

## **Revision des Kartellgesetzes (KG)**

### **Kartellzivilrecht**

#### ***A. Vorbemerkung***

Der hier unterbreitete Vorschlag für eine Reform des Kartellzivilrechts beruht auf dem Wunsch, einen Revisionskern zu identifizieren, der für eine Stärkung der praktischen Bedeutung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts unabdingbar erscheint. Der Verfasser hat in einer Studie, die im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft erstellt wurde, weitergehende Massnahmen vorgeschlagen und hält hieran fest.<sup>1</sup> Die hier vorgelegte, "schlanke" Fassung dient dazu, eine konkrete Diskussionsgrundlage zu erstellen, die bei der Erarbeitung eines definitiven Revisionsvorschlags nützlich sein mag. Literaturnachweise sind knapp gehalten. Insofern wird auf den wissenschaftlichen Apparat der erwähnten Studie verwiesen.

Die zu streichenden Bestimmungen des geltenden Rechts sind mit "durchgestrichen" markiert, die neu aufzunehmenden Bestimmungen sowie alle Änderungen sind in Kursivschrift gesetzt.

#### ***B. Vorentwurf Vernehmlassung***

### **Kartellgesetz (KG)**

#### **Ingress des Kartellgesetzes**

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Artikel 27 Absatz 1, 96, 97 ~~Absatz 2~~ und 122 der Bundesverfassung, in Ausführung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen internationaler Abkommen, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994, beschliesst:

---

<sup>1</sup> *Heinemann, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 130 S., Bern 2009 (abrufbar unter [www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367](http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367)).*

## **Art. 12 KG Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung**

<sup>1</sup> Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf:

- a. Beseitigung *und* Unterlassung der Behinderung;
- b. Feststellung der Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung;
- c. Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts;
- d. Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

<sup>2</sup> Als Wettbewerbsbehinderung fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht.

<sup>3</sup> In Bezug auf den Schadenersatzanspruch ist dem Schädiger nicht der Einwand verwehrt, dass ein durch die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bewirkter Aufpreis ganz oder teilweise auf die nächste Marktstufe abgewälzt wurde. Die Beweislast für diesen Einwand trifft den Schädiger.

<sup>4</sup> Die Ansprüche aus Absatz 1 lit. a – c stehen auch den Konsumenten sowie juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu, deren wirtschaftliche Interessen durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bedroht oder verletzt werden.

<sup>5</sup> Ferner können nach Absatz 1 lit. a - c klagen:

- a. Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (im folgenden: Konsumentenorganisationen);
- b. Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind.

<sup>6</sup> Ansprüche nach Abs. 1 lit. c können von den Konsumentenorganisationen sowie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden nur für diejenigen geltend gemacht werden, die sich ausdrücklich mit der kollektiven Geltendmachung durch die Organisation bzw. den Verband einverstanden erklärt haben.

<sup>7</sup> Das Gericht ist an die Tatsachenfeststellungen und die rechtlichen Bewertungen gebunden, die von der Wettbewerbskommission oder dem Preisüberwacher in einem bestandskräftigen Entscheid getroffen wurden. Gleichgestellt sind rechtskräftige Gerichtsentscheidungen, die auf Beschwerde gegen Entscheide nach Satz 1 ergangen sind.

<sup>8</sup> Das Gericht kann auf Antrag der obsiegenden Partei anordnen, dass das Urteil auf Kosten der anderen Partei veröffentlicht wird. Es bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung.

~~<sup>3</sup> Die in Absatz 1 genannten Ansprüche hat auch, wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist.~~

### **Redaktionelle Änderung der französischen und italienischen Fassungen von Art. 12 Abs. 1 lit. a KG**

französisch: a. de supprimer l'entrave et de s'abstenir d'entraver;

italienisch: *a. di sopprimere l'ostacolo e di omettere di ostacolare;*

### **Art. 12a KG Verjährung**

<sup>1</sup>Die Ansprüche aus Art. 12 Abs. 1 lit. c und d verjähren in drei Jahren von dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren, vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet. Art. 60 Abs. 2 und 3 OR finden Anwendung.

<sup>2</sup>Mit Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission und bis zum Abschluss der Untersuchung steht die Verjährung still. Dies gilt entsprechend, wenn die Europäische Kommission auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr<sup>2</sup> ein Verfahren einleitet.

### **Art. 12b KG Vorlegung von Beweismitteln**

Wenn der Kläger Tatsachen und Beweismittel vorlegt, welche die Existenz eines Anspruchs nach Art. 12 glaubhaft machen, es ihm aber unter zumutbaren Anstrengungen nicht möglich ist, seinen Anspruch zu beweisen, kann er dem Gericht beantragen, die Vorlegung von Beweismitteln anzuordnen, die sich im Besitz des Beklagten befinden. Der Antragsteller hat in seinem Antrag die Beweismittel oder die Kategorien von Beweismitteln zu bezeichnen, auf die sich sein Antrag bezieht. Das Gericht ordnet die Vorlegung der bezeichneten Beweismittel an, soweit sie geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Anspruch zu begründen. Artikel 16 bleibt unberührt.

### **Art. 12c KG Prozesskosten**

Hatte der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt das Gericht die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und den Beklagten.

### **Art. 13 KG Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs**

Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich

- a. feststellen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind;
- b. anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben.

### **Art. 15 KG Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung**

<sup>1</sup>Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt.

---

<sup>2</sup> SR 0.748.127.192.68.

<sup>2</sup>Die Wettbewerbskommission hat das Recht, am zivilrechtlichen Verfahren teilzunehmen, ihren Standpunkt geltend zu machen, auf Tatsachen und Beweismittel hinzuweisen sowie Parteien, Zeugen und Sachverständige zu befragen.

<sup>3</sup>Wird geltend gemacht, eine an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sei zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig, so entscheidet der Bundesrat.

## **KG-Sanktionsverordnung**

### **Art. 6 SVKG Mildernde Umstände**

<sup>1</sup>Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 KG beendet, oder wenn das Unternehmen ernsthafte Anstrengungen zur Entschädigung der Opfer der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung unternimmt, wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert.

## ***C. Erläuternder Bericht***

### **1. Allgemeines**

Das Kartellgesetz enthält in seinem 3. Kapitel Vorschriften über das zivilrechtliche Verfahren. Die systematische Stellung des zivilrechtlichen Kapitels noch vor dem 4. Kapitel über das verwaltungsrechtliche Verfahren ist kein Zufall: Eines der Ziele des KG 1995 bestand darin, dem zivilrechtlichen Verfahren grössere praktische Bedeutung zu verschaffen.<sup>3</sup> Dieses Ziel ist nicht erreicht worden. Bei der praktischen Durchsetzung des Kartellgesetzes steht das behördliche Verfahren im Vordergrund. Die zivilrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung (auf der Aktivseite hauptsächlich durch Unterlassens- und Schadenersatzansprüche, auf der Passivseite durch die Berufung auf die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte) ist demgegenüber von untergeordneter, ja bloss sporadischer Bedeutung. Die Gründe für diesen Befund sind vielfältig: Das geltende Recht in seiner Auslegung durch die herrschende Meinung verweigert den Konsumenten und ihren Verbänden die Aktivlegitimation. Die Frist für die Verjährung der kartellrechtlichen Ansprüche ist zu knapp bemessen. Die Beweisführung ist im Bereich des Kartelldeliktsrechts mit besonders grossen Schwierigkeiten konfrontiert. Zudem steht das Verwaltungsverfahren zumindest teilweise in Konkurrenz zum

---

<sup>3</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 522.

Zivilrechtsweg: Auch wenn die Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht den Ersatz ihres Schadens erlangen können, vermeidet der Weg über die Wettbewerbskommission die Kosten und Risiken eines Zivilprozesses.

## 2. Erfahrungen im Ausland

Die praktische Bedeutung des Kartellprivatrechts hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Die grosse Bedeutung des *private enforcement* in den USA ist auf die starken Anreize für private Klagen sowie auf verfahrensrechtliche Erleichterungen zurückzuführen. So spricht das US-amerikanische Recht den Opfern von Kartellverstössen dreifachen Schadenersatz zu, und mit der *pretrial discovery* steht ein Mechanismus zur leichteren Aufklärung komplexer Sachverhalte zur Verfügung. Ausserdem kann durch die Bündelung von Klagen in *class actions* die kritische Masse für eine lohnende Rechtsverfolgung leichter erreicht werden.

In Europa wird die amerikanische Klagekultur häufig als exzessiv empfunden. Die Kritik betrifft vorwiegend den dreifachen Schadenersatz, die Gefahr von *fishing expeditions* bei der *pretrial discovery* sowie das Druckpotential von Sammelklagen, die dem *opt out*-Prinzip folgen. Entwicklungen in der Europäischen Union und in einigen ihrer Mitgliedstaaten zeigen, dass massvolle Veränderungen des rechtlichen Rahmens zu einer deutlichen Belebung der privaten Kartellrechtsklagen und zu einem Ausgleich der erlittenen Schäden führen können. So hat der Europäische Gerichtshof in den Rechtssachen *Courage* (2001)<sup>4</sup> und *Manfredi* (2006)<sup>5</sup> entschieden, dass jedermann einen Anspruch auf Ersatz des Schadens hat, der ihm durch eine Verletzung des europäischen Kartellrechts entstanden ist. Engführungen der Aktivlegitimation in einzelnen EU-Mitgliedstaaten wurden so beseitigt. Frankreich und Grossbritannien haben Konsumentenorganisationen das Recht eingeräumt, kartellrechtliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Beide Länder folgen dabei dem *opt in*-Prinzip, lassen die kollektiven Klagerechte also nur zugunsten derjenigen Verbraucher zu, welche die Organisation ausdrücklich hierzu autorisiert haben. In Deutschland wurden die gesetzlichen Voraussetzungen für Privatklagen durch die Kartellgesetznovelle im Jahr 2005 verbessert. Unter dem Eindruck der *Courage*-Entscheidung lockerte der Gesetzgeber die bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Restriktionen der Aktivlegitimation und fügte u.a. Spezialregeln zum *passing on*, zur Bindungswirkung von Behördenentscheidungen sowie zur Frage der

---

<sup>4</sup> EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297.

<sup>5</sup> EuGH, 13.7.2006, *Manfredi*, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619.

Verjährungshemmung ein. Seit 2005 ist in Deutschland ein deutlicher Anstieg der Schadenersatzklagen zu verzeichnen.

Die Erfahrungen im europäischen Ausland zeigen, dass die Beseitigung systemwidriger Stolpersteine und die sachdienliche Anpassung des rechtlichen Rahmens die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs erleichtern können, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur käme.

### **3. Die Bestimmung des Schadens**

#### **a) Strafschadenersatz**

Die Einführung mehrfachen Schadenersatzes ist abzulehnen. Es sollte bei der Aufgabenteilung zwischen Kartellzivilrecht und Kartellverwaltungsrecht bleiben, wonach ersterem primär eine Kompensationsfunktion zukommt. Repression und Prävention sollten den öffentlich-rechtlichen Sanktionen überlassen bleiben. Der dreifache Schadenersatz ist einer der Gründe für die Übertreibungen privater Prozessführung in den USA. Strafschadenersatz passt nicht in das System des geltenden Haftpflichtrechts.

#### **b) Schadensabwälzung (Art. 12 Abs. 3 E-KG)**

Das Problem der Schadensabwälzung (*passing on*) betrifft die Frage, ob sich Kartelltäter darauf berufen können, dass Kartellopfer die rechtswidrig erhöhten Preise auf die nächste Marktstufe abgewälzt haben und ihnen letztlich kein Schaden verblieben sei. Im US-amerikanischen Bundesrecht ist der *passing on*-Einwand aus Gründen der Effektivität privater Klagen ausgeschlossen. Nach der überwiegenden Auffassung der Schweizer Rechtslehre ist der Einwand der Schadensabwälzung hingegen zuzulassen. Jedermann sollte genau den Schaden ersetzt verlangen können, der letztendlich bei ihm verblieben ist. Dieser Standpunkt ist sachgemäss. Anderenfalls käme es zu einer Überkompensation der direkten Abnehmer, und bei Anerkennung der Aktivlegitimation indirekter Abnehmer zu einer Mehrfachbelastung des Schädigers. Hierin läge eine Pönalisierung des Schadenersatzes, welche mit der Kompensationsfunktion des Haftpflichtrechts nicht vereinbar ist.

Angesichts der zentralen Stellung der *passing on*-Problematik für das Kartellzivilrecht empfiehlt es sich, diese Lösung ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen (Art. 12 Abs. 3 E-KG).

#### 4. Aktivlegitimation

Kartellzivilrechtliche Ansprüche stehen gem. Art. 12 Abs. 1 KG demjenigen zu, der "durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird". Wettbewerbsteilnehmer auf allen Marktstufen sind damit aktivlegitimiert, ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht erforderlich. Ein Ausschluss von Ansprüchen indirekter Abnehmer nach dem Vorbild der US-amerikanischen *indirect purchaser rule* existiert nicht. Unternehmen sind damit in weitestem Umfang aktivlegitimiert.

##### a) Abtretungslösung

In Deutschland hat in jüngster Zeit die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche durch einen Zessionar grosse Bedeutung erlangt. Der Bundesgerichtshof hat die Schadenersatzklage der belgischen Gesellschaft *Cartel Damage Claims (CDC)* gegen die Beteiligten eines Zementkartells zugelassen.<sup>6</sup> Die Gesellschaft klagt in eigenem Namen Schadenersatzansprüche ein, die ihr von geschädigten Kunden des Kartells abgetreten wurden. Die gebündelte Geltendmachung von Einzelforderungen macht eine effiziente Vorgehensweise möglich, auch wenn sich für den einzelnen Geschädigten die Prozessführung nicht lohnt.

Eine solche Abtretungslösung ist bereits nach geltendem Recht auch in der Schweiz möglich. Nach Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger seine Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Die Literatur geht davon aus, dass der Abtretung kartellrechtlicher Ansprüche keiner dieser Gesichtspunkte entgegensteht.<sup>7</sup> Auch wenn noch keine praktischen Erfahrungen vorliegen, ist angesichts dieser Vorgaben die Prognose statthaft, dass Abtretungslösungen ausreichende Entfaltungsmöglichkeiten haben. Dieses Modell wird in der Realität immer dann interessant sein, wenn die Opfer Unternehmen sind, und wenn Schäden in zumindest mittlerer Höhe verursacht wurden. Die Geltendmachung fein fragmentierter Streuschäden ist für einen gewerblichen Dienstleister hingegen uninteressant.

---

<sup>6</sup> BGH, 7. April 2009, Az. KZR 42/08.

<sup>7</sup> Lang, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2000, S. 138 f.; *Reymond* im Commentaire Romand, 2002, Art. 12 LCart Rn. 19; *Spitz*, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113 (120); *Walter* in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 Rn. 38.

**b) Aktivlegitimation von Konsumenten und ihren Verbänden (Art. 12 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a E-KG)**

Aus der Tatsache, dass die Ansprüche aus Art. 12 Abs. 1 KG eine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs voraussetzen, folgt nach der ganz überwiegenden Auffassung, dass Konsumenten keine Ansprüche im Fall einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung haben. Dieser Ausgangspunkt ist aus grundsätzlichen und systematischen Überlegungen zu korrigieren. Ein auf dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit basierendes marktwirtschaftliches System verfolgt als eines seiner wichtigsten Ziele, die besten Ergebnisse für die Konsumenten hervorzubringen. Es ist widersprüchlich, den Konsumenten eigene Ansprüche zu versagen, wenn sie durch eine Verletzung grundlegender marktwirtschaftlicher Regeln geschädigt wurden. Zudem ergibt sich eine untragbare Haftungslücke. Erkennt man den Einwand der Schadensabwälzung an, und wird der durch einen Kartellverstoss bedingte Schaden vollständig über alle Wirtschaftsstufen bis auf die Konsumenten abgewälzt, haftet der Kartelldelinquent zivilrechtlich nicht. Gegen Ansprüche der Unternehmen kann er sich mit dem Einwand der Schadensabwälzung verteidigen, die Ansprüche der letztendlich geschädigten Konsumenten scheitern am Fehlen der Aktivlegitimation.

Dieser Widerspruch ist dadurch aufzulösen, dass den Konsumenten die Aktivlegitimation eingeräumt wird. Eine entsprechender Absatz ist in Art. 12 KG einzufügen (Art. 12 Abs. 4 E-KG). Ausserdem ist der Ingress des KG (der in der geltenden Fassung lediglich auf Art. 97 Abs. 2 BV verweist) entsprechend anzupassen, indem auf den gesamten Konsumentenschutzartikel der BV verwiesen wird. Die Befürchtung einer unkontrollierbaren Klageflut aufgrund der Ausweitung der Aktivlegitimation ist unbegründet. Die Anreize für den Einzelnen, solche Klagen zu erheben, sind niedrig. Dies zeigen auch die Erfahrungen mit dem Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), das den Kunden einschliesslich der Konsumenten nicht nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, sondern auch Schadenersatzansprüche einräumt. Die praktische Bedeutung ist gering geblieben.

Da die individuelle Rechtsdurchsetzung beim Phänomen der Streuschäden nicht funktioniert, reicht es nicht aus, dem einzelnen Konsumenten Klagerechte einzuräumen. Auch die Konsumentenverbände sollten berechtigt sein, die Interessen der Verbraucher wahrzunehmen und deren Schaden einzuklagen (Art. 12 Abs. 5 lit. a E-KG). Dies folgt aus dem Phänomen der «rationalen Apathie»: Obwohl die volkswirtschaftlichen Schäden der Kartellbildung



immens sind, können die beim einzelnen Konsumenten verursachten Nachteile so fein fragmentiert sein, dass sich für den Einzelnen die Geltendmachung eigener Ansprüche nicht lohnt. Die Situation der Schadensfragmentierung ist geradezu der Musterfall für die Notwendigkeit einer Verbandsklage. Was die nähere Ausgestaltung betrifft, so passt sich ein *opt in*-Modell am besten in das geltende Rechtssystem ein. Der Verband sollte also nur die Ansprüche derjenigen Konsumenten geltend machen können, die ihn hierzu autorisiert haben (Art. 12 Abs. 6 E-KG). Eine solche Ausgestaltung vermeidet das Risiko exzessiver Klagen, das einem *opt out*-System anhaftet. An den Beitritt zur Verbandsklage sollten keine hohen formalen Anforderungen gestellt werden. Die Einschreibung auf einer Internetseite sollte ausreichen.

Die Aktivlegitimation der Konsumenten und der Konsumentenverbände (sowie der sogleich zu besprechenden gewerblichen Verbände und der öffentlich-rechtlichen Personen) wird in eigenen Absätzen behandelt (und nicht in Art. 12 Abs. 1 KG verankert), weil es auf diesem Weg möglich wird, lediglich auf lit. a – c in Art. 12 Abs. 1 E-KG, nicht aber auf den Anspruch auf Gewinnherausgabe in lit. d der Vorschrift zu verweisen. Zu komplex sind die Schwierigkeiten, die der Anspruch auf Gewinnherausgabe hervorruft. So ist beispielsweise umstritten, ob dieser Anspruch nur "pro rata" auf einen Teilbetrag oder gesamthaft im Weg der Solidargläubigerschaft geltend gemacht werden kann.<sup>8</sup> Es erscheint vorzugswürdig, diese Streitfragen nicht auf den neu hinzutretenden Kreis Aktivlegitimierter auszudehnen.

### **c) Aktivlegitimation gewerblicher Verbände (Art. 12 Abs. 5 lit. b E-KG)**

Die rechtliche Situation hinsichtlich der Aktivlegitimation gewerblicher Verbände in Bezug auf die Wahrnehmung kartellrechtlicher Ansprüche ihrer Mitglieder ist unklar. Das KG enthält keine Vorschrift zu diesem Thema. Auch bei Unternehmen, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, kommt es vor, dass die aufgrund eines Kartellrechtsverstosses erlittenen Schäden so gering sind, dass sich die selbständige Geltendmachung nicht lohnt, und dass auch die Abtretung an einen Dienstleister wirtschaftlich uninteressant ist. Den gewerblichen Verbänden sollte deshalb die Aktivlegitimation nicht nur im Hinblick auf Unterlassungs-, sondern auch auf Schadenersatzansprüche eingeräumt werden. Art. 12 KG ist entsprechend anzupassen (Art. 12 Abs. 5 lit. b E-KG).

---

<sup>8</sup> Heinemann (oben Fn. 1), S. 87 f.

#### **d) Aktivlegitimation öffentlich-rechtlicher Personen (Art. 12 Abs. 4 E-KG)**

Auch der Staat und seine Untergliederungen können das Opfer von Kartellverstössen werden. Ein praktisches Beispiel sind die Submissionskartelle. Im Gesetz sollte klar gestellt werden, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts die kartellzivilrechtlichen Ansprüche geltend machen können (Art. 12 Abs. 4 E-KG).

#### **5. Beweisführung (Art. 12b E-KG)**

Die geringe praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Privatklagen beruht auch auf den Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Die Existenz von Geheimstrategien, die ökonomische Prägung der kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmale und die Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge machen es schwierig, den Kartellrechtsverstoss, den Schaden und das kausale Band zwischen beiden zu beweisen. Das geltende Recht sieht einige Erleichterungen in diesem Zusammenhang vor. Bei Schadenersatzansprüchen besteht die Möglichkeit der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR.<sup>9</sup> Ausserdem stehen prozessuale Hilfen zur Verfügung: Der Geschädigte kann eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihm unmöglich oder unzumutbar ist, die Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Die Bezifferung erfolgt dann nach Abschluss des Beweisverfahrens (Stufenklage). Der Kläger kann sich auch das Recht vorbehalten, erst in diesem Zeitpunkt zu entscheiden, ob er Schadenersatz oder Gewinnherausgabe geltend machen möchte.<sup>10</sup>

Offensichtlich können diese Regeln aber der generellen Unattraktivität privater Klagen auf dem Gebiet des Kartellrechts nicht wirksam gegensteuern. In der Literatur wurden deshalb verschiedene Vorschläge unterbreitet, die z.B. auf die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes im Kartellzivilprozess, die Verankerung besonderer Auskunftsansprüche oder den erleichterten Zugang zu Beweismaterial der anderen Seite zielen.<sup>11</sup> Gegen die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes spricht, dass die Zivilgerichte mit einer aktiven Untersuchung des Sachverhalts in der Rolle einer Kartellbehörde überfordert wären. Die Schaffung neuer Auskunftsansprüche erscheint nur begrenzt effektiv. Vorzuziehen ist eine Lösung, nach der unter bestimmten Voraussetzungen das Gericht den Beklagten zur Vorlegung von Beweismitteln verpflichten kann. Eine solche Anordnung setzt voraus, dass

<sup>9</sup> Ein Beispiel für die Ausschöpfung des durch Art. 42 Abs. 2 OR eröffneten Potentials ist der Entscheid des Handelsgerichts Aargau, 13. Februar 2003, Allgemeines Bestattungsinstitut gegen den Kanton Aargau, RPW 2003, 451.

<sup>10</sup> *Borer*, in Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 13.45; Baker&McKenzie/*Hahn*, 2007, Art. 12 KG Rn. 40; s. auch Art. 83 der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

<sup>11</sup> S. den Überblick bei *Heinemann* (oben Fn. 1), S. 98 ff.

der Kläger die Existenz eines kartellzivilrechtlichen Anspruchs glaubhaft macht, er jedoch nicht dazu in der Lage ist, unter zumutbaren Anstrengungen den vollständigen Beweis zu führen, und dass er die Beweismittel oder Kategorien von Beweismitteln bezeichnet, die seinen Anspruch zu stützen vermögen. Die Anordnung einer Vorlegungspflicht sollte auf Beweismittel im Besitz des Beklagten beschränkt werden. Das Gericht hat zu prüfen, ob die genannten Voraussetzungen vorliegen, insbesondere auch, ob die bezeichneten Beweismittel geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Anspruch zu begründen. Die Vorgaben für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 16 KG) sind einzuhalten.

### **6. Prozesskosten (Art. 12c E-KG)**

Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen werden die Prozesskosten der unterlegenen Partei auferlegt. Die allgemeine Kostenregel wirkt zwar im Prinzip symmetrisch für und gegen beide Parteien. Faktisch trifft das höhere Risiko aber denjenigen, der eine Verletzung des Kartellrechts geltend macht, da er mit den besonderen Schwierigkeiten konfrontiert ist, die sich bei der Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche stellen. Dem Gericht sollte deshalb die Möglichkeit eingeräumt werden, die Kosten nach seinem Ermessen auf Kläger und Beklagten zu verteilen.<sup>12</sup> Eine solche Modifikation der Kostenverteilung ist aus anderen Zusammenhängen bekannt: Gem. Art. 706a Abs. 3 OR verteilt der Richter bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage die Kosten bei Abweisung der Klage nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger. Im Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen bestimmt Art. 756 Abs. 2 OR, dass der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilen kann, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Der Grundgedanke dieser Regeln trifft auch für das Kartellprivatrecht zu: Betroffene sollen durch das hohe Kostenrisiko nicht von der Geltendmachung ihrer Rechte abgeschreckt werden. Eine entsprechende Regel sollte deshalb in das KG aufgenommen werden. Art. 12c E-KG folgt der Formulierung in Art. 756 Abs. 2 OR.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Vgl. die Forderungen von *Kunz*, *Wurde das Kartellprivatrecht vergessen? Nutzlose Regelungen und Korrekturmöglichkeiten*, NZZ v. 22.11.1994, S. 27; *Lang* (oben Fn. 7), S. 48; *Zäch*, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rn. 850.

<sup>13</sup> So auch der Vorschlag von *Zäch/Heizmann*, *Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private*, Essays in Honor of Stanislaw Soltysinski, 2005, S. 1059 (1067). Zwar wird Art. 756 Abs. 2 OR (wie auch Art. 706a Abs. 3 OR) durch Anhang II 5 E-ZPO aufgehoben. Der Grundgedanke dieser Regeln geht in der neuen Billigkeitsnorm des Art. 105 E-ZPO auf. Ausweislich der Botschaft (BB1 2006 7298) kann es um der Klarheit willen erforderlich sein, spezialgesetzliche Sonderregeln zur Kostenverteilung aufrechtzuerhalten. Angesichts der unzureichenden praktischen Erfahrung sollte von dieser Möglichkeit im Kartellzivilrecht Gebrauch gemacht werden.

## 7. Sonstige Änderungen im Kartellzivilrecht

### a) Verjährung (Art. 12a E-KG)

Die Verjährung der Ansprüche aus Art. 12 Abs. 1 KG richtet sich nach Art. 60 OR. Im kartellrechtlichen Zusammenhang ist die einjährige relative Verjährungsfrist besonders misslich. Kenntnis von Schaden und Schädiger liegt dann vor, wenn sich die Informationen so weit konkretisiert haben, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist. Die Anwendung dieser Kriterien schafft Unsicherheit, zwingt zu frühzeitiger Klageerhebung und beeinträchtigt so die Erfolgsaussichten. Zudem existiert keine Sonderregelung über den Stillstand der Verjährung für den Fall, dass ein kartellbehördliches Verfahren eingeleitet wird. Der Verjährungsproblematik kommt grosse Verantwortung für den geringen Stellenwert des Kartellzivilrechts zu. Die relative Verjährungsfrist ist deshalb auf drei Jahre anzuheben (Art. 12a Abs. 1 E-KG). Eine Vorschrift über den Stillstand der Verjährung während des kartellbehördlichen Verfahrens ist aufzunehmen (Art. 12a Abs. 2 E-KG).

### b) Verhältnis von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

Art. 12 Abs. 1 lit. a KG sieht in seiner aktuellen Fassung vor, dass das Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung einen Anspruch auf "Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung" hat. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen kumulativ zuzusprechen sind.<sup>14</sup> Das Wort "oder" sollte deshalb durch "und" ersetzt werden.

### c) Redaktionelle Anpassung des Unterlassungsanspruchs in der französischen und italienischen Fassung

In der französischen und der italienischen Fassung von Art. 12 Abs. 1 lit. a KG wird der Unterlassungsanspruch mit "*cessation de l'entrave*" bzw. "*cessazione dell'ostacolo*" umschrieben. Die Begriffe "*cessation*" bzw. "*cessazione*" sind sprachlich nicht angemessen, da sie lediglich die Einstellung einer bereits eingetretenen und nicht auch die Unterlassung einer bevorstehenden Behinderung erfassen.<sup>15</sup> Die Begriffe sollten angepasst werden, wobei die Formulierung der Unterlassungsklage in Art. 82 der Schweizerischen Zivilprozessordnung benutzt werden kann.

<sup>14</sup> S. für alle Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 63 m.w.N.

<sup>15</sup> Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 66.

#### **d) Urteilsveröffentlichung (Art. 12 Abs. 8 E-KG)**

Das KG 1985 enthielt in Art. 9 Abs. 2 eine ausdrückliche Vorschrift über die Urteilsveröffentlichung. Der Richter konnte danach die obsiegende Partei ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei zu veröffentlichen. Das KG 1995 enthält demgegenüber in Art. 48 Abs. 2 nur noch die Regel, dass die Gerichte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die einschlägigen Urteile zuzustellen haben. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen, was regelmässig in Teil C des Publikationsorgans RPW/DPC geschieht.

Nach einhelliger Auffassung schliesst dies nicht aus, bei Vorliegen eines konkreten Rechtsschutzinteresses dem Kläger weiterhin ein Recht auf Urteilspublikation zu geben. Ein Rechtsschutzinteresse wird z.B. dann angenommen, wenn der Fall erhebliches Medieninteresse ausgelöst hat. Die Veröffentlichung muss mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip in Einklang stehen. Eine allgemeine Publikation scheidet aus, wenn die Mitteilung an ausgewählte Personenkreise ausreicht. Es ist nicht einzusehen, warum das KG im Gegensatz zu den Nachbargebieten (s. z.B. Art. 9 Abs. 2 UWG, Art. 70 PatG, Art. 66 URG, Art. 60 MSchG) über keine ausdrückliche Regelung über die Urteilsveröffentlichung verfügt. Auch im Fall einer Kartellrechtsverletzung besteht ein Bedürfnis danach, dass die Stellung im Wettbewerb wiederhergestellt wird und die interessierten Kreise von der Kartellrechtswidrigkeit in Kenntnis gesetzt werden. Eine entsprechende Regelung sollte deshalb in das Kartellgesetz aufgenommen werden. Der in Art. 12 Abs. 8 E-KG gemachte Vorschlag übernimmt den Wortlaut von Art. 66 URG.

#### **e) Art. 12 Abs. 3 KG**

Art. 12 Abs. 3 KG geht davon aus, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche nicht zwingend eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, also die Verletzung eines kartellrechtlichen Tatbestands voraussetzen. Als Beispiele werden in der Literatur an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen genannt, die in den Genuss einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 KG gekommen sind. Manche sehen einen Anwendungsfall auch in Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aber aus Effizienzgründen gerechtfertigt sind.<sup>16</sup> Die Grundkonzeption von Art. 12 Abs. 3 KG

---

<sup>16</sup> Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 174 ff. mit Nachweis des Meinungsstands.

überzeugt nicht.<sup>17</sup> Die Vorschrift spielt auf Vorschriften des KG 1985 an, die nicht mehr relevant sind: Nach Art. 7 Abs. 1 KG 1985 konnten Wettbewerbsbehinderungen gerechtfertigt werden, wenn überwiegende schutzwürdige private Interessen bestanden und der Wettbewerb nicht übermässig beeinträchtigt wurde.<sup>18</sup> Zu den überwiegenden schutzwürdigen Interessen zählten nach Art. 7 Abs. 2 KG 1985 gerade auch ausserwettbewerbliche Beurteilungskriterien.<sup>19</sup> Den weiten Auslegungsspielräumen, welche diese Regelung eröffnete, wurde als Korrektiv das kartellrechtliche Übermassverbot an die Seite gestellt.

Ein solches Korrektiv ist nach der Grundkonzeption des KG 1995 nicht mehr erforderlich.<sup>20</sup> Erstens wurde die Saldotheorie aufgegeben, jedenfalls auf der Ebene der Kartellbehörden und –gerichte.<sup>21</sup> Die kartellrechtlichen Tatbestände haben damit eine hinreichend klare Fassung erhalten, welche durch die Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG noch akzentuiert wird. Zweitens ist das Übermassverbot in das KG 1995 insofern bereits eingebaut, als die Rechtfertigung wegen wirtschaftlicher Effizienz gem. Art. 5 Abs. 2 KG die "Notwendigkeit" der Wettbewerbsabrede für die Erreichung der angestrebten Effizienzgewinne voraussetzt. Und drittens sollte man auch nach Ausnahmegenehmigungen des Bundesrats auf eine besondere Anspruchsgrundlage verzichten. Es ist die Aufgabe des Bundesrats, die sachlichen und zeitlichen Grenzen der Ausnahme präzise festzulegen (Art. 31 Abs. 3 KG). Bewegen sich die begünstigten Unternehmen im Rahmen dieser Vorgaben, sollten sie der zivilrechtlichen Haftung entzogen sein. Überschreiten sie die Grenzen der Ausnahmegenehmigung, liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, welche die regulären Ansprüche nach Art. 12 Abs. 1 KG auslöst.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 12 Abs. 3 KG obsolet und systemwidrig. Die Vorschrift sollte deshalb gestrichen werden.

---

<sup>17</sup> Kritisch zu Art. 12 Abs. 3 KG auch Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 56; BSK KG-JACOBS/GIGER, 2010, Art. 12 KG Rn. 8-11; Lang (oben Fn. 7), S. 81 f.; Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 169 ff.

<sup>18</sup> S. auch Art. 17 KG 1985, wonach Kartellpflichten nur dann durchsetzbar waren, wenn sie den Wettbewerb nicht übermässig beeinträchtigten.

<sup>19</sup> S. auch Art. 29 KG 1985: Hierin kommt die unter dem KG 1985 geltende Saldotheorie zum Ausdruck.

<sup>20</sup> So auch Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 165.

<sup>21</sup> Die ausnahmsweise Zulassung von eigentlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und Zusammenschlüssen aufgrund ausserwettbewerblicher Kriterien, nämlich überwiegender öffentlicher Interessen, ist nach Art. 8 und 11 KG dem Bundesrat vorbehalten.

### **f) Die Wettbewerbskommission im Zivilprozess (Art. 15 Abs. 2 E-KG)**

In rechtsvergleichender Hinsicht fällt auf, dass die Interventionsbefugnisse der Wettbewerbskommission im Zivilprozess relativ schwach ausgestaltet sind. Sie beschränken sich auf die Erstellung des Gutachtens nach Art. 15 KG, für das keine weiteren Sachverhaltsaufklärungen getroffen werden. Deutlich aktiver ist beispielsweise die Rolle der französischen *Autorité de la concurrence* und des deutschen Bundeskartellamts ausgestaltet.

Es erscheint wünschenswert, der Wettbewerbskommission vergleichbare Befugnisse einzuräumen. Am Grundsatz des Art. 15 KG würde sich nichts ändern: Das Gericht ist zur Einholung, die Wettbewerbskommission zur Erstellung eines Gutachtens verpflichtet. Zusätzlich hätte die Wettbewerbskommission nach dem Opportunitätsprinzip das Recht, sich in ausgewählte Zivilprozesse einzuschalten, dort ihren Standpunkt geltend zu machen, auf Tatsachen und Beweismittel hinzuweisen und Parteien, Zeugen und Sachverständige zu befragen. Eine Stärkung der behördlichen Beteiligungsrechte würde zu einer besseren Koordinierung der Zivilprozesse mit der allgemeinen Wettbewerbspolitik führen. Art. 15 KG ist um einen entsprechenden Absatz zu ergänzen.

## **8. Zivilrecht und Verwaltungsverfahren**

### **a) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen (Art. 12 Abs. 7 E-KG)**

Zwar zielen die Vorschläge für eine Stärkung des Kartellzivilrechts gerade auch auf zivilrechtliche Verfahren, die unabhängig von behördlichem Einschreiten eingeleitet werden (*stand alone*-Klagen). Die Zivilverfahren, die nach einem behördlichen Entscheid angestrengt werden, werden aber ihre Bedeutung behalten (*follow on*-Klagen). Auch wenn es unwahrscheinlich ist, dass ein Zivilgericht zu einer anderen Bewertung des Sachverhalts als die Behörde kommt, kann die Anordnung formaler Bindungswirkung den kartellzivilrechtlichen Verfahren grössere Prognosesicherheit verschaffen. Die Bindungswirkungen sollte für Tatsachenfeststellungen und rechtliche Bewertungen gelten und sich auf bestandskräftige Entscheide der Wettbewerbskommission und des Preisüberwachers beziehen, sowie auf rechtskräftige Gerichtsentscheide, durch welche die Rechtmässigkeit der behördlichen Verfügungen überprüft wurde.

### **b) Kartellzivilrecht und Sanktionsbemessung nach Art. 49a Abs. 1 KG**

Das Kartellgesetz sieht kumulativ zivilrechtliche Ansprüche sowie Verwaltungs- und Strafsanktionen vor. Während die zivilrechtlichen Ansprüche in erster Linie Kompensationsfunktion haben, zielen die Verwaltungs- und Strafsanktionen auf Repression und Prävention. Diese Grundunterscheidung wird durch die geringe praktische Bedeutung des Kartellzivilrechts verwischt: Da in der Realität die Kompensation der Kartellschäden zumeist nicht stattfindet, wurde den Verwaltungssanktionen auch die Aufgabe überantwortet, die Kartellrente abzuschöpfen.<sup>22</sup> Diese Zielsetzung kommt in Art. 49a Abs. 1 S. 4 KG zum Ausdruck, wonach der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erzielt hat, bei der Sanktionsbemessung angemessen zu berücksichtigen ist. Diese Vorgabe wird in der KG-Sanktionsverordnung ausgeführt. Auch wenn der Verletzergewinn nicht mit dem Schaden des Verletzten gleichzusetzen ist, bestehen zwischen beiden Rechnungsposten in den Kartellfällen doch grosse Überschneidungen.

Diese Vorgehensweise, nämlich Abschöpfung der Kartellrente über die direkten Sanktionen, ist sachgemäss, soweit es nicht zu einem zivilrechtlichen Schadenausgleich kommt. Findet eine zivilrechtliche Kompensation statt, würde die verwaltungsrechtliche Abschöpfung der Kartellrente zu einer Doppelbelastung des Kartelltäters führen. Mit zunehmender praktischer Bedeutung des Kartellzivilrechts, wie sie von dem vorliegenden Revisionsprojekt angestrebt wird, verschärft sich diese Spannung. Der Konflikt ist dadurch aufzulösen, dass in den Fällen, in denen der Kartelldelinquent ernsthafte Anstrengungen zum Ausgleich der schuldhaft verursachten Schäden unternimmt, bei der Bestimmung der direkten Sanktion nicht auf die zunächst erzielte Kartellrente abzustellen ist. Der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 S. 4 KG bietet hier ausreichenden Spielraum, da der mutmassliche Gewinn lediglich "angemessen" zu berücksichtigen ist. Es ist nicht angemessen, den Gewinn in die Berechnung der direkten Sanktion einfließen zu lassen, soweit er durch die Kompensation der Geschädigten aufgezehrt wird. Es bleibt dann bei dem Grundsatz in Art. 49a Abs. 1 S. 3 KG, wonach sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst, wobei für das Kriterium der Schwere des Verstosses die in Art. 3 KG-Sanktionsverordnung bezeichneten Umsatzkennziffern massgeblich sind. Eine Erhöhung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b

---

<sup>22</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2033: "Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoß gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt."



KG-Sanktionsverordnung findet bei ernsthaften Anstrengungen zum Schadensausgleich nicht statt.

**c) Zivilrechtlicher Ausgleich als mildernder Umstand (Art. 6 E-KG-Sanktionsverordnung)**

Ernsthafte Anstrengungen zum Schadensausgleich sollten als mildernder Umstand in Art. 6 Abs. 1 der KG-Sanktionsverordnung aufgenommen werden.<sup>23</sup> So wird ein Anreiz für die Delinquenten geschaffen, den von ihnen schuldhaft verursachten Schaden auszugleichen. Dies stärkt die praktische Wirksamkeit des Kartellzivilrechts. Ernsthafte Anstrengungen liegen dann vor, wenn der Verletzer von sich aus auf die Geschädigten zugeht und in konstruktiver Weise an einem zeitnahen Schadensausgleich mitwirkt. Diese Voraussetzungen sind beispielsweise dann zu bejahen, wenn bereits eine Einigung mit den Geschädigten erzielt wurde, oder wenn eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde, und der Verletzer die Kosten des Schiedsverfahrens übernimmt.

**d) Kartellzivilrecht und Bonusregelung**

Die Bereitschaft zur Inanspruchnahme der Bonusregelung kann sinken, wenn anschliessend die Gefahr zivilrechtlicher Haftung droht. Dieses Spannungsverhältnis ist im geltenden Recht angelegt, das zivilrechtliche Haftung und Bonusregelung nebeneinander vorsieht. Das US-amerikanische Recht reagiert mit materiellrechtlicher Besserstellung von Kronzeugen: Seit 2004 haften anerkannte Kronzeugen dort nicht mehr auf dreifachen, sondern lediglich auf einfachen Schadenersatz (*detrebling*). Ausserdem entfällt die Solidarhaftung für den gesamten Schaden; der Kronzeuge haftet nur für denjenigen Schaden, der ihm konkret zugeordnet werden kann. Auf der anderen Seite wird im amerikanischen Recht ein Zusammenhang zwischen Bonusregelung und Ausgleich der angerichteten Schäden hergestellt.<sup>24</sup>

Materiellrechtliche Erleichterungen passen nicht in das System des schweizerischen Haftpflichtrechts. Es ist mit dem Kompensationsgedanken des Haftpflichtrechts nicht vereinbar, Schadenersatzansprüche einzuschränken, weil der Schädiger mit einer Behörde kooperiert hat. Ausserdem bleiben genügend Anreize zur Inanspruchnahme der

<sup>23</sup> Als Vorbild kann Nummer 49 lit. c) der niederländischen Bussgeldleitlinien dienen (NMa Fining Code 2007, [www.nmanet.nl/Images/NMa%20Fining%20Code%202007%20AMEW\\_tcm16-107358.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/NMa%20Fining%20Code%202007%20AMEW_tcm16-107358.pdf)): "Mitigating circumstances include [...] c) the circumstance that the offender of his own accord provided compensation to the injured party/ injured parties."

<sup>24</sup> US Department of Justice, Corporate Leniency Policy, 1993 ([www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm)), A5 and B6: "Where possible, the corporation makes restitution to injured parties."

Bonusregelung bestehen. Jeder Kartellant muss befürchten, dass ihm ein anderer zuvorkommt, die Identität aller Täter bekannt wird, und sodann ohnehin mit zivilrechtlicher Haftung zu rechnen ist. Spannungen zwischen Kartellzivilrecht und Bonusregelung sollten deshalb auf anderem Weg, z.B. durch die bereits jetzt praktizierte Vertraulichkeit von Unternehmenserklärungen reduziert werden.<sup>25</sup>

## 9. Ausblick

Das geltende Kartellzivilrecht hat zahlreiche Schwächen, welche die private Rechtsdurchsetzung in der Realität erschweren oder gar verunmöglichen. Die Anreize zur Klageerhebung können durch systemkonforme Änderungen deutlich vergrössert werden. Es geht hierbei nicht darum, das Zivilkartellrecht zu Lasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt. Von Strafschadenersatz ist abzusehen, genauso wie von Sammelklagen auf *opt out*-Basis. Im Gegenzug ist es von entscheidender Bedeutung, Verbesserungen bei der Aktivlegitimation, der Bestimmung des Schadens und beim Zugang zu Beweismitteln zu erzielen. Folgt man dieser Marschroute, ist die Furcht vor einer "Amerikanisierung" des Zivilprozesses unbegründet. Den Opfern wird lediglich die faire Chance eingeräumt, sich gegen Wettbewerbsverstösse auch auf dem Zivilrechtsweg effektiv zu wehren.

---

<sup>25</sup> S. *Wettbewerbskommission*, Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 2 der Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung ([www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de)); *Wettbewerbskommission*, Die Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht ([www.weko.admin.ch/themen/00161/index.html?lang=de](http://www.weko.admin.ch/themen/00161/index.html?lang=de)).