prävention. Eine „unbillige Doppelbelastung“<sup>53</sup> ist hierin nicht zu erblicken. Eine voraussetzungslose Anrechnung des Schadenersatzes auf die Kartellbusse würde nicht die richtigen Anreize setzen. Es sollte deshalb wie folgt vorgegangen werden: Nimmt der Kartelltäter aktive Anstrengungen zur Entschädigung seiner Opfer vor, sollte dies als mildernder Umstand bei der Bussgeldbestimmung berücksichtigt werden. So käme es zu einem anreizkompatiblen Nebeneinander von zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> So der Vorschlag oben III.

<sup>52</sup> S. Art. 49a Abs. 6 E-KG.

<sup>53</sup> Botschaft zur KG-Revision, BBl 2012, 3960.

<sup>54</sup> S. näher hierzu HEINEMANN (FN 39), 148 ff.

## VII. Verjährung

### 1. Verjährungsfrist

Über den Verweis in Art. 12 Abs. 1 lit. b KG auf das Obligationenrecht gilt für den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch auch Art. 60 Abs. 1 OR, also eine (relative) Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger und eine (absolute) Verjährungsfrist von zehn Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an. Die einjährige Verjährungsfrist ist zu kurz, um eine kartellzivilrechtliche Klage vorzubereiten.<sup>55</sup> Der Bundesrat möchte hieran vorerst nichts ändern, sondern setzt auf eine allgemeine Revision des Verjährungsrechts. Dies überzeugt angesichts der Funktionsmängel des geltenden Kartellzivilrechts nicht. Solange keine Einigkeit bei der allgemeinen Reform des Verjährungsrechts erreicht ist, sollte das Kartellzivilrecht voranschreiten. Zu diesem Zweck sollte die relative Verjährungsfrist auf mindestens drei Jahre verlängert werden.<sup>56</sup>

### 2. Ruhen der Verjährung

Nach geltendem Recht wird der Lauf der kartellzivilrechtlichen Verjährungsfrist durch ein allfälliges Behördenverfahren nicht berührt. Der Geschädigte hat also nicht die Möglichkeit, erst einmal den Ausgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten, um sodann auf dieser Grundlage eine Schadenersatzklage zu erheben. Zu Recht schlägt der Bundesrat Hinderung bzw. Stillstand der Verjährung während der kartellbehördlichen Untersuchung vor.<sup>57</sup> Das Potential der *follow on*-Klagen wird hierdurch deutlich vergrössert. Für die Förderung der *stand alone*-Klagen ist hingegen die soeben vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfrist unabdingbar.

---

<sup>55</sup> Vgl. BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 12 KG, N 14.

<sup>56</sup> HEINEMANN (FN 39), 146 f. S. auch Art. 760 OR mit der (relativen) fünfjährigen Verjährungsfrist im Verantwortlichkeitsrecht. Kartellzivilrechtliche Klagen erscheinen mindestens so komplex wie Verantwortlichkeitsklagen. Die Europäische Kommission schlägt in Art. 10 Abs. 4 ihres Richtlinienentwurfs (unten, FN 60) eine (relative) Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren vor.

<sup>57</sup> S. Art. 12a E-KG.

## VIII. Prozessuale Verbesserungen

Auf die grossen Beweisschwierigkeiten im Kartellzivilrecht wurde bereits hingewiesen. Sie beruhen auf der Existenz von Geheimstrategien, der ökonomischen Prägung vieler kartellrechtlicher Tatbestandsmerkmale und der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge. In der Literatur sind die unterschiedlichsten Vorschläge zur Abstellung der Schwierigkeiten unterbreitet worden. Sie lassen sich wie folgt kategorisieren:

- Einführung des Untersuchungsgrundsatzes im Kartellzivilprozess;
- Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei;
- Untersuchungskompetenzen der Kartellbehörde im Zivilprozess;
- Spezielle Auskunftsrechte;
- Zusätzliche Vermutungstatbestände bzw. Beweiserleichterungen.<sup>58</sup>

Vorzuziehen ist eine Lösung, die einerseits geeignet ist, die genannten Schwierigkeiten zu überwinden, die aber andererseits mit den Grundprinzipien des Zivilprozesses vereinbar ist. Dies spricht dafür, den Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei zu verbessern und an diesen Zugang präzise Anforderungen zu stellen, die das Risiko von *fishing expeditions* ausschliessen. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass man Offenlegungspflichten schafft, die dem Prinzip des *fact pleading*, nicht des *notice pleading* unterliegen.<sup>59</sup> Die Voraussetzungen hierfür wären die folgenden:

- Plausibilität eines kartellrechtswidrig erlittenen Schadens;
- Unmöglichkeit, unter zumutbaren Anstrengungen die erforderlichen Beweise vorlegen zu können;

---

<sup>58</sup> S. die Diskussion bei HEINEMANN (FN 12), 98 ff.

<sup>59</sup> Zu diesem Unterschied s. STÜRNER ROLF, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: BASEDOW (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, 163 ff., 170 f.

- Bezeichnung von Beweismitteln oder Kategorien in der Hand des Gegners;
- Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit;
- Zentrale Rolle des Gerichts.

Offenlegungspflichten auf dieser Basis würden die Erfolgsaussichten zivilrechtlicher Klagen erheblich verbessern, ohne zu Übertreibungen zu führen. Die Interessen von Geschädigten und Schädigern werden durch die genannten Kautelen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Der Vorschlag sollte in die laufende KG-Revision aufgenommen werden.

## **IX. Aktuelle Entwicklungen**

Die Diskussion um die KG-Revision konzentriert sich auf institutionelle Fragen, das Teilkartellverbot und die Wünschbarkeit besonderer Vorschriften zum Thema Hochpreisinsel. Das Kartellzivilrecht nimmt hingegen keine prominente Stellung im öffentlichen Diskurs ein. Anders verhält es sich in der EU. Die Europäische Kommission hat im Juni 2013 ein ganzes Massnahmenpaket zu den kartellrechtlichen Schadenersatzklagen vorgelegt. Im Mittelpunkt steht ein Richtlinienentwurf, der Vorgaben für die Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung des kartellzivilrechtlichen und zivilprozessualen Rahmens enthält.<sup>60</sup> Zentrale Bestandteile betreffen folgende Fragen:

- Offenlegung von Beweismitteln;
- Bindungswirkung von Behördenentscheiden;
- Verjährungsfristen;
- Schadensabwälzung;

---

<sup>60</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final vom 11. Juni 2013.

- Ermittlung des Schadenumfangs;
- Verhältnis Schadenersatz und Kronzeugenregelung.

Der Richtlinienvorschlag wird abgerundet durch die bereits genannten Texte zur Schadensschätzung<sup>61</sup> sowie eine Empfehlung zu kollektiven Klagerechten.<sup>62</sup> Durchweg wird die Wichtigkeit des zivilrechtlichen Wegs betont, ohne Abstriche an der fundamentalen Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zu machen. Die kartellzivilrechtlichen Risiken von Kronzeugen sind zu minimieren, da andernfalls die Attraktivität der Kronzeugenregelung und damit die Aufdeckungsrate sinken würde.<sup>63</sup>

Die Entwicklungen in Europa sollten genau beobachtet werden. Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen auf dem Gebiet des Kartellzivilrechts sind zu begrüessen und grösstenteils unstrittig. Allerdings gehen die Vorschläge nicht weit genug.<sup>64</sup> Es besteht die Gefahr, dass das Ziel einer praktischen Stärkung des Kartellzivilrechts nicht erreicht wird. Auch die anderen Reformteile, insbesondere der Vorschlag, Teilkartellverbote einzuführen, sollten auch aus der Perspektive des Zivilrechts bewertet werden. Der Anspruch der Reform sollte darin bestehen, dass der Ausgleich kartellrechtswidrig erlittener Schäden von der seltenen Ausnahme zur Regel wird.

---

<sup>61</sup> S. Europäische Kommission, Mitteilung zur Ermittlung des Schadenumfangs (FN 49) und Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden (FN 50).

<sup>62</sup> Europäische Kommission, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, Empfehlung vom 11. Juni 2013, ABl L 201/60.

<sup>63</sup> S. zu diesem Fragenkreis DENOTH SERAINA, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Zürich/St.Gallen 2012.

<sup>64</sup> Ausser den bereits erwähnten Lücken sieht der Vorschlag nicht die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheide im Zivilprozess vor, s. hierzu BÖNI FRANZ, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, Jusletter 12. August 2013, 2 f.

