



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Andreas Heinemann

**Die privatrechtliche
Durchsetzung des
Kartellrechts**

**Strukturberichterstattung
Nr. 44/4**

Evaluation Kartellgesetz

**Studie im Auftrag des
Staatssekretariats für Wirtschaft**



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Andreas Heinemann

**Die privatrechtliche
Durchsetzung des
Kartellrechts**

Empfehlungen für das
Schweizer Recht auf
rechtsvergleichender
Grundlage

**Strukturberichterstattung
Nr. 44/4**

Evaluation Kartellgesetz

**Studie im Auftrag des
Staatssekretariats für Wirtschaft**
Begleitet von der Evaluationsgruppe
Kartellgesetz

Bern, 2009

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	5
A. Länderberichte	6
I. Überblick über die internationale Entwicklung.....	6
II. USA.....	9
1. Materielles Recht.....	9
a) Nichtigkeit.....	10
b) Schadenersatz.....	10
c) Klageberechtigung von Verbrauchern.....	10
d) Schadensabwälzung (<i>passing on</i>) und Standing.....	11
e) Verschulden.....	12
f) Beteiligung am wettbewerbsbeschränkenden Verhalten.....	12
g) Verzinsung.....	12
h) Verjährung.....	13
i) Kollisionsrecht.....	13
2. Prozessrecht.....	13
a) Pretrial discovery.....	14
b) Jury trial.....	14
c) Class actions.....	14
d) Schiedsgerichtsbarkeit.....	15
3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	16
a) Bonusregelung.....	16
b) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen.....	16
c) Amicus curiae.....	16
d) Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen.....	17
III. Europäische Union.....	18
1. Ausgangspunkt.....	18
2. Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen "Courage" und "Manfredi".....	18
a) Courage.....	18
b) Manfredi.....	19
c) Rechtsgrundlage.....	20
3. Grün- und Weissbuch.....	20
a) Aktivlegitimation.....	21
b) Zugang zu Beweismitteln.....	21
c) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen.....	21
d) Verschulden.....	21
e) Schadenersatz.....	22
f) Schadensabwälzung (<i>passing on</i>).....	22
g) Verjährung.....	22
h) Verfahrenskosten.....	22
i) Bonusregelung.....	22
j) Ausblick.....	23
4. Stellung der Kartellbehörden im Zivilprozess.....	23
5. Schiedsgerichtsbarkeit.....	23
6. Fazit.....	24
IV. Deutschland.....	25
1. Allgemeines.....	25
2. Materielles Recht.....	26
a) Nichtigkeit.....	26
b) Aktivlegitimation.....	26
c) Verbandsklagerecht.....	27
d) Abtretungslösung.....	27
e) Schadenersatz und Gewinnherausgabe.....	29
f) Schadensabwälzung (<i>passing on</i>).....	30
g) Verschulden.....	30

h) Verzinsung.....	31
i) Verjährung.....	31
3. Prozessrecht.....	31
a) Zuständigkeit.....	31
b) Verfahren.....	32
4. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	32
a) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen.....	32
b) Verweis auf Zivilrechtsweg.....	32
c) Kartellbehörden im Zivilprozess.....	33
d) Bonusregelung.....	33
<i>V. Frankreich</i>	35
1. Materielles Recht.....	35
a) Allgemeines.....	35
b) Aktivlegitimation.....	35
c) Schadenersatz.....	36
2. Prozessrecht.....	37
3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	37
a) Amicus curiae.....	37
b) Bindungswirkung.....	38
c) Bonusprogramm.....	38
<i>VI. Niederlande</i>	39
1. Materielles Recht.....	39
a) Allgemeines.....	39
b) Aktivlegitimation.....	39
c) Schadenersatz.....	40
2. Prozessrecht.....	41
3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	41
a) Amicus curiae.....	41
b) Bindungswirkung.....	42
c) Bonusregelung.....	42
d) Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen.....	42
<i>VII. Vereinigtes Königreich</i>	43
1. Materielles Recht.....	43
a) Allgemeines.....	43
b) Nichtigkeit.....	43
c) Aktivlegitimation.....	44
d) Schadenersatz.....	45
2. Prozessrecht.....	45
3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	46
a) Amicus curiae.....	46
b) Bindungswirkung.....	47
c) Bonusregelung.....	47
<i>VIII. Fazit</i>	49
B. Das Schweizer Recht in rechtsvergleichender Hinsicht	50
<i>I. Allgemeines</i>	50
1. Kartellprivatrechtliche Spezialregeln im Kartellgesetz.....	51
2. Missbrauchs- und Verbotsprinzip.....	52
a) Begrifflichkeit.....	52
b) Die Vorgaben der Bundesverfassung.....	52
c) Unzulässigkeit <i>ex nunc</i> oder <i>ex tunc</i> ?.....	53
<i>II. Materielles Recht</i>	55
1. Die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Tatbestände und ihre Bedeutung für die Verteilung der Beweislast.....	55
a) Wettbewerbsabreden.....	56
b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	58
c) Zusammenschlusskontrolle.....	59
d) Art. 12 Abs. 3 KG.....	60

2. Nichtigkeit	62
a) Grundkonzeption	62
b) Feststellung der Nichtigkeit.....	62
c) Reichweite der Nichtigkeit	63
3. Aktivlegitimation.....	63
a) Unternehmen	63
b) Gewerbliche Verbände	64
c) Abtretungslösungen	65
d) Verbraucher	66
e) Verbraucherschutzverbände.....	67
f) Sammelklagen.....	70
4. Unterlassung und Beseitigung.....	71
a) Redaktionelle Verbesserungen	71
b) Kontrahierungszwang.....	71
5. Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung	72
a) Schaden.....	72
b) Das Problem der Schadensabwälzung (<i>passing on</i>)	75
c) Mehrfacher Schadenersatz (bzw. <i>punitive damages</i>)?	80
d) Kausalität.....	82
e) Verschulden	83
f) Einwilligung, Selbstverschulden, Rechtsmissbrauch	84
g) Verzinsung.....	85
h) Genugtuung	86
6. Gewinnherausgabe	86
a) Der Verletzergegnung als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung.....	86
b) Geschäftsführung ohne Auftrag.....	87
7. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	88
8. Urteilsveröffentlichung.....	89
9. Verjährung.....	90
10. Anwendbares Recht	92
a) Ausgangspunkt	92
b) Rom II-Verordnung und alternative Anknüpfungsmöglichkeiten	93
c) Diskussion	94
<i>III. Zivilprozessrecht</i>	97
1. Beweisführung.....	98
a) Grundproblematik.....	98
b) Handlungsoptionen.....	98
c) Diskussion	100
2. Kosten des Rechtsstreits	102
3. Vorsorgliche Massnahmen	103
4. Erfolgshonorare	104
5. Schiedsverfahren	105
<i>IV. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess</i>	108
1. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen	108
a) Ausgangspunkt	108
b) Änderungsvorschlag	109
c) Preisüberwacher.....	110
d) Praktische Grenzen der Bindungswirkung	111
e) Ausblick.....	111
2. Verweis auf den Zivilrechtsweg als Grund für die Nichteinleitung eines Verwaltungsverfahrens?.....	112
a) Opportunitätsprinzip	112
b) Verweis auf den Zivilrechtsweg	112
c) Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Interesse	112
d) Begründungspflicht	113
3. Gutachten der Wettbewerbskommission nach Art. 15 KG.....	114
a) Ausgangspunkt	114
b) Praktische Bedeutung	115
c) Die Wettbewerbskommission als <i>amica curiae</i>	115

d) Einbeziehung des Bundesgerichts	116
e) Umwandlung der Konsultationspflicht in ein Interventionsrecht	117
4. Bonusregelung	117
a) Ausgangspunkt	117
b) Privilegierung des Kronzeugen im Haftpflichtrecht?	118
c) Vertraulichkeit von Unternehmenserklärungen	119
5. Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen	120
<i>V. Fazit</i>	<i>122</i>
C. Empfehlungen und Handlungsoptionen	123

Einleitung

Das Schweizer Kartellrecht hat privatrechtliche Wurzeln, nämlich die Boykott-Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹ Durch die Kartellgesetze von 1962, 1985, 1995 und die Revision des Jahres 2003 erfolgte der Aufbau der verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsinstrumente. Eine Abschaffung des Kartellprivatrechts war damit nicht beabsichtigt, im Gegenteil: Das KG von 1995 hatte gerade auch die Stärkung der zivilrechtlichen Sanktionen zum Ziel.² Die Beobachter sind sich einig, dass dieses Ziel nicht erreicht wurde.³ Die verwaltungsbehördliche Tätigkeit steht im Vordergrund, die praktische Bedeutung der zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung ist demgegenüber von ganz untergeordneter Bedeutung. Dies ist keine Besonderheit der Schweiz, sondern ein europaweiter, ja fast weltweiter Befund. Die grosse Ausnahme ist die Situation in den USA, wo die Anzahl der privaten Kartellrechtsverfahren die Zahl der Verwaltungsverfahren um ein Vielfaches übersteigt.⁴

Die vorliegende Studie will den Ursachen für diesen Befund nachgehen und Wege aufzeigen, wie die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts gestärkt werden könnte. Zu diesem Zweck werden in Teil A die Vorgaben und Erfahrungen in einigen ausgewählten Rechtsordnungen skizziert. Es wird sich zeigen, dass die praktische Bedeutung des Kartellprivatrechts von einer Vielzahl von Faktoren abhängt. Bereits kleine Änderungen des institutionellen Rahmens können den zivilrechtlichen Weg attraktiver machen, wie die jüngsten Entwicklungen in einigen europäischen Ländern zeigen.

Auf den Länderüberblick folgt eine kritische Untersuchung der Rechtslage in der Schweiz vor rechtsvergleichendem Hintergrund (Teil B). Die Empfehlungen und Handlungsoptionen, die sich aus dieser Analyse ergeben, werden in Teil C zusammengefasst.

¹ Grundlegend BGE 22 I 175 (1896): Der Boykottaufruf des Bäckerverbandes Brugg gegen den aus dem Verband ausgetretenen Bäcker *Vögtlin* wurde als widerrechtlicher Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht qualifiziert. Dem Aussenseiter wurde Schadenersatz zugesprochen. Zu den zivilrechtlichen Wurzeln des Schweizer Kartellrechts s. *Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Ausgabe 2005, Einführung Rn. 5 ff.

² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 522.

³ S. z.B. *Jacobs*, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: *Zäch* (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 209.

⁴ S. die Zahlenangaben bei *Jones*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, S. 16, 79 ff.

A. Länderberichte

In vielen Staaten ist das Kartellprivatrecht in Bewegung. Eine Auswahl ist zu treffen. Neben dem US-amerikanischen Recht, das für das Thema unentbehrlich ist, erscheinen die Entwicklungen in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und Grossbritannien von besonderem Interesse. Da das Kartellprivatrecht in der EU zunehmend vom europäischem Gemeinschaftsrecht geprägt und aktiv gestaltet wird, ist auch ein eigener Abschnitt über die Vorgaben und Vorhaben des EG-Rechts erforderlich.⁵

I. Überblick über die internationale Entwicklung

In den USA kam es bereits kurz nach Verabschiedung des *Sherman Act* im Jahr 1890 zu den ersten Kartellprivatklagen. Die Zahl blieb bis in die 1950er Jahre gering, wuchs in den Sechzigern, um in den Siebzigern einen Höhepunkt zu erreichen. Seitdem bewegt sich die Anzahl der Privatklagen auf hohem Niveau. Sie machen in den USA mehr als 90 % aller Kartellverfahren aus.⁶

Anders verlief die Entwicklung im Rest der Welt. In den meisten Ländern mit Kartellrechtstradition war die privatrechtliche Relevanz von Kartellrechtsverstößen zwar niemals bestritten.⁷ Allerdings war die praktische Bedeutung des Privatrechts gering, nicht nur in Europa, sondern beispielsweise auch in Kanada. Am häufigsten wurde Kartellrecht als Verteidigungsmittel benutzt, indem die kartellrechtliche Nichtigkeit eines Vertrags geltend gemacht wurde. In Deutschland erlangten daneben Klagen Bedeutung, mit denen auf der

⁵ Länderberichte (bzw. Synthesen) zum Kartellprivatrecht finden sich auch bei: *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004 (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>); *Ligue Internationale du Droit de la concurrence (LIDC)*, Should private enforcement (actions for damages) of competition law be encouraged, and if so, through what concrete measures?, 2006 (www.ligue.org/de/homepage/workshops/nat_reporters); *Möllers/Heinemann* (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007; *Nagel*, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, 2007.

⁶ S. die Angaben bei *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 3. Aufl. 2005, § 16.1.

⁷ Im Rahmen der allgemeinen Kartellrechtsliteratur finden sich deshalb seit jeher auch Ausführungen zum Kartellprivatrecht, s. z.B. die monographische Bearbeitung der Thematik in Deutschland durch: *Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, 1965; *Ullrich*, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit, 1971; *R. Buxbaum*, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, 1972; *Schmiedel*, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht, 1974; *Klein*, Individualschutz im Kartellrecht, 1977; *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977; *Linder*, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht, 1980; *Müller-Laube*, Der private Rechtsschutz gegen unzulässige Beschränkungen des Wettbewerbs und missbräuchliche Ausübung von Marktmacht im deutschen Kartellrecht, 1980.

Grundlage eines speziellen kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots für Abhängigkeitssituationen ein Anspruch auf Belieferung geltend gemacht wurde.

In der zweiten Hälfte der neunziger Jahre fand das Kartellprivatrecht stärkere Beachtung in Europa. Die Europäische Kommission machte in ihrem Weissbuch über die Modernisierung des europäischen Kartellrechts⁸ Vorschläge zur Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts und begründete die Notwendigkeit der Reform u.a. auch mit dem Ziel, die dezentrale Anwendung des europäischen Kartellrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte zu stärken.⁹ Dies führte zur neuen Kartellverordnung, VO 1/2003,¹⁰ und zu gesteigerter Aufmerksamkeit für das Kartellprivatrecht.¹¹ Hinzu trat 2001 die *Courage*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH),¹² die das Thema vollends in das Zentrum der Aufmerksamkeit rückte. Von Bedeutung war auch das bis 1999 praktizierte Vitaminkartell. Die Dimension des Kartells löste ausser zahlreichen kartellbehördlichen Entscheidungen¹³ eine Flut privater Schadenersatzklagen in verschiedenen Ländern aus. Die theoretische Aufarbeitung dieser Verfahren wird dem Thema der privatrechtlichen Kartellrechtssanktionen zusätzlichen Schub verschaffen.

Parallel zu dieser Entwicklung hat die monographische Begleitung des Themas eingesetzt. Besonders hervorzuheben ist die Untersuchung von *Clifford Jones* aus dem Jahr 1999, in der er die US-amerikanische mit der europäischen Entwicklung in Beziehung zueinander setzt.¹⁴ Weitere Monographien liegen vor,¹⁵ zahlreiche andere werden folgen. Das Thema geniesst ausserdem besondere Aufmerksamkeit auf wissenschaftlichen Tagungen. 2001 widmete sich der Annual Workshop on EU Competition Law and Policy am European University Institute

⁸ Abruflbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/wp_modern_de.pdf.

⁹ Ebenda, Tz. 99-100.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr.1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003 L 1/1).

¹¹ *Bornkamm/Becker*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213.

¹² EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297.

¹³ Für Europa s. Europäische Kommission, 22.11.2001, COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*, ABl. der EU 2003 L 6/1.

¹⁴ *Jones*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999.

¹⁵ S. z.B. *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, 2002; *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006; *Endter*, Schadenersatz nach Kartellverstoss, 2007; *Görner*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, 2007; *Jüntgen*, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, 2007; *Möllers/Heinemann* (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007; *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, 2008. Die Monographien zum Schweizer Recht finden sich unten in Fn. 151.

in Florenz dem Thema.¹⁶ *Walter van Gerven* legte hier den konkreten Vorschlag einer EG-Verordnung zu den privaten Rechtsbehelfen vor.

Die Europäische Kommission hat das Thema weiterverfolgt und eine Studie zur Situation in den damals 25 EG-Mitgliedstaaten in Auftrag gegeben, die am 31.8.2004 vorgelegt wurde ("*Ashurst-Studie*").¹⁷ Die Studie beruht auf einer empirischen Untersuchung beispiellosen Umfangs und diente der Kommission zur Vorbereitung weiterer Schritte. 2005 folgte das Grünbuch,¹⁸ am 2. April 2008 das Weissbuch¹⁹ zu den Schadenersatzklagen wegen Verletzung des europäischen Kartellrechts. Hierauf wird im Rahmen des Überblicks über das europäische Kartellrecht zurückzukommen sein.

¹⁶ S. *Ehlermann/Atanasiu* (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust*, 2003. S. auch die Materialien zur Hamburger Tagung bei *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007.

¹⁷ *Ashurst* (prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004 (Internet-Fundstelle wie oben Fn. 5).

¹⁸ *Europäische Kommission*, Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig. S. auch *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19.12.2005, SEC(2005) 1732. Zum Grünbuch s. z.B. *Norberg*, *Making Private Enforcement Work*, in *Baudenbacher* (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, IKF 2006, S. 287 ff.

¹⁹ *Europäische Kommission*, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig. S. auch *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC(2008) 404.

II. USA

Die grosse Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den USA beruht einerseits auf den starken Anreizen für private Klagen, andererseits auf verfahrensrechtlichen Erleichterungen.²⁰ Das US-amerikanische Recht spricht nach Section 4 Clayton Act dreifachen Schadenersatz bei Kartellrechtsverstössen zu (*treble damages*). Zugunsten der Anwälte können Erfolgshonorare vereinbart werden. Im Wege des *pretrial discovery* stehen weit reichende Massnahmen der Beweisverschaffung zur Verfügung, was für komplexe Kartellrechtssachverhalte ein entscheidender Vorteil sein kann. Ausserdem kann durch die Bündelung von Klagen in *class actions* die kritische Masse leichter erreicht werden. Klagen werden auch durch die *American rule* erleichtert, nach der eine Partei im Fall des Unterliegens der anderen Seite keine Kostenerstattung schuldet.²¹

1. Materielles Recht

Auf der Grundlage des *Sherman Act* und des *Clayton Act* hat die Rechtsprechung für die gefährlichsten Wettbewerbsbeschränkungen *per se*-Verbote angeordnet. Alle anderen wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen werden nach der *rule of reason* einer Gesamtabwägung unterzogen und so auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit untersucht. Unter dem Einfluss der *Chicago School* ist die Anzahl der *per se*-Verbote zurückgegangen. Der letzte, spektakuläre Schritt war die Entscheidung des U.S. Supreme Court in der Rechtssache *Leegin*: Das *per se*-Verbot für die vertikale Vereinbarung von Mindestpreisen wurde (in Abkehr von der Entscheidung *Dr. Miles* aus dem Jahr 1911) aufgehoben; vertikale Preisbindungen werden in Zukunft nach der *rule of reason* beurteilt.²² Diese Entwicklung hat, soweit ersichtlich, keinen Einfluss auf die Attraktivität der privatrechtlichen Klagen: Die Analyse nach der *rule of reason* ist zwar aufwendig und erhöht damit die Prozesskosten. Offenbar sind aber die allgemeinen Anreize für private Klagen so hoch, dass sich potentielle Kläger nicht hiervon abschrecken lassen.

²⁰ Zum gesamten sozioökonomischen Umfeld der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den USA im Vergleich zu Europa s. *Gerber*, Private Enforcement of Competition Law: A Comparative Perspective, in *Möllers/Heinemann* (oben Fn. 15), S. 431 ff.

²¹ Umgekehrt kann das erfolgreich klagende Kartellopfer nach der ausdrücklichen Regelung in Section 4 Clayton Act einen Anspruch auf Kostenerstattung geltend machen, nämlich "the cost of suit, including a reasonable attorney's fee".

²² U.S. Supreme Court, 28.6.2007, *Leegin Creative Leather Products*, abrufbar unter: www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/06-480.pdf.

a) Wichtigkeit

Kartellrechtswidrige Verträge sind nicht durchsetzbar. Dies hängt nicht von behördlicher oder gerichtlicher Entscheidung ab, gilt also von Anfang an.²³ Das US-amerikanische Recht geht also von der *ex tunc*-Unzulässigkeit kartellrechtswidriger Verhaltensweisen aus.

b) Schadenersatz

Die Rechtsgrundlage für private Schadenersatzansprüche ist Section 4 Clayton Act. Die Vorschrift lautet (auszugsweise):

"[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue [...] and shall recover threefold the damages by him sustained".

Section 4 Clayton Act ist also die Basis für den Anspruch auf dreifachen Schadenersatz. Der Schaden umfasst u.a. das, was aufgrund des Kartellrechtsverstosses mehr bezahlt wurde, und den entgangenen Gewinn. Für den Nachweis des Schadens ist zwischen dem Schaden als solchem und seiner Höhe zu unterscheiden. Während für den Nachweis eines Schadens dem Grunde nach ausreichende Gewissheit erforderlich ist, kann die Höhe des Schadens geschätzt werden.²⁴ Hierfür stehen verschiedene Verfahren zur Verfügung. Nach der "Before-and-After"-Methode wird der Kartellpreis mit dem Preis vor oder nach der Bildung des Kartells verglichen. Die "Yardstick"-Methode stellt demgegenüber auf Vergleichsmärkte ab, die nicht vom Kartell betroffen waren.²⁵

c) Klageberechtigung von Verbrauchern

Nach dem Wortlaut von Section 4 Clayton Act ist der Kreis der Anspruchsberechtigten weit gezogen ("any person ... injured in his business or property"). Der U.S. Supreme Court entschied, dass im Prinzip auch Verbraucher hierunter fallen. Wenn sie aufgrund eines Kartellrechtsverstosses einen höheren Preis bezahlen, seien sie in ihrem "Eigentum" i.S. von Section 4 Clayton Act verletzt.²⁶ Allerdings ist die praktische Bedeutung dieser Entscheidung begrenzt. Der Gesichtspunkt der Schadensabwälzung hat den Supreme Court zu einer weit reichenden Begrenzung der Klagebefugnis (*standing*) veranlasst.

²³ S. Nagel, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, 2007, S. 171 m.w.N.

²⁴ U.S. Supreme Court, *Bigelow v. RKO Pictures*, 327 U.S. 251 (1946).

²⁵ S. hierzu beispielsweise *Jones* (oben Fn. 14), S. 215 ff.

²⁶ U.S. Supreme Court, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979).

d) Schadensabwälzung (*passing on*) und Standing

Das Thema der *passing on defence* betrifft die Frage, ob sich der Kartellant gegenüber den Schadenersatzansprüchen von Abnehmern darauf berufen kann, dass diese die rechtswidrig erhöhten Preise auf die nächste Marktstufe abgewälzt haben, also letztlich keinen Schaden davon getragen hätten.²⁷ Der U.S. Supreme Court hat in der Rechtssache *Hanover Shoe*²⁸ dieses Verteidigungsmittel für das Bundesrecht im Grundsatz ausgeschlossen. Kartellprozesse würden mit schwierigen Folgefragen belastet, wenn das Gericht die ökonomischen Kettenreaktionen einer kartellarischen Preiserhöhung untersuchen müsste. Die direkten Abnehmer können also auch dann Schadenersatz in voller Höhe verlangen, wenn sie den Schaden ganz oder teilweise auf die nächste Marktstufe abgewälzt haben.²⁹

Zur Vermeidung einer Mehrfachhaftung (gegenüber direkten und indirekten Abnehmern) hat der Supreme Court in der Rechtssache *Illinois Brick*³⁰ sodann Ansprüche der indirekten Abnehmer ausgeschlossen (sog. *indirect purchaser rule*). Verbraucher können also aus dem Clayton Act nur dann eigene Ansprüche ableiten, wenn sie direkt mit den Kartellbeteiligten kontrahiert haben.

Es sei hinzugefügt, dass die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court sich nur auf das Bundeskartellrecht bezieht. Den Bundesstaaten steht es hingegen frei, den indirekten Abnehmern eigene Ansprüche einzuräumen. 36 Bundesstaaten (und der District of Columbia) haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.³¹ Die *indirect purchaser rule* war von Anfang an sehr umstritten. Die Antitrust Modernization Commission hat in ihrem 2007 vorgelegten Bericht vorgeschlagen, die Rechtsprechung des Supreme Court in diesem Punkt durch eine gesetzliche Regelung zu korrigieren und den mittelbar Geschädigten eigene Ansprüche zuzuerkennen.³²

²⁷ Zur *passing on*-Problematik s. die grundlegende Untersuchung von *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, 2006.

²⁸ 392 U.S. 481 (1968).

²⁹ Eine Ausnahme gilt für *cost plus*-Situationen: Haben die direkten Abnehmer in den Verträgen mit ihren eigenen Kunden eine Vereinbarung getroffen, nach welcher der eigene Einkaufspreis die Grundlage für den Weiterverkaufspreis ist, so fehlt es nach Ansicht des Supreme Court definitiv an einem Schaden, worauf der Kartelldelinquent sich dann auch berufen könne.

³⁰ 431 U.S. 720 (1977).

³¹ S. die Angaben in *Antitrust Modernization Commission*, Report and Recommendations, April 2007 (http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm), S. vi.

³² *Antitrust Modernization Commission* (oben Fn. 31), S. 267. S. auch ebenda, S. vi: "Such a system that compensates the uninjured and denies recovery to the injured seems fundamentally unfair."

e) Verschulden

Der Schadenersatzanspruch setzt einen Kartellrechtsverstoss, einen Schaden und einen Kausalzusammenhang zwischen Verstoss und Schaden, aber kein Verschulden voraus. Eine Eingrenzung der Haftung wird durch die Lehre vom *antitrust injury* erreicht: Nur solche Schäden sind ersatzfähig, die vom Schutzzweck der Antitrustgesetze gedeckt sind.³³

f) Beteiligung am wettbewerbsbeschränkenden Verhalten

Nach der *in pari delicto*-Regel des Common Law können keine Ansprüche geltend gemacht werden, wenn dem Kläger derselbe Vorwurf wie dem Beklagten zu machen ist. Für das Kartellrecht hätte dies die Konsequenz, dass die Partner eines kartellrechtswidrigen Vertrags mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen wären. Schon 1968 lehnte der U.S. Supreme Court die Anwendung dieses Konzepts auf das Antitrustrecht ab. Es gebe in den Antitrustgesetzen keinen Anhaltspunkt für einen gesetzgeberischen Willen, dass die *in pari delicto*-Doktrin einer privaten Kartellrechtsklage als Verteidigungsmittel entgegengesetzt werden könne. Die Anwendung der Doktrin würde die wichtige Rolle der privaten Klagen bei der Durchsetzung des Antitrustrechts unterminieren.³⁴

Heute wird eher nach dem Grad der Beteiligung differenziert. Wenn der Kläger freiwillig und gleichwertig am Abschluss des kartellrechtswidrigen Vertrags beteiligt war, wird der Ausschluss seiner Ansprüche für möglich gehalten. Etwas anderes gilt, wenn ihm der Vertrag (z.B. in einer vertikalen Beziehung) auferlegt wurde.³⁵

g) Verzinsung

Die Pflicht zur Verzinsung beginnt erst mit der Urteilsverkündung. Ausnahmsweise kann das Gericht gem. Section 4 lit. a Clayton Act eine Verzinsungspflicht ab Klagezustellung anordnen, wenn bestimmte, hohe Voraussetzungen erfüllt sind. Das US-amerikanische Recht ist bei der Zuerkennung von Zinsansprüchen also zurückhaltend, ein Schadenszins ab dem Zeitpunkt der Verletzung bzw. Entstehung des Schadens existiert nicht. In der Literatur wird hervorgehoben, dass eine der Funktionen des dreifachen Schadenersatzes darin besteht, diese

³³ U.S. Supreme Court, *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977): "For plaintiffs in an antitrust action to recover treble damages [...], they must prove more than that they suffered injury which was causally linked to an illegal presence in the market; they must prove injury of the type that the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful." Der Fall betrifft den Vorwurf eines Verstosses gegen die Fusionskontrollvorschriften. Die Lehre vom *antitrust injury* wurde in der Folgezeit aber auf alle kartellrechtlichen Tatbestände erstreckt.

³⁴ U.S. Supreme Court, *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).

³⁵ *Hovenkamp* (oben Fn. 6), § 16.5e.

Lücke abzudecken, so dass der Unterschied zu Ländern, die zwar nur einfachen Schadenersatz, dafür aber einen Zinsanspruch ab Schadenseintritt vorsehen, nicht so gross sei, wie er scheine.³⁶

h) Verjährung

Ansprüche aus Section 4 Clayton Act verjähren gem. Section 4B Clayton Act in vier Jahren. Die Frist beginnt mit Entstehung des Klagegrundes ("within four years after the cause of action accrued"). Dies setzt voraus, dass der entstandene Schaden hinreichend bestimmbar ist, um Klage zu erheben. Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt also nicht bereits mit der Kenntnis vom Kartellrechtsverstoss, sondern erst mit hinreichender Kenntnis des Schadens. Bei Dauerdelikten löst jede neue Tat eine eigene Verjährungsfrist aus.³⁷

Während eines kartellbehördlichen Verfahrens (auf Bundesebene) und bis ein Jahr nach dessen Abschluss ist die Verjährung gem. Section 5 lit. i Clayton Act suspendiert.

i) Kollisionsrecht

Die Möglichkeit dreifachen Schadenersatzes macht das US-amerikanische Recht für Kläger attraktiv. Es ist deshalb von besonderer praktischer Bedeutung, den geographischen Anwendungsbereich des US-Antitrustrechts zu bestimmen. In der Rechtssache *Empagran* hat der U.S. Supreme Court eine zurückhaltende Position eingenommen: Wenn ein Kartell Unternehmen innerhalb und ausserhalb der USA schädigt, die Wirkungen im Ausland aber unabhängig von den Wirkungen im Inland sind, kann für die Auslandswirkungen kein Schadenersatz nach US-amerikanischem Recht verlangt werden.³⁸

2. Prozessrecht

Kartellrechtsklagen vor den Bundesgerichten folgen den allgemeinen Regeln, nämlich in erster Linie dem United States Code über *Judiciary and Judicial Procedure* und den *Federal Rules of Civil Procedure*.

³⁶ S. die Rechenbeispiele bei *Jones* (oben Fn. 14), S. 229 ff.

³⁷ *Hovenkamp* (oben Fn. 6), § 16.7.

³⁸ *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S. A.*, 542 U. S. 155 (2004). S. hierzu beispielsweise *Baetge*, The Extraterritorial Reach of Antitrust Law between Legal Imperialism and Harmonious Coexistence, in: Gottschalk/Michaels/Rühl/von Hein, *Conflict of Laws in a Globalized World*, 2007, S. 220 ff.; *Baudenbacher/Behn*, Back to "Betsy": Anmerkung zur *Empagran*-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 604; *Körber*, Die *Empagran*-Entscheidung des US Supreme Court. Anmerkungen zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts, ZWeR 2004, 591.

a) Pretrial discovery

Vor der Hauptverhandlung findet die Sachverhaltsaufklärung statt. Die Parteien müssen sich alle relevanten Informationen zukommen lassen. Diese Pflicht geht sehr weit und umfasst auch Beweismittel, die in der Hauptverhandlung nicht zugelassen sind. Unbeteiligte Dritte können einbezogen werden. Im Zweifel werden eher zu viele als zu wenige Beweismittel vorgelegt und angefordert, da in die Hauptverhandlung keine neuen Beweismittel eingebracht werden können. Umfang und Kosten der *pretrial discovery* können enorm sein.³⁹

b) Jury trial

Nach dem siebten Zusatz zur Verfassung der USA hat jedermann das Recht, ab einem Streitwert von 20 Dollar in Verfahren vor Bundesgerichten eine Jury einzuschalten. Dies betrifft auch kartellrechtliche Klagen. Die Unangemessenheit von Jury-Entscheidungen gerade für komplexe Kartellrechtsfälle ist oft hervorgehoben worden. Das Jury-System wird auch dafür verantwortlich gemacht, dass die Haftungsvoraussetzungen bisweilen niedrig und der Betrag des Schadenersatzes sehr hoch festgesetzt werden.

c) Class actions

Die Sammelklagen sind ein wichtiger Grund für den Erfolg der privaten Kartellrechtsverfahren in den USA.⁴⁰ Mit ihnen kann das Anreizproblem im Fall von Streuschäden gelöst werden. Dadurch, dass in einem Verfahren über die Rechte Vieler entschieden wird, bleibt der Aufwand gering. Wird mit den Rechtsanwälten ein (im US-amerikanischen Recht grundsätzlich zulässiges) Erfolgshonorar (*contingency fees*) vereinbart, fallen bei negativem Ausgang nicht einmal Anwaltskosten an.

Die Voraussetzungen für die Durchführung einer Sammelklage vor den Bundesgerichten sind in Regel 23 der Federal Rules of Civil Procedure niedergelegt. Die Sammelklage muss vom Gericht autorisiert werden. Ein oder mehrere Angehörige einer Gruppe ähnlich Betroffener können den Schaden aller Gruppenangehörigen als Repräsentanten geltend machen. Die Gruppe muss so gross sein, dass eine gemeinsame Klage aller Gruppenangehörigen nicht praktikabel ist. Rechts- und Tatfragen müssen sich für die Gruppenangehörigen auf ähnliche

³⁹ S. hierzu *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2003, S. 44 ff.

⁴⁰ Dieser Zusammenhang sollte allerdings nicht verabsolutiert werden: Längst nicht alle privaten Kartellrechtsklagen in den USA werden in der Form von *class actions* erhoben, s. die Angaben bei *H. Buxbaum*, Private Enforcement of Competition Law in the United States, in Basedow (oben Fn. 16), S. 41 (58).

Weise stellen. Ausserdem müssen die Repräsentanten fair und angemessen die Gruppeninteressen wahrnehmen.

Das Gericht muss die Gruppenangehörigen bestmöglich benachrichtigen. Soweit diese aufgrund zumutbarer Anstrengungen identifiziert werden können, ist individuelle Benachrichtigung erforderlich, sonst können andere Kanäle benutzt werden, z.B. Zeitungsannoncen. Es gilt das *opt out*-Prinzip: Der Ausgang der Sammelklage bindet alle Gruppenangehörigen, die nicht aus dem Verfahren ausgetreten sind. So werden also auch diejenigen in das Verfahren einbezogen, die keine Kenntnis von der Sammelklage erhalten haben, aber die Kriterien der Gruppenzugehörigkeit erfüllen.⁴¹

Kritisch sei angemerkt, dass den Sammelklagen eine Mitverantwortung für eine übertriebene Prozesskultur zukommt.⁴² Häufig geht die Initiative zur Klage von den Klägeranwälten aus, die auf eine hohe Gewinnbeteiligung hoffen. Es ist nicht immer von der Hand zu weisen, dass mit einer Sammelklage Druck ausgeübt wird, welcher den Beklagten auch ohne begründeten Anspruch zum Abschluss eines Vergleichs veranlasst (*blackmail settlements*). Den Nachteilen stehen die Effizienzvorteile gegenüber: Mit der *class action* hat das US-amerikanische Recht ein Instrument entwickelt, mit dem auch die Ansprüche eines unüberschaubaren Kreises von Geschädigten unter zumutbarem Aufwand verhandelt werden können.⁴³

d) Schiedsgerichtsbarkeit

Der U.S. Supreme Court hat die Schiedsfähigkeit von kartellrechtlichen Ansprüchen im Jahr 1985 anerkannt.⁴⁴ Gleichzeitig hat er das Antitrustrecht zum Bestandteil des *ordre public* erklärt, sich also eine Überprüfung in der Anerkennungs- und Vollstreckungsphase auf der Grundlage des New Yorker Schiedsgerichtsübereinkommens vorbehalten.

⁴¹ S. z.B. die Anzeige in NZZ v. 1.7.2008, S. 5, in der über einen Vergleich mit *Lufthansa* und *Swiss* bez. Preisabsprachen berichtet wird. Alle diejenigen, die Luftfrachttransport-Dienstleistungen innerhalb, nach oder von den USA oder Kanada in Anspruch genommen haben, gehören zur Gruppe. Wer nicht in den Vergleich einbezogen werden möchte, wird aufgefordert, bis zu einem bestimmten Termin zu widersprechen. S. hierzu die Dokumente unter www.aircargosettlement.com.

⁴² S. H. Buxbaum (oben Fn. 40), S. 57 f. mit einem Überblick über die legislatorischen Korrekturen, die durch gewisse Übertreibungen veranlasst wurden.

⁴³ S. die differenzierte Stellungnahme von Zirngibl, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Diss. Augsburg 2006, S. 106 ff.

⁴⁴ U.S. Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

a) Bonusregelung

Kronzeugenregelung und private Schadenersatzansprüche stehen in einem Spannungsverhältnis: Der Anreiz zur freiwilligen und frühzeitigen Offenbarung der Kartellrechtsverletzung kann schwinden, wenn Schadenersatzforderungen drohen, welche die "Einsparungen" bei der Geldbusse übersteigen. In den USA wurden Kronzeugen deshalb im Jahr 2004 durch den Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act privilegiert: Anerkannte Kronzeugen haften nicht auf dreifachen, sondern lediglich auf einfachen Schadenersatz ("*detrebling*"). Ausserdem haften sie nur für denjenigen Schaden, der ihnen konkret zugeordnet werden kann. Sie haften also nicht solidarisch (*joint and several liability*) für den gesamten Schaden.⁴⁵ Voraussetzung für das Haftungsprivileg ist eine enge Zusammenarbeit mit dem Geschädigten.⁴⁶

b) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

Rechtskräftige Gerichtsurteile in Verfahren, die von den USA (nämlich der Antitrust Division) auf der Grundlage der Kartellgesetze eingeleitet worden sind, stellen nach Section 5 lit. a Clayton Act einen *prima facie*-Beweis für spätere Privatklagen dar. De facto scheint es sich um eine widerlegbare Vermutung zu handeln.⁴⁷

Weiter geht die Lehre vom *offensive collateral estoppel*: Ein Beklagter, der in einem früheren Prozess eine faire Chance hatte, über bestimmte Fragen zu verhandeln, ist unter bestimmten Voraussetzungen von der Geltendmachung gleichartiger Argumente ausgeschlossen. Der Richter hat breiten Ermessensspielraum bei der Zuerkennung dieses Einwands.⁴⁸

c) Amicus curiae

Die *Antitrust Division* kann sich an Zivilprozessen durch schriftliche Eingaben, die sog. *amicus curiae briefs* beteiligen. Dies gilt auch für die höchste Bundesinstanz, nämlich für Verfahren vor dem U.S. Supreme Court.

⁴⁵ Diese Regelung bezieht sich nur auf Verstösse gegen Section 1 und 3 Sherman Act bzw. gegen entsprechendes *state law*, also nur auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.

⁴⁶ Die Gewährung von Antitrustimmunität hängt in den USA ganz allgemein unter anderem davon ab, dass Opfer entschädigt werden, s. *US Department of Justice, Corporate Leniency Policy, 1993* (www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm), A5 und B6: "Where possible, the corporation makes restitution to injured parties."

⁴⁷ *Hovenkamp* (oben Fn. 6), § 16.8d.

⁴⁸ *Hovenkamp* (oben Fn. 6), § 16.8d

d) Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen

Section 4A Clayton Act stellt klar, dass auch der Staat selber dreifachen Schadenersatz verlangen kann, wenn er das Opfer eines Kartellrechtsverstosses geworden ist. Diese Möglichkeit ist von der *parens patriae*-Klage in Section 4C Clayton Act zu unterscheiden: Danach können Bundesstaaten dreifachen Schadenersatz für die kartellrechtswidrig geschädigten Bürger in ihrem Territorium verlangen.⁴⁹ Häufig behalten die Staaten dieses Geld nicht (vollständig), sondern kehren es über Gutscheine an die Verbraucher aus oder geben es an gemeinnützige Einrichtungen weiter.⁵⁰

⁴⁹ Section 4D Clayton Act sieht für diese Klagen Erleichterungen beim Nachweis des Schadens vor.

⁵⁰ *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, § 16.3a1. Zu den rechtlichen Vorgaben s. Section 4E Clayton Act.

III. Europäische Union

Seit Beginn der europäischen Einigung überlagern sich zwei kartellrechtliche Schichten, nämlich europäisches und nationales Kartellrecht. Das Gemeinschaftskartellrecht ist auf Vorgänge anwendbar, welche Grenzen in der Gemeinschaft überschreiten, das nationale Kartellrecht unterliegt keiner solchen Einschränkung. Für das Verhältnis beider Rechtsmaterien zueinander gilt der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.

1. Ausgangspunkt

Der Anwendungsvorrang kann allerdings nur wirken, soweit das Gemeinschaftsrecht Vorgaben enthält. Das Kartellprivatrecht war lange Zeit fast ausschliesslich im nationalen Recht geregelt. Die einzige kartellprivatrechtliche Regel im Gemeinschaftsrecht war Art. 81 Abs. 2 EG, welcher die Nichtigkeit von nach Art. 81 Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüssen anordnet. Die Nichtigkeit gem. Art. 81 Abs. 2 wirkt *ex tunc*.⁵¹

Sekundärrecht zur Regelung der kartellprivatrechtlichen Aspekte existiert bis heute nicht. Die privatrechtlichen Konsequenzen einer Verletzung europäischen Kartellrechts müssen deshalb dem nationalen Recht entnommen werden.

2. Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen "Courage" und "Manfredi"

a) Courage

Diesen Ausgangspunkt hat der EuGH im Jahr 2001 verlassen.⁵² In der *Courage*-Entscheidung hat er aus dem Gemeinschaftsrecht den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz abgeleitet.⁵³ Aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes dürfen privatrechtliche Ansprüche, die sich auf die Verletzung europäischen Kartellrechts stützen, nicht hinter dem zurückbleiben, was aufgrund einer Verletzung nationalen Kartellrechts zugesprochen würde. Nach dem Effektivitätsgrundsatz darf die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht zugesprochenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert werden. So mussten beispielsweise die englischen Gerichte ihre Rechtsprechung ändern, nach der

⁵¹ EuGH, 13.7.2006, *Manfredi*, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Tz. 57 m.w.N.

⁵² S. hierzu bereits oben A I.

⁵³ EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297. Der Fall betraf den Bierlieferungsvertrag zwischen einer Brauerei und einem Pächter.

Schadenersatzansprüche zwischen Kartellbeteiligten von vornherein ausschieden (*in pari delicto-defence*). Schadenersatz kann einem Kartellbeteiligten jetzt nur noch verweigert werden, wenn er "erhebliche Verantwortung" für den Wettbewerbsverstoss trägt.⁵⁴

Die *Courage*-Entscheidung hat auch Auswirkungen auf die Klageberechtigung: Im Interesse der "vollen Wirksamkeit" der Art. 81 und 82 EG steht "jedermann" ein Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens zu, der ihm durch eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.⁵⁵ Diese Vorgabe hat grosse Auswirkungen auf diejenigen Mitgliedstaaten, die (wie z.B. Deutschland) lange Zeit den Kreis der Anspruchsberechtigten eng definierten.

b) Manfredi

Die Grundsätze der *Courage*-Entscheidung hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Manfredi* bekräftigt.⁵⁶ Jeder könne sich auf einen Verstoss gegen Art. 81 EG berufen und somit die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften geltend machen.⁵⁷ Jedermann könne Schadenersatz verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 81 EG verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang bestehe.⁵⁸ Diese Aussage hat in der *Manfredi*-Entscheidung eine andere Tragweite als in *Courage*, da die Kläger Endverbraucher sind. Man darf deshalb aus *Manfredi* den Schluss ziehen, dass nach den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts Endverbraucher klageberechtigt sind und eigene kartellrechtliche Ansprüche haben können.⁵⁹

Verjährungsvorschriften müssen nach den Ausführungen des Gerichtshofs den Effektivitätsgrundsatz beachten: Beginne der Lauf der Verjährung bereits mit der Verwirklichung des Kartells oder der abgestimmten Verhaltensweise, könne die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs praktisch unmöglich gemacht werden, insbesondere wenn das innerstaatliche Recht eine kurze Verjährung vorsehe, die nicht unterbrochen werden könne.⁶⁰

Aus den Art. 81, 82 EG in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz folge, dass wirksame Sanktionen im Verletzungsfall zur Verfügung stehen müssen, wozu im Prinzip auch Schadenersatzansprüche gehören. Der Schadenersatz umfasse den Vermögensschaden

⁵⁴ EuGH – *Courage/Crehan*, Tz. 31.

⁵⁵ EuGH – *Courage/Crehan*, Tz. 26.

⁵⁶ EuGH, 13.7.2006, *Manfredi*, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Tz. 56 ff.

⁵⁷ EuGH – *Manfredi*, Tz. 59.

⁵⁸ EuGH – *Manfredi*, Tz. 61.

⁵⁹ S. auch *Bächli*, Die "Passing-on-Defence", SJZ 2007, 365 (368): Es könne nicht abschliessend festgestellt werden, ob auch indirekt Geschädigten ein eigener Schadenersatzanspruch zustehe. Anders *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 4.

⁶⁰ EuGH – *Manfredi*, Tz. 78.

(*damnum emergens*), den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen. Die Mitgliedstaaten können jedoch frei darüber entscheiden, ob sie auch Strafschadenersatz vorsehen möchten. Etwas anderes gelte nach dem Äquivalenzgrundsatz dann, wenn der Verstoß gegen das nationale Kartellrecht einen Anspruch auf Strafschadenersatz begründe. Verletzungen des europäischen Kartellrechts müssten dann dieselben Rechtsfolgen auslösen.⁶¹

c) Rechtsgrundlage

In der Literatur ist umstritten, ob die zivilrechtlichen Ansprüche wegen Verletzung europäischen Kartellrechts direkt im Gemeinschaftsrecht wurzeln,⁶² oder ob es sich um einen Anspruch des nationalen Rechts handelt, der lediglich durch Gemeinschaftsrecht modifiziert wird.⁶³ Praktische Auswirkungen dieses Meinungsstreits sind nicht erkennbar.

3. Grün- und Weissbuch

Der Überblick zeigt, dass das Gemeinschaftsrecht für das Kartellprivatrecht momentan lediglich allgemeine Prinzipien und punktuelle Vorgaben enthält. Dies könnte sich bald ändern. Die Europäische Kommission hat im Dezember 2005 ein Grünbuch zu den Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts zur Diskussion gestellt.⁶⁴ Nach Auswertung der umfangreichen Diskussion⁶⁵ folgte im April 2008 das Weissbuch.⁶⁶

Da die von der Kommission identifizierten Verbesserungsmöglichkeiten Probleme betreffen, die sich für das Schweizer Recht auf ähnliche Weise stellen, seien die neun Themenbereiche im folgenden kurz skizziert. Eine Diskussion auf der Grundlage des Schweizer Rechts erfolgt dann unten in Teil C.

⁶¹ EuGH – *Manfredi*, Tz. 89-97.

⁶² In diesem Sinn z.B. *Jones* (oben Fn. 9), S. 152; *Keßler*, WRP 2006, 1061 (1064 f.); *Komninos*, CMLR 2002, 465; *Mäsch*, EuR 2003, 825 (841 ff.). So auch bereits der Generalanwalt *van Gerven* in der Rechtssache *Banks* (EuGH, Rs. C-128/92, *Banks v. British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209), Tz. 36 ff.

⁶³ *Lettl*, ZHR 167 (2003) 476; *Weyer*, ZEuP 2003, 318 (325 ff.); *Wurmnest*, GPR 2003/04, 129 (135). So auch *Europäische Kommission*, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (ABl. der EU 2004 C 101/54), Tz. 10.

⁶⁴ Nachweis oben Fn. 18.

⁶⁵ S. die zahlreichen Stellungnahmen, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

⁶⁶ Nachweis oben Fn. 19. S. hierzu die eingegangenen Stellungnahmen unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html.

a) Aktivlegitimation

Da der EuGH in der Rechtssache *Courage* festgehalten hat, dass "jedermann" Ersatz des Schadens verlangen kann, den er durch eine Verletzung des europäischen Kartellrechts erlitten hat, seien (im Gegensatz zur *indirect purchaser rule* des US-amerikanischen Antitrustrechts) auch indirekte Abnehmer klageberechtigt.

Zur Lösung des Problems der fragmentierten Streuschäden, welche dem Einzelnen den Anreiz für eine eigene Klage nehmen, sollen zwei Mechanismen kollektiven Rechtsschutzes eingeführt werden: Erstens sollen "qualifizierte Einrichtungen" (z.B. Verbraucherverbände oder berufsständische Organisationen) ein Klagerecht erhalten. Zweitens soll die Möglichkeit von Gruppenklagen vorgesehen werden, die (im Unterschied zum US-amerikanischen Recht) auf dem *opt in*-Prinzip beruhen sollen. Einzelne werden also nur dann in die Gruppenklage einbezogen, wenn sie sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben.

b) Zugang zu Beweismitteln

Ein Mindestniveau der Offenlegung von Beweismitteln soll eingeführt werden. Das Gericht soll unter bestimmten Voraussetzungen dazu befugt sein, die Prozessparteien oder Dritte anzuweisen, genau bezeichnete Kategorien von relevanten Beweismitteln offenzulegen. Die Offenlegungspflicht ist an verschiedene Kautelen gebunden, u.a. an die Plausibilität eines kartellrechtswidrig erlittenen Schadens, die Unmöglichkeit, unter zumutbaren Anstrengungen die erforderlichen Beweise vorlegen zu können, sowie an den Grundsatz der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit.

c) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

Zusätzlich zur bereits existierenden Bindungswirkung von kartellrechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission (Art. 16 VO 1/2003) sollen die mitgliedstaatlichen Gerichte auch an die bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Kartellbehörden in der EU gebunden werden.

d) Verschulden

In den EG-Mitgliedstaaten gelten unterschiedliche Regeln, was das Verschuldenskriterium betrifft. Neben Ländern, die eine scharfe oder eine milde Kausalhaftung vorsehen, stehen Rechtsordnungen, die den vollständigen Nachweis eines Verschuldens fordern (s. hierzu die folgenden Länderberichte). Die Kommission schlägt als Mindeststandard eine milde

Kausalhaftung vor: Für einen kartellrechtswidrig verursachten Schaden soll gehaftet werden, ausser wenn der Schädiger einen entschuldbaren Irrtum nachweist.

e) Schadenersatz

Der Nachweis eines Schadens soll durch einen (unverbindlichen) Orientierungsrahmen erleichtert werden, welcher auch Schätzungsmethoden enthalten soll.

f) Schadensabwälzung (*passing on*)

Der Einwand der Schadensabwälzung soll (im Gegensatz zum US-Bundesrecht) zulässig sein. Angesichts der Tatsache, dass nach der *Courage*-Rechtsprechung jeder Geschädigte einen Ersatzanspruch hat, käme es sonst zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Abnehmer und zu einer Mehrfachhaftung des Schädigers. Der Schädiger soll für die Schadensabwälzung beweispflichtig sein. Die indirekten Abnehmer sollen sich auf die (widerlegliche) Vermutung berufen können, dass der Schaden auf sie abgewälzt wurde.

g) Verjährung

Die Verjährungsfrist soll nicht beginnen, bevor eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung eingestellt wurde. Die Frist soll erst ab dem Zeitpunkt laufen, zu dem der Schädiger vernünftigerweise Kenntnis von Zuwiderhandlung und Schaden haben konnte. Falls ein kartellbehördliches Verfahren eingeleitet wird, soll die Verjährung erst mit der Bestandskraft der behördlichen Verfügung beginnen, wobei die Kommission Neubeginn der Verjährung (Unterbrechung) einem blossen Stillstand (Hemmung) vorzieht. Die Verjährungsfrist soll mindestens zwei Jahre ab Bestandskraft der Behördenentscheidung betragen.

h) Verfahrenskosten

Die Kommission regt an, Obergrenzen für die Gerichtskosten einzuführen. Vom Grundsatz des *loser pays* sollte abgegangen werden können, soweit es sich um Kosten handelt, welche die obsiegende Partei ohne angemessenen Grund oder böswillig verursacht hat.

i) Bonusregelung

Den Unternehmenserklärungen von Kronzeugen soll Schutz vor Offenlegung gewährt werden (den die Europäische Kommission derzeit bereits bietet). Ausserdem sei über eine Begrenzung der zivilrechtlichen Haftung von Kronzeugen nachzudenken. Die Haftung könnte

auf Schadenersatzansprüche der direkten und indirekten Vertragspartner beschränkt werden. Der Kronzeuge würde also beispielsweise nicht gegenüber den Kunden der anderen Kartellanten haften.

j) Ausblick

Die im Weissbuch gemachten Vorschläge sind sehr heterogen und betreffen u.a. das Delikts-, Schadens- und Zivilprozessrecht in den Mitgliedstaaten, soweit es sich auf kartellrechtliche Klagen bezieht. Die Kommission geht davon aus, dass die Verabschiedung von *soft law*, also von Mitteilungen, Bekanntmachungen, Leitlinien etc. nicht ausreicht, sondern verbindliche Rechtsinstrumente erforderlich sind.⁶⁷ Am Ende könnte also der Vorschlag für eine Verordnung oder eine Richtlinie stehen. Denkbar wären auch mehrere Rechtsinstrumente.⁶⁸

4. Stellung der Kartellbehörden im Zivilprozess

Soweit es um die Anwendung des europäischen Kartellrechts geht, können die Gerichte der Mitgliedstaaten die Europäische Kommission um die Übermittlung von Informationen und um Stellungnahme bitten. Einschlägige Urteile sind der Kommission zu übermitteln, Art. 15 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.

Die Europäische Kommission und die nationalen Kartellbehörden können nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 auch von sich aus den Gerichten Stellungnahmen zur Anwendung des europäischen Kartellrechts zukommen lassen. Mit Erlaubnis des Gerichts können sie auch mündlich Stellung nehmen. Das nationale Recht kann den Kartellbehörden weiter gehende Interventionsbefugnisse einräumen.

5. Schiedsgerichtsbarkeit

Abschliessend sei auf die Rechtsprechung des EuGH zum Stellenwert des europäischen Kartellrechts in Schiedsverfahren hingewiesen. Wie der U.S. Supreme Court hat auch der EuGH das Kartellrecht dem *ordre public* zugewiesen. Soweit die Verfahrensregeln in einem Mitgliedstaat die Möglichkeit vorsehen, einen Schiedsspruch wegen *ordre public*-Verstosses aufzuheben, müsse die Missachtung des europäischen Kartellrechts zur Aufhebung führen.⁶⁹

⁶⁷ Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper (oben Fn. 19), Tz. 319 ff.

⁶⁸ Zu diesen und anderen Möglichkeiten s. *Bulst*, Of Arms and Armor – The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law, *Bucerius Law Journal* 2008, 81 (94 f.).

⁶⁹ EuGH, 1.6.1999, *Eco Swiss*, Rs. 126/97, Slg. 1999, I-3055 Tz. 37. Der *ordre public*-Charakter des europäischen Kartellrechts wurde bestätigt in EuGH – *Courage/Crehan* (oben Fn. 53) Tz. 20; EuGH – *Manfredi* (oben Fn. 56) Tz. 31.

6. Fazit

Lange Zeit war das Kartellprivatrecht fast ausschliesslich eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten. Seit der *Courage*-Entscheidung leitet der Gerichtshof Vorgaben aus dem Gemeinschaftsrecht ab, die den Mitgliedstaaten Mindestvorgaben machen. Eine neue Qualität wird erreicht werden, wenn es – auf der Grundlage von Grün- und Weissbuch – zur Annahme eines oder mehrerer Rechtsakte kommen sollte. Die Gemeinschaftsregeln können sich zwar aus Kompetenzgründen nur auf die Verletzung europäischen Kartellrechts beziehen. Da es aber kaum vorstellbar ist, dass der nationale Gesetzgeber abweichende Regeln für die Verletzung nationalen Kartellrechts vorsieht, wird der neue Rechtsakt faktisch zu einer allgemeinen Vereinheitlichung der erfassten Regelungsbereiche führen.

IV. Deutschland

1. Allgemeines

In der *Ashurst*-Studie und den einschlägigen Texten der Europäischen Kommission wird regelmässig auf die geringe Bedeutung der privatrechtlichen Geltendmachung von Kartellrecht hingewiesen, zumindest was die Schadenersatzansprüche betrifft. In Deutschland trifft diese Einschätzung auf heftigen Widerspruch.⁷⁰ Hervorzuheben ist der starke Anstieg privater Kartellrechtsklagen in jüngster Zeit, und zwar gerade auch von Schadenersatzklagen. Seit 2005 wurden vom Bundeskartellamt etwa 300 Schadenersatzklagen gezählt, mit steigender Tendenz.⁷¹

Die Bedeutungszunahme der Privatklagen beruht einerseits auf dem allgemeinen Trend in Europa. Andererseits wurden die rechtlichen Voraussetzungen für Privatklagen durch die 7. Kartellgesetz-Novelle im Jahr 2005 verbessert. Unter dem Eindruck der *Courage*-Entscheidung beseitigte der Gesetzgeber die bis dahin bestehenden Restriktionen der Aktivlegitimation und fügte Spezialregeln zum *passing on*, zur Bedeutung des Verletzergewinns, zur Verzinsungspflicht, zur Bindungswirkung von Behördenentscheidungen sowie zur Frage der Verjährungshemmung ein. Pläne zur Einführung eines Klagerechts für Verbraucherverbände wurden hingegen nicht umgesetzt.

Von grosser Bedeutung ist in jüngster Zeit die Anerkennung von Abtretungslösungen: Das OLG Düsseldorf hat die Schadenersatzklage der belgischen Gesellschaft *Cartel Damage Claims (CDC)* gegen die Beteiligten des deutschen Zementkartells zugelassen.⁷² Die Gesellschaft klagt in eigenem Namen Schadenersatzansprüche ein, die ihr von geschädigten Kunden des Kartells abgetreten wurden. Das hier praktizierte Geschäftsmodell könnte zu einer weiteren Belebung der Privatklagen führen.⁷³

⁷⁰ *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier, 2005 (www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf), S. 4 f. mit Zahlenangaben. S. auch *Roth*, Private Enforcement of European Competition Law – Recommendations Flowing from the German Experience, in Basedow (oben Fn. 16), S. 64 ff.: Erfolgreich seien der defensive Einsatz des Kartellrechts und die offensive Geltendmachung in vertikalen Beziehungen. Weniger erfolgreich sei demgegenüber die offensive Geltendmachung in Bezug auf horizontale Beschränkungen.

⁷¹ S. die Angaben in FAZ v. 7.7.2008, S. 13.

⁷² OLG Düsseldorf, 14.5.2008 – VI-U (Kart) 14/07.

⁷³ S. hierzu sogleich im Text.

2. Materielles Recht

a) Nichtigkeit

Die von Anfang an (*ex tunc*) wirkende Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte und Unzulässigkeit verbotener Wettbewerbsbeschränkungen ist allgemein anerkannt.⁷⁴

b) Aktivlegitimation

aa) Schutzgesetzfordernis nach alter Rechtslage

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthält in § 33 eine spezielle Anspruchsgrundlage für den Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzanspruch. Vor der Reform im Jahr 2005 setzten diese Ansprüche voraus, dass ein Verstoss gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde vorliegt, "sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt". Aus dem Schutzgesetzfordernis wurden weit reichende Einschränkungen der Klageberechtigung abgeleitet. Von der (in der Literatur heftig kritisierten) Rechtsprechung wurde verlangt, dass sich der Kartellrechtsverstoss gezielt gegen den Anspruchsteller richtet.⁷⁵ Dies führte zu einem widersinnigen Ergebnis: Je umfassender eine Wettbewerbsbeschränkung praktiziert wurde, desto schwieriger war es, Zielgerichtetheit anzunehmen.

bb) Situation nach der 7. GWB-Novelle

Unter dem Einfluss der *Courage*-Entscheidung hat der Gesetzgeber das Schutzgesetzfordernis fallen lassen, und räumt in § 33 Abs. 1 S. 1 GWB jedem "Betroffenen" solche Ansprüche ein. Dennoch wird die Auffassung vertreten, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten funktional einzuschränken sei.⁷⁶ Die Einschätzung ist deshalb weit verbreitet, dass im deutschen Recht derzeit keine Klarheit in der Frage herrsche, ob

⁷⁴ Zur dogmatischen Frage, ob sich die Nichtigkeit unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen aus § 134 BGB oder aus dem Kartellverbot selbst ergibt, s. *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 – GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB Rn. 212.

⁷⁵ BGHZ 86, 324 – *Familienzeitschrift*; LG Mannheim, GRUR 2004, 182 – *Vitamine*; LG Mainz, NJW-RR 2004, 478 – *Vitamine*. Hiergegen bereits nach altem Recht *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 3. Aufl. 2001, § 33 GWB Rn. 16; *Roth*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2001, § 33 GWB Rn. 53; *Bulst*, NJW 2004, 2201; *Lettl*, ZHR 167 (2003) 476 (481 ff.); *Köhler*, GRUR 2004, 99.

⁷⁶ S. z.B. *Bornkamm*, in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1 – Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 33 GWB Rn. 36 ff.; *Koch*, WuW 2005, 1210.

beispielsweise den mittelbaren Abnehmern eigene Ansprüche zustehen.⁷⁷ Die Unsicherheiten hängen auch mit der Spezialregel zur Schadensabwälzung zusammen (hierzu sogleich).

Eine restriktive Handhabung der Klageberechtigung scheint aber kaum mit dem "Jedermann"-Postulat der *Courage*-Entscheidung vereinbar zu sein. Viel spricht dafür, dass bei Verletzungen des europäischen Kartellrechts auch die Verbraucher und die indirekten Abnehmer klageberechtigt sind.⁷⁸ Für Verstösse gegen das deutsche Kartellrecht sollte nichts anderes gelten.

c) Verbandsklagerecht

Gewerblichen Verbänden steht nach § 33 Abs.2 GWB der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu. Anders verhält es sich mit dem Klagerecht für Verbraucherverbände. Hier weist das deutsche Recht eine Parallele zum Schweizer Recht auf. Auch in Deutschland war die Klageberechtigung der Verbraucherverbände zunächst geplant,⁷⁹ wurde dann aber im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen, wohl weil eine zu intensive Nutzung des neuen Instruments befürchtet wurde.

In der Literatur wird die Abwesenheit eigener Klagerechte für Verbraucherverbände kritisiert.⁸⁰ Das Ziel einer Stärkung der privaten Klagen wird konterkariert, wenn man zwar dem geschädigten Verbraucher auf dem Papier ein Klagerecht einräumt, dies aber nicht auf die Verbraucherverbände erstreckt. Die im Kartellrecht häufige Situation der fein fragmentierten Streuschäden ist geradezu der Musterfall für die Notwendigkeit einer Verbandsklage.

d) Abtretungslösung

Die belgische Gesellschaft *Cartel Damage Claims (CDC)* hat ein neues Geschäftsmodell für die privatrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche nach Deutschland gebracht. Die Gesellschaft klagt in eigenem Namen Schadenersatzansprüche ein, die ihr von geschädigten Kartellkunden abgetreten wurden. Die Vorteile einer Abtretung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche an einen professionellen Dienstleister sind die folgenden: Die Kartellgeschädigten reduzieren ihren Aufwand durch Zusammenlegung ihrer

⁷⁷ Vgl. *Emmerich*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 – GWB, 4. Aufl. 2007, § 33 GWB Rn. 29, der sich selbst für die Berechtigung von Verbrauchern und mittelbaren Abnehmern ausspricht.

⁷⁸ *Jüntgen* (oben Fn. 15), S. 24 ff. m.w.N.

⁷⁹ Nämlich im Gesetzgebungsverfahren zur 7. GWB-Novelle, s. BT-Drs. 15/3640 v. 7.6. 2004, S. 53.

⁸⁰ S. z.B. *Heinemann*, FS Bieber, 2007, S. 681 (690 f.); *Jüntgen* (oben Fn. 15), S. 32 f.; *Keßler*, WRP 2006, 1061 (1068); *Roth* (oben Fn. 70), S. 73 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006) 352 (466). Positiv zu einem Klagerecht für Verbraucherverbände auch *Bundeskartellamt* (oben Fn. 70), S. 30.

Forderungen bei einer zentralen Instanz. Der Dienstleister bekommt als Gegenleistung ein Entgelt: CDC lässt sich in den Verträgen mit den Kartellgeschädigten eine Erfolgsbeteiligung in Höhe von etwa 15 % der realisierten Schadenersatzleistungen einräumen.

Das OLG Düsseldorf hat erste rechtliche Unsicherheiten der Abtretungslösung beseitigt. Die Abtretung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche an einen professionellen Dienstleister wird anerkannt, und zwar als Inkassozeession (der als *causa* ein Forderungskauf zugrunde liegt) und nicht lediglich als Einziehungsermächtigung.⁸¹ Dies hat zur Konsequenz, dass kein Fall der Prozessstandschaft (mit erhöhten Voraussetzungen an die Prozessführungsbefugnis) vorliegt, sondern ein eigenes Recht in eigenem Namen geltend gemacht wird. Wie im schweizerischen Recht beinhaltet auch nach deutschem Recht die Inkassozeession einen Vollrechtsübergang, bei dem im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar ein (uneigennütziges) Treuhandverhältnis vorliegt, und der Zessionar dazu verpflichtet wird, nach Liquidierung der Forderung den Betrag an den Zedenten auszukehren.⁸²

Auch wenn die Entscheidung des OLG Düsseldorf die Tür für Abtretungslösungen im Kartellprivatrecht weit aufgestossen hat, muss ein *caveat* angebracht werden: Die Entscheidung betrifft lediglich die Zulässigkeit, nicht die Begründetheit der Klage. Das Gericht hat ausdrücklich angemerkt, dass die Frage der Wirksamkeit der Abtretung im Verfahren über die Begründetheit der Klage zu entscheiden sein wird.⁸³ Risiken für die Abtretungslösung können also nicht gänzlich ausgeschlossen werden.⁸⁴ Möglicherweise werden dabei auch Restriktionen aus dem Berufsrecht der Rechtsanwälte thematisiert werden. Auch nach jüngsten Lockerungen des Berufsrechts sind Erfolgshonoraren⁸⁵ und der

⁸¹ OLG Düsseldorf (oben Fn. 72), unter II 3 a).

⁸² *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 739.

⁸³ OLG Düsseldorf (oben Fn. 72), unter II 3 d).

⁸⁴ S. die Ausführungen des OLG Düsseldorf (oben Fn. 72, unter II 4) für den Fall, dass die Abtretungen für unwirksam erachtet werden: "Dem Landgericht wäre es also unbenommen, die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich der von der Umdeutung betroffenen Forderungen neu zu prüfen und anders zu beurteilen als auf der Grundlage des bisherigen Vortrags. Diese Prüfung könnte ungeachtet des vorliegenden Zwischenurteils zu einer Abweisung der Klage durch Prozessurteil führen, soweit sich die Klägerin nur auf eine Einziehungsermächtigung stützen kann."

⁸⁵ Rechtsanwälte in Deutschland durften lange Zeit keine Erfolgshonorare vereinbaren. Das Bundesverfassungsgerichts erklärte das strikte Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare Ende 2006 für verfassungswidrig, da es das Grundrecht auf freie Berufsausübung verletze, s. BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04. Zwar verfolge das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare Gemeinwohlziele und könne einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen. Der Gesetzgeber habe aber eine Ausnahme zu machen, wenn der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trage, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren (v. 12.6.2008, BGBl. I 1000) wurden die einschlägigen Gesetze mit Wirkung vom 1.7.2008 in diesem Sinn geändert.

rechtlichen Dienstleistung durch Nicht-Rechtsanwälte⁸⁶ enge Grenzen gezogen. Dem Fortgang des Verfahrens gebührt also grösste Aufmerksamkeit. Erst nach rechtskräftiger Entscheidung zur Begründetheit wird ein Präzedenzfall zu allen Aspekten der Abtretungslösung vorliegen.

e) Schadenersatz und Gewinnherausgabe

Der zu ersetzende Schaden ist nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zu ermitteln (§§ 249 ff. BGB) und umfasst gem. § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn. Den bei der Berechnung des Schadens auftretenden Schwierigkeiten wird mit der Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO begegnet. Die Vorschrift betrifft nicht nur die Höhe des Schadens, sondern bereits die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Mehrfacher Schadenersatz oder andere Formen des Strafschadenersatzes sind nicht vorgesehen. Die deutsche Monopolkommission hat vorgeschlagen, im Kartelldeliktsrecht doppelten Schadenersatz einzuführen.⁸⁷ Der Gesetzgeber hat diesen Vorschlag nicht aufgegriffen.

Seit 2005 kann gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB bei der Quantifizierung des Schadens "insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden".⁸⁸ Ausweislich der Gesetzesbegründung soll hierdurch die Anspruchsdurchsetzung in den Fällen erleichtert werden, in denen die Ermittlung hypothetischer Marktpreise auf der Grundlage der Differenzmethode Schwierigkeiten bereitet.⁸⁹ Es ist nicht sicher, ob die Vorschrift dieses Ziel erreichen wird. In der Literatur herrscht in zahlreichen Auslegungsfragen keine Einigkeit. So ist beispielsweise unklar, ob lediglich der Mehrertrag infolge des Kartellrechtsverstosses oder der Gesamtgewinn erfasst wird. Ausserdem wird diskutiert, ob ein Wahlrecht zwischen dem Verletzerertrag und

⁸⁶ Zum 1.7.2008 wurde das Rechtsberatungsgesetz aus dem Jahr 1935 durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG, BGBl. 2007 I 2840) ersetzt. Die Rechtsberatung bleibt in den Händen der Rechtsanwälte. Ausnahmen bestehen für juristische Nebenleistungen anderer Berufe (z.B. durch Architekten oder Kfz-Werkstätten) und für die unentgeltliche, altruistische Rechtsberatung. Erlaubt ist nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 RDG auch die Erbringung von Inkassodienstleistungen durch Personen, die über besondere Sachkunde verfügen, und die bei der zuständigen Behörde registriert sind.

⁸⁷ *Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle, Sondergutachten, 2004 (abrufbar unter: www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf), Nr. 75 ff., 126, 131.

⁸⁸ Berücksichtigung des anteiligen Gewinns ist nicht gleichbedeutend mit einem Anspruch auf Herausgabe des erlangten Gewinns. Ein solcher Anspruch besteht nach den allgemeinen Grundsätzen entweder bei angemessener Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) oder unter bestimmten Voraussetzungen nach Bereicherungsrecht. Schadenersatzansprüche gehen hingegen normalerweise nicht auf Gewinnherausgabe. Die im Immaterialgüterrecht gewohnheitsrechtlich anerkannte (und teilweise auch gesetzlich vorgesehene) Möglichkeit, den Schaden nach dem Verletzerertrag zu berechnen, ist auf das allgemeine Schadensrecht nicht übertragbar.

⁸⁹ *Regierungsentwurf*, BT-Drs. 15/3640 v. 7.6.2004, S. 35.

normalem Schadenersatz existiert, oder ob der tatsächliche Schaden um den anteiligen Verletzergewinn zu erhöhen ist.⁹⁰

In diesen Zusammenhang gehören auch die §§ 34 und 34a GWB: Hiernach können die Kartellbehörden, und subsidiär auch die gewerblichen Verbände, den Verletzer auf "Vorteilsabschöpfung" in Anspruch nehmen. Die Höhe der wirtschaftlichen Vorteile kann geschätzt werden. Schadenersatzleistungen und Geldbussen sind hierbei anzurechnen. Da lediglich Abführung des Betrags an den Bundeshaushalt verlangt werden kann, wird der Ausdehnung der Klagemöglichkeit auf die Verbände keine besondere praktische Wirksamkeit zugetraut.

f) Schadensabwälzung (*passing on*)

Ebenfalls 2005 wurde eine Spezialregel zum Problem der Schadensabwälzung in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB aufgenommen. Sie lautet:

"Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde."

Die Gesetzgebungsgeschichte macht deutlich, dass dieser (unklare) Passus den Einwand der Schadensabwälzung nicht pauschal abschneiden möchte. Die Frage soll der Rechtsprechung zur Lösung nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts, insbesondere der Lehre von der Vorteilsausgleichung überlassen werden.⁹¹ Die h.L. vertritt unter Hinweis auf den Zweck des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs die Auffassung, dass die Lehre vom Vorteilsausgleich in aller Regel zum Ausschluss des *passing on*-Einwands führen werde.⁹² Das deutsche Recht folgt also zumindest in der Tendenz dem US-amerikanischen Modell, welches den *passing on*-Einwand ausschliesst.

g) Verschulden

Der Schadenersatzanspruch setzt (im Gegensatz zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch) Verschulden voraus. An die im Rahmen des Fahrlässigkeitsvorwurfs

⁹⁰ Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 – GWB, 4. Aufl. 2007, § 33 GWB Rn. 62 ff.

⁹¹ S. Bornkamm, in Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 103 f. Aus der Vorschrift sollte nicht geschlossen werden, dass Ansprüche mittelbar geschädigter Verbraucher ausgeschlossen seien, s. Keßler, WRP 2006, 1061 (1068).

⁹² So z.B. Bornkamm, in Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 107; Kersting, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, 2008 (abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com>), S. 5, mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 26. Das deutsche Recht kommt hier also zu einem anderen Ergebnis als das Konzept der Vorteilsanrechnung im schweizerischen Recht, das nach h.L. den *passing on*-Einwand zulässt, s. z.B. Bächli (oben Fn. 59), 370 ff.; von Büren, SZW 2007, 189 (193 f.).

zu prüfenden Sorgfaltspflichten werden hohe Anforderungen gestellt. Ein den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschliessender unverschuldeter Rechtsirrtum liegt nur dann vor, wenn der Betreffende mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Er hat sachverständigen Rat einzuholen, und sollte sich vor der Umsetzung seiner Pläne auch mit den Kartellbehörden in Verbindung setzen.⁹³

h) Verzinsung

Schadenszinsen (also Zinsen ab Eintritt des Schadens) werden nach allgemeinem Deliktsrecht nur in der besonderen Situation des § 849 BGB geschuldet (nämlich bei Pflicht zur Rückgabe einer Sache oder bei Beschädigung einer Sache). Ansonsten setzt der Zinsanspruch in Bezug auf deliktische Forderungen Verzug voraus. § 33 Abs. 3 S. 4 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle von 2005 hat die Zinshaftung für kartellzivilrechtliche Ansprüche verschärft: Hier gilt jetzt in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen eine Pflicht zur Verzinsung ab Eintritt des Schadens.

i) Verjährung

Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche verjähren gem. den §§ 195, 199 BGB in drei Jahren ab Kenntnis (oder grobfahrlässiger Unkenntnis) von Schädiger und Schaden, spätestens in zehn Jahren ab Schadenseintritt bzw. in 30 Jahren ab der Verletzungshandlung. Gem. § 33 Abs. 5 GWB ist die Verjährung ab Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens bis sechs Monate nach rechtskräftiger Entscheidung (bzw. bestandskräftigem Abschluss) gehemmt (Stillstand).⁹⁴

3. Prozessrecht

a) Zuständigkeit

Für kartellzivilrechtliche Streitigkeiten sind unabhängig vom Streitwert die Landgerichte ausschliesslich zuständig, § 87 GWB. Die Zuständigkeit kann auf einzelne Landgerichte konzentriert werden. Die meisten Bundesländer haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Das gleiche gilt für die Zuständigkeitskonzentration in zweiter Instanz bei den Oberlandesgerichten, § 93 GWB. Die ebenfalls vorgesehene Möglichkeit, durch Staatsvertrag

⁹³ S. *Regierungsentwurf*, BT-Drs. 15/3640 v. 7.6.2004, S. 53.

⁹⁴ Die Hemmung wird nicht nur durch Verfahren der deutschen Kartellbehörden ausgelöst, sondern auch durch Verfahren der Europäischen Kommission und der Wettbewerbsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten, wenn es dabei um die Anwendung europäischen Kartellrechts geht.

eine bundesländerübergreifende Konzentration vorzunehmen (§ 87 Abs. 2 GWB), wurde bisher nicht genutzt.

b) Verfahren

Im wesentlichen folgt der Kartellzivilprozess den allgemeinen zivilprozessualen Regeln. Insbesondere gilt der Verhandlungsgrundsatz, nicht der Untersuchungsgrundsatz. Die Beweismittel sind also von den Parteien beizubringen. *Discovery*-Regeln sind dem deutschen Recht fremd, Ausforschungsbeweise unzulässig. In beschränktem Umfang kann das Gericht gem. § 42 ZPO anordnen, dass Parteien bestimmte Urkunden vorlegen. Hinzu treten Auskunftsansprüche, die aber an enge Voraussetzungen geknüpft sind.⁹⁵

Auf der Kostenseite sei § 89a GWB hervorgehoben: Macht "eine Partei glaubhaft, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, dass die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepassten Teil des Streitwerts bemisst." Das Kostenrisiko kann hierdurch verringert werden.

4. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

a) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

Nach § 33 Abs. 4 GWB sind die Gerichte im Rahmen von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen an die Feststellung eines Kartellrechtsverstosses in bestandskräftigen Entscheidungen der deutschen Kartellbehörden, der Europäischen Kommission und der Wettbewerbsbehörden (oder –gerichte) anderer EG-Mitgliedstaaten gebunden. Das Gleiche gilt für Rekursentscheidungen der Gerichte, welche über die Rechtmässigkeit der kartellbehördlichen Entscheidungen zu befinden haben.

b) Verweis auf Zivilrechtsweg

Für das kartellbehördliche Verfahren gilt das Opportunitätsprinzip: Die Kartellbehörden haben nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie ein Verfahren einleiten möchten.⁹⁶ In die Abwägung geht gerade auch die Überlegung ein, dass die knappen

⁹⁵ S. Jüntgen (oben Fn. 15), S. 38 ff.

⁹⁶ Es ist darauf hinzuweisen, dass es neben dem Bundeskartellamt (und der Europäischen Kommission) auch die Kartellbehörden in den Bundesländern gibt, die für beschränkende Verhaltensweisen zuständig sind,

Ressourcen gezielt eingesetzt werden müssen. Nach der Darstellung des Bundeskartellamts werden "insbesondere auf dem Gebiet der Vertikalvereinbarungen sowie in Fällen regional begrenzter missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung [...] unbedeutendere Sachverhalte von den Kartellbehörden nicht aufgegriffen und die Beschwerdeführer häufig auf den ihnen offen stehenden Zivilrechtsweg verwiesen."⁹⁷

c) Kartellbehörden im Zivilprozess

Das Bundeskartellamt ist von allen kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten (vorab) zu unterrichten. Auf Verlangen hat das Gericht Abschriften aller gewünschten Dokumente zu übersenden, § 90 Abs. 1 GWB. Der Präsident des Amts kann darüber hinaus nach § 90 Abs. 2 GWB einen Vertreter in den Zivilprozess entsenden. Dieser hat nicht nur die Befugnis, schriftliche Erklärungen abzugeben, sondern er hat das Recht, "auf Tatsachen und Beweismittel hinzuweisen, den Terminen beizuwohnen, in ihnen Ausführungen zu machen und Fragen an Parteien, Zeugen und Sachverständige zu richten". Zwar binden die Erklärungen des Kartellbeamten das Gericht nicht. Auch hat die Behörde kein echtes Beweisantragsrecht, sondern lediglich das Recht, auf Beweismittel hinzuweisen. Dennoch ermöglichen die eingeräumten Befugnisse eine Beteiligung am Rechtsstreit, die man als erweiterte *amicus curiae*-Funktion bezeichnen kann. Das Bundeskartellamt macht von dieser Zuständigkeit Gebrauch. Gerade auch vor dem Bundesgerichtshof ist das Amt regelmässig präsent und nimmt aktiv Stellung. Dies wird als wichtiger Beitrag zur Rechtsfortbildung gewertet.⁹⁸

d) Bonusregelung

Damit potentielle Kronzeugen nicht durch das Risiko zivilrechtlicher Haftung davon abgeschreckt werden, Angaben zur Aufdeckung von Kartellen zu machen, enthält die deutsche Kronzeugenregelung eine Bestimmung über die Geheimhaltung einschlägiger Akten.⁹⁹

Regeln über die Einschränkung der zivilrechtlichen Haftung zugunsten von Kronzeugen existieren nicht. Das Bundeskartellamt hat aber bekannt gegeben, dass es von seinem Recht

deren Wirkungen nicht über die Grenzen des Bundeslandes hinausreichen. Antragsteller sind also nicht auf eine einzelne Kartellbehörde festgelegt.

⁹⁷ *Bundeskartellamt* (oben Fn. 70), S. 3.

⁹⁸ Ebenda.

⁹⁹ *Bundeskartellamt*, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen - Bonusregelung, Rn. 22.

zur Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB) gegenüber Kronzeugen keinen oder nur eingeschränkten Gebrauch machen wird.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Ebenda, Rn. 23.

V. Frankreich

Auch in Frankreich wird die These der *Ashurst*-Studie von der geringen praktischen Bedeutung des Kartellprivatrechts zurückgewiesen. Gerade in vertikalen Vertragsbeziehungen spielten solche Streitsachen eine grosse Rolle. Der in der Studie gemachte Befund treffe nur für ausservertragliche Schadenersatzansprüche zu. Aber auch hier gehe die Entwicklung in Richtung einer aktiveren Geltendmachung.¹⁰¹

1. Materielles Recht

a) Allgemeines

Kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte sind *ex tunc* nichtig.

Im Gegensatz zum deutschen und zum schweizerischen Recht existiert im französischen Recht keine spezielle Anspruchsgrundlage für kartelldeliktische Ansprüche. Schadenersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstosses sind deshalb direkt auf die deliktische Generalklausel in Art. 1382 und 1383 Code civil zu stützen.

b) Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation ist weit gezogen. Wem durch das anspruchsbegründende Verhalten ein Schaden verursacht wurde, der *certain, direct et personnel* ist, steht ein Schadenersatzanspruch zu. Dies können auch mittelbare Abnehmer und Verbraucher sein.

Besondere Hervorhebung verdienen die kollektiven Klagerechte: Nicht nur die gewerblichen Vereinigungen sind klageberechtigt (Art. L470-7 Code de commerce), sondern auch die Verbraucherverbände. Nach Art. L422-1 Code de la consommation können besonders qualifizierte Verbraucherverbände im Namen der Verbraucher Schadenersatzansprüche geltend machen. Dies setzt voraus, dass mindestens zwei Verbraucher den Verband schriftlich beauftragt haben, und sie durch dasselbe Unternehmen geschädigt wurden.

Dieser Weg wurde bisher selten beschritten. In der Literatur werden die hohen Voraussetzungen der Verbandsklage kritisiert. Es wird gefordert, die Einholung der Verbrauchermandate zu erleichtern, z.B. per Internet.¹⁰²

Ein bekannter Anwendungsfall für eine *action en représentation conjointe* i.S.v. Art. L422-1 Code de la consommation ist das Kartell der französischen Mobilfunkgesellschaften. Wegen

¹⁰¹ S. *Idot*, Private Enforcement of Competition Law – Recommendations flowing from the French Experience, in Basedow (oben Fn. 16), S. 86 ff.

¹⁰² *Idot* (oben Fn. 101), S. 97 f.

Absprachen über Marktanteile und wegen Informationsaustausches wurden die drei grossen französischen Mobilfunkunternehmen vom Conseil de la concurrence zu einer Geldbusse i.H. von insgesamt 534 Millionen Euro verurteilt. Die Geldbusse wurde von der Cour de cassation auf 442 Millionen Euro festgesetzt, der Vorwurf des Informationsaustauschs verworfen. Ansonsten hatte die Entscheidung Bestand. Die französische Verbraucherorganisation *UFC Que Choisir?* schaltete eine Internetseite, auf der jeder Kunde seinen Schaden berechnen konnte. Die Schadenersatzansprüche von 12.000 Kunden wurden sodann geltend gemacht. Die Zahl erscheint nur auf den ersten Blick hoch: Etwa die Hälfte der französischen Bevölkerung war vom Kartell betroffen. Die betreffende Verbraucherorganisation kritisiert den hohen Aufwand der *action en représentation conjointe* und fordert die Einführung von Sammelklagen mit *opt out*-System.¹⁰³

c) Schadenersatz

Der Schadenersatzanspruch setzt *faute*, einen Schaden sowie Kausalität zwischen beiden voraus. Der Verstoss gegen einen kartellrechtlichen Tatbestand begründet aber bereits als solcher das Merkmal *faute*. Das französische Kartelldeliktsrecht kennt also eine strenge Kausalhaftung. Der Nachweis eines besonderen Verschuldens ist nicht erforderlich.¹⁰⁴

Für den Nachweis des Schadens existieren keine besonderen Vorgaben im Kartellrecht, es gilt also das allgemeine Zivilrecht. Der Richter hat bei der Bemessung des Schadenersatzes grossen Spielraum. – Der Schadenersatzanspruch hat Kompensations-, nicht Straffunktion. Mehrfacher Schadenersatz existiert nicht.¹⁰⁵

Der *passing on*-Einwand wird anerkannt.¹⁰⁶ Jeder soll (nur) den Schaden verlangen können, den er im Endeffekt tatsächlich erlitten hat.

Die Pflicht zur Zinszahlung beginnt gem. Art. 1153-1 Code civil erst mit Verkündung des Urteils. Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht hat der Richter aber nach dieser Vorschrift die Möglichkeit, von der Grundregel abzuweichen und einen anderen Zeitpunkt zu bestimmen.

¹⁰³ S. die Pressemitteilung von *UFC Que Choisir?*, 29.6.2007, abrufbar unter www.quechoisir.org.

¹⁰⁴ *Idot* (oben Fn. 101), S. 99.

¹⁰⁵ Die Einführung von Strafschadenersatz in das allgemeine Haftpflichtrecht ist aber Gegenstand eines aus der Wissenschaft vorgelegten Reformprojekts. S. hierzu *Chagny/Riffault-Silk/Blin/Fasquelle* in *LIDC* (oben Fn. 5), S. 2, 15.

¹⁰⁶ *Idot* (oben Fn. 101), S. 103.

Nach neuem Verjährungsrecht (Art. 2224 Code civil) verjähren die Ansprüche in fünf Jahren ab Kenntnis (oder fahrlässiger Unkenntnis) der Umstände, die dem Anspruchsinhaber die Ausübung seines Rechts ermöglicht hätten.

2. Prozessrecht

Die Zuständigkeit für kartellzivilrechtliche Prozesse ist stark konzentriert. Der Conseil d'Etat hat per Dekret acht erstinstanzliche Gerichte benannt. Das einzige zweitinstanzliche Gericht ist die Cour d'appel de Paris.

Der Kläger hat alle Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen. Allgemeine Offenlegungspflichten bestehen nicht; das Gericht kann die Parteien aber zur Vorlage bestimmter Beweismittel verpflichten.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gem. Art. 696 und 700 Code de la procédure civile im Prinzip der unterlegenen Partei auferlegt. Der Richter kann aber mit besonderer Begründung von dieser Grundregel abweichen.

Was die Schiedsgerichtsbarkeit betrifft, so geht auch das französische Recht von der Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten aus. Nach dem *Thalès*-Entscheid der Cour d'appel de Paris können Schiedssprüche wegen Nichtbeachtung des Kartellrechts nur dann aufgehoben werden, wenn die Verletzung des Kartellrechts und des *ordre public* offensichtlich war.¹⁰⁷

3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

a) Amicus curiae

Der Conseil de la concurrence kann von den Gerichten nach der Auslegung des französischen und europäischen Kartellrechts befragt werden, Art. L462-3 Code de commerce. Die Behörde äussert sich nicht lediglich auf der Grundlage der vorgelegten Schriftstücke, sondern hat eigene Ermittlungen anzustellen. Von der Möglichkeit, den Conseil de la concurrence einzuschalten, scheint allerdings in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht zu werden.

¹⁰⁷ Cour d'appel de Paris, 1re ch., 18.11.2004, *Thalès c/ Euromissile*, RLC 2005-2 n°150: "La violation de l'ordre public international [...] doit être flagrante, effective et concrète".

b) Bindungswirkung

Eine formelle Bindung der Zivilgerichte an die Entscheidungen der Kartellbehörden besteht (ausserhalb von Art. 16 VO 1/2003) nicht.¹⁰⁸ Man geht aber davon aus, dass die Entscheidung des Conseil de la concurrence nahezu notwendig das Vorliegen des Verletzungstatbestands präjudiziert.¹⁰⁹

c) Bonusprogramm

Was das Bonusprogramm betrifft, so bleiben im französischen Recht die zivilrechtlichen Ansprüche gegen Kronzeugen unberührt.¹¹⁰ Unternehmensaussagen können aber mündlich erfolgen und werden vertraulich behandelt, so dass eine Verwendung im Zivilprozess ausgeschlossen oder zumindest erheblich erschwert wird.

¹⁰⁸ Wird aber in der Literatur gefordert, s. *Chagny/Riffault-Silk/Blin/Fasquelle* in *LIDC* (oben Fn. 5), S. 11 f.

¹⁰⁹ *Marin*, in Möllers/Heinemann (oben Fn. 15), S. 510.

¹¹⁰ *Conseil de la concurrence*, Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français, n° 46.

VI. Niederlande

1. Materielles Recht

a) Allgemeines

Unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind gem. Art. 6 Abs. 2 des niederländischen Wettbewerbsgesetzes (Mededingingswet – Mdw) nichtig. Diese Wirkung besteht von Anfang an (*ex tunc*).¹¹¹ Eine spezielle Anspruchsgrundlage für kartellzivilrechtliche Ansprüche existiert nicht; die allgemeinen Regeln des Zivilgesetzbuchs (Burgerlijk Wetboek – BW) finden Anwendung.¹¹²

Im Grundsatz liegt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Merkmale beim Kläger. Nach den allgemeinen Regeln kann hiervon aber abgewichen werden, wenn Vernunft und Fairness dies erfordern. Wenn z.B. der Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden wahrscheinlich ist, kann das Gericht die Beweislast umkehren.¹¹³

b) Aktivlegitimation

Nach Art. 3303 BW ist die Aktivlegitimation lediglich an ein "ausreichendes Interesse" geknüpft. Auch wenn keine Rechtsprechung zu dieser Frage vorliegt, sind (nicht zuletzt unter dem Eindruck der *Courage*-Entscheidung) auch indirekte Abnehmer und Verbraucher klageberechtigt.

Die Aktivlegitimation von Verbänden ist weit gefasst. Nach Art. 3:305a BW kann jeder rechtsfähige Verband Klage erheben, wenn ähnliche Interessen anderer Personen verteidigt werden und der Schutz dieser Interessen vom Verbandszweck erfasst wird. Geklagt werden darf erst nach ausreichenden Verhandlungen mit der anderen Partei. Das Klagerecht ist nicht auf bestimmte Verbände beschränkt. Gewerbliche Verbände sind genauso wie Verbraucherverbände durch diese Vorschrift zur Klageerhebung berechtigt. Das Recht zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wird in Art. 3:305a Abs. 3 BW allerdings ausdrücklich ausgeschlossen. In der Praxis wird diese Lücke durch Beauftragung desselben Rechtsanwalts oder durch Abtretungslösungen gefüllt.

¹¹¹ *Haak/Mes/Schrijvershof*, National Report for the Netherlands, in LIDC (oben Fn. 5), S. 21.

¹¹² Nämlich für deliktische Ansprüche die Generalklausel in Art. 6:162 BW.

¹¹³ *Gommers*, in Möllers/Heinemann (oben Fn. 15), S. 523.

Im Jahr 2005 trat das Gesetz über die Abwicklung von Massenschäden in Kraft.¹¹⁴ Es sieht die Möglichkeit der gruppenweisen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor und ist auch auf Verletzungen des Kartellrechts anwendbar. Wenn Geschädigte und Schädiger sich einigen, kann ein Gericht diese Einigung für alle Gruppenangehörigen für verbindlich erklären. Dabei gilt das *opt out*-Prinzip: Sämtliche Gruppenmitglieder werden in den Geltungsbereich der einvernehmlichen Regelung einbezogen, es sei denn, dass sie schriftlich widersprochen haben. Der Unterschied zur Sammelklage im US-amerikanischen Recht besteht darin, dass Schädiger und Geschädigte sich einigen müssen, bevor sie die Allgemeinverbindlichkeit beim Gericht beantragen können. *Blackmail settlements* sollen hierdurch vermieden werden.

c) Schadenersatz

Ein Schadenersatzanspruch setzt gem. Art. 6162 Abs. 3 BW Verschulden voraus. Das Verschulden wird aber bereits aus der Verletzung des Kartellrechts selbst abgeleitet.¹¹⁵ Der Anspruch zielt auf volle Kompensation und umfasst *damnum emergens* und *lucrum cessans*. Mehrfacher oder Strafschadenersatz existieren nicht. Der Richter hat breiten Beurteilungsspielraum sowohl in der Frage, ob ein Schaden entstanden ist, als auch wie hoch dieser Schaden anzusetzen ist. Der Ermessensspielraum des Richters bezieht sich auch auf die Schätzungsmethoden. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass der Richter auf Antrag des Klägers den Schaden auch auf der Grundlage des Verletzergewinns berechnen kann, Art. 6:104 BW.

Die Frage, ob ein Schädiger sich auf den *passing on*-Einwand berufen kann, muss als offen bezeichnet werden.¹¹⁶

Es werden Schadenszinsen geschuldet: Die Pflicht zur Verzinsung beginnt also bereits mit Eintritt des Schadens und nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt. – Verjährung der Ansprüche tritt in fünf Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger ein, spätestens in 20 Jahren nach der schädigenden Handlung.

¹¹⁴ Wet collectieve afwikkeling massaschade.

¹¹⁵ VerLoren van Themaat/Hettema/Buruma, Netherlands Report, in Ashurst (oben Fn. 17), S. 5.

¹¹⁶ S. Haak/Mes/Schrijvershof, National Report for the Netherlands, in LIDC (oben Fn. 111), S. 16 f.

2. Prozessrecht

Es besteht keine Zuständigkeitskonzentration für kartellrechtliche Zivilstreitigkeiten. Auch die Zuständigkeit in der ersten Instanz richtet sich nach den allgemeinen Regeln über den Streitwert.

Discovery-Regeln nach Art des US-amerikanischen Rechts existieren nicht, aber das niederländische Recht kennt die Möglichkeit eines Vorverfahrens: Auf Antrag einer Partei kann eine Anhörung von Parteien und Zeugen erfolgen, um einen Eindruck davon zu halten, ob die Klage substantiiert werden kann. Das Gericht kann die Vorlage von Dokumenten anordnen. Die Parteien sind allerdings nicht verpflichtet, dieser Anordnung nachzukommen, was vom Gericht in seine Beurteilung einbezogen werden kann.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der unterlegenen Partei auferlegt. Die Höhe der Kosten wird vom Gericht festgelegt, das hierbei einigen Spielraum hat.

In der Frage nach dem *ordre public*-Charakter des Kartellrechts sind die niederländischen Gerichte zurückhaltend: Die Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts durch ein Schiedsgericht wurde nicht für sich allein als ein Umstand angesehen, der gegen die öffentliche Ordnung verstößt.¹¹⁷ Ob sich hieran etwas durch die *Eco Swiss*-Entscheidung des EuGH geändert hat, wird intensiv diskutiert.¹¹⁸

3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

a) *Amicus curiae*

Die *amicus curiae*-Funktion der niederländischen Kartellbehörde (*Nederlandse Mededingingsautoriteit - NMa*) ist zurückhaltend ausgestaltet. Im wesentlichen wurde in Art. 44a der Zivilprozessordnung (*Burgerlijke rechtsvordering – Rv*) nur das umgesetzt, was durch Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 gefordert ist: Die Kartellbehörde kann in kartellzivilrechtlichen Verfahren schriftliche Eingaben machen. Mit Erlaubnis des Gerichts kann der Behördenvertreter auch mündliche Stellungnahmen abgeben. Diese Rechte beziehen sich nur auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts, nicht auf die entsprechenden Vorschriften des niederländischen Kartellgesetzes. Die Kartellbehörde hat in den einschlägigen Leitlinien klargestellt, dass sie nur zurückhaltend von dieser Befugnis Gebrauch

¹¹⁷ S. die Ausführungen des Hoge Raad in EuGH – *Eco Swiss* (oben Fn. 69), Tz. 24 ff.

¹¹⁸ S. *VerLoren van Themaat/Hettema/Buruma* (oben Fn. 115), S. 15.

machen wird und Überschneidungen mit den regulatorischen Aufgaben vermeiden möchte.¹¹⁹
Auch möchte sie nur in Berufungsverfahren auftreten.¹²⁰

b) Bindungswirkung

Von einer kartellbehördlichen Verfügung geht (ausserhalb von Art. 16 VO 1/2003) keine formelle Bindungswirkung für den Zivilprozess aus. In der Literatur wird der Behördenentscheidung aber der Stellenwert einer widerlegbaren Vermutung für das Vorliegen einer rechtswidrigen Verletzung zuerkannt.¹²¹ Vereinzelt hat die Kartellbehörde auch detaillierte Ausführungen zur Schadenshöhe gemacht.¹²²

c) Bonusregelung

Im Kronzeugenverfahren besteht die Möglichkeit, Erklärungen in mündlicher Form zu machen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht. Die Gefahr zivilrechtlicher Inanspruchnahme wird ein solches Interesse regelmässig begründen. Die Protokolle der mündlichen Aussagen unterliegen gesteigerter Vertraulichkeit.¹²³ Besondere Regeln zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Kronzeugen existieren nicht.

d) Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen

In jüngster Zeit haben private Kartellrechtsklagen des Staates für Aufsehen gesorgt. Nach der Aufdeckung von Submissionsabsprachen wurden 1.100 Ansprüche öffentlicher Stellen geltend gemacht.¹²⁴ Zu diesem Zweck wurde eigens eine Stiftung gegründet, der diese Ansprüche zum Zweck gebündelter Geltendmachung abgetreten wurden.

¹¹⁹ S. hierzu *Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Richtsnoeren Amicus Curiae (Amicus Curiae Guidelines), 13.8.2004, N° 15.

¹²⁰ Ebenda, N° 16.

¹²¹ *Gommers*, in Möllers/Heinemann (oben Fn. 15), S. 416.

¹²² *Haak/Mes/Schrijvershof* (oben Fn. 111), S. 10.

¹²³ *Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Richtsnoeren Clementie 2007 (Leniency Guidelines), 10.10.2007, N° 10, 25 ff.

¹²⁴ *Gommers* (oben Fn. 121), S. 417.

VII. Vereinigtes Königreich

Auch in Grossbritannien findet eine intensive Diskussion über die Weiterentwicklung der privaten Kartellrechtsklagen statt. Die Einschätzung ist weit verbreitet, dass die aktuelle Situation unbefriedigend ist, und Massnahmen erforderlich sind, welche die Attraktivität der privaten Klagen steigern. Das *Office of Fair Trading (OFT)* hat im April 2007 ein Diskussionspapier¹²⁵ vorgelegt, das zu konkreten Empfehlungen an die Regierung geführt hat.¹²⁶ Die zentralen Vorschläge werden in die folgende Darstellung integriert.

1. Materielles Recht

a) Allgemeines

Das britische Kartellrecht findet sich im Competition Act 1998, der im Jahr 2000 in Kraft trat. Wichtige Änderungen erfolgten durch den Enterprise Act 2002. Die gesetzliche Regelung enthält keine Bestimmungen über privatrechtliche Ansprüche. Diese folgen also den allgemeinen Regeln. Das Vereinigte Königreich verfügt als Mehrrechtsstaat über verschiedene Teilrechtsordnungen. Während Competition Act und Enterprise Act für das gesamte Land gelten, sind die privatrechtlichen Folgen den Teilrechtsordnungen zu entnehmen. Es können sich also Unterschiede zwischen England und Wales, Nordirland und Schottland ergeben. Die folgenden Ausführungen basieren auf dem englischen Recht.

Die Grundlage für Schadenersatzansprüche ist der Tort *breach of statutory duty*, der auch auf die Verletzung der nationalen und europäischen Wettbewerbsregeln angewandt wird.

b) Nichtigkeit

Unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind nichtig. Für Verträge zwischen den Parteien der Vereinbarung gilt dies uneingeschränkt. Wird der Kartellrechtsverstoss von Dritten geltend gemacht, sind die englischen Gerichte mit der Annahme der Nichtigkeitsfolge zurückhaltend.¹²⁷

¹²⁵ *OFT*, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Discussion paper, April 2007 (www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft916.pdf).

¹²⁶ *OFT*, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Recommendations from the Office of Fair Trading, November 2007 (www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft916resp.pdf).

¹²⁷ *Scholes*, in Möllers/Heinemann (oben Fn. 15), S. 399.

c) Aktivlegitimation

Nach den Tort-Regeln des *breach of statutory duty* ist jedermann klageberechtigt, der in den Schutzbereich der gesetzlichen Regelung fällt. Dieses Erfordernis wird von den Gerichten weit ausgelegt. Beim Schadenersatzanspruch ergeben sich Einschränkungen aus dem Erfordernis der Kausalität bzw. daraus, dass der zu ersetzende Schaden nicht zu weit entfernt (*remote*) sein darf. Es muss deshalb als derzeit offen bezeichnet werden, ob beispielsweise die indirekten Abnehmer eigene Ansprüche geltend machen können.¹²⁸

Die Regel des englischen Rechts, nach welcher die Parteien einer verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung prinzipiell keine Ansprüche geltend machen können, wurde vom EuGH in der *Courage*-Entscheidung für europarechtswidrig erklärt.¹²⁹

Eine in der Praxis wichtige Einschränkung wurde hierdurch beseitigt.

Hervorzuheben sind die kollektiven Klagerechte für *specified bodies*. Nach Art. 47B Competition Act (eingefügt durch den Enterprise Act 2002) können anerkannte Verbände vor dem *Competition Appeal Tribunal (CAT)* Schadenersatzansprüche von Verbrauchern geltend machen. Diese Möglichkeit ist auf *follow on*-Klagen beschränkt, setzen also eine Entscheidung des OFT oder der Europäischen Kommission voraus. Das Verfahren folgt dem *opt in*-Prinzip, setzt also das Einverständnis des Verbrauchers voraus.¹³⁰ Die eingeklagte Summe muss im Grundsatz an die geschädigten Verbraucher ausgekehrt werden. Wenn die Beteiligten einverstanden sind, kann das Gericht aber auch anordnen, dass das Geld beim Verband bleibt. Das OFT regt an, zumindest darüber nachzudenken, ob das Verbandsklagerecht auf *standalone*-Klagen (also auf Klagen, die nicht vom vorherigen Einschreiten der Kartellbehörde abhängen) und auf Unterlassungsansprüche ausgedehnt werden sollte.¹³¹

Ein Verbandsklagerecht für gewerbliche Verbände existiert nicht. Auch hier sieht das OFT zumindest Diskussionsbedarf.¹³²

Daneben gelten die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften. Nach Regel 19.6 der Civil Procedure Rules können Prozesse, welche mehrere Personen mit demselben Klageinteresse betreffen, von einem (oder mehreren) Repräsentanten geführt werden, und zwar mit Wirkung

¹²⁸ Die Gruppen möglicher Kläger analysiert *Beard*, Damages in competition law litigation in the United Kingdom, in *LIDC* (oben Fn. 5), S. 12 ff.

¹²⁹ S.o. bei Fn. 54.

¹³⁰ Das OFT schlägt eine Neuregelung vor, nach der es dem Richter überlassen wäre, auch *opt out*-Klagen anzunehmen, s. *OFT, Recommendations* (oben Fn. 126), S. 29.

¹³¹ *OFT, Recommendations* (oben Fn. 126), S. 17.

¹³² *OFT, Recommendations* (oben Fn. 126), S. 18 f.

für und gegen alle Repräsentierten. Daneben besteht die Möglichkeit von Sammelklagen (*group litigation*),¹³³ die jedoch nicht annähernd die gleiche Popularität genießen wie in den USA.

d) Schadenersatz

Der Schadenersatzanspruch wegen *breach of statutory duty* setzt u.a. voraus, dass der Schaden von der Art ist, welche die gesetzliche Vorschrift gerade verhindern wollte. Der Gesetzesverstoss muss kausal für den Schaden sein, und der Schaden darf nicht zu entfernt sein.¹³⁴ Verschulden ist nicht Anspruchsvoraussetzung, es gilt *strict liability*, also eine scharfe Kausalhaftung. Der Ersatzanspruch erstreckt sich auf die entstandenen Vermögenseinbussen und den entgangenen Gewinn. Die Zulässigkeit der *passing on defence* wird kontrovers diskutiert; die Frage ist gerichtlich nicht entschieden und muss als offen betrachtet werden.¹³⁵

Nach den allgemeinen Regeln des englischen Rechts können *exemplary damages*, also Strafschadenersatz zuerkannt werden. Die Voraussetzungen hierfür sind hoch. So weit ersichtlich, wurde auf dem Gebiet des Kartellrechts von dieser Möglichkeit noch kein Gebrauch gemacht.¹³⁶

Zinsen werden ab dem Zeitpunkt der Verletzung geschuldet. – Die Ansprüche verjähren in sechs Jahren ab Entstehung des Schadens. Ist *fraud, concealment or mistake* im Spiel, beginnt der Lauf der Verjährung erst mit Kenntnis (oder fahrlässiger Unkenntnis) des Klägers von seinem Anspruch.¹³⁷ Für Schadenersatzklagen vor dem CAT gelten die normalen Verjährungsregeln nicht, Section 47A (3) Competition Act. Die Klage ist innerhalb von zwei Jahren seit Bestandskraft der kartellbehördlichen Entscheidung einzubringen.¹³⁸

2. Prozessrecht

Das Klagerecht der Verbraucherverbände vor dem *Competition Appeal Tribunal (CAT)* wurde bereits erwähnt. Darüberhinaus steht das CAT ganz allgemein jedermann für eine *follow on-*

¹³³ Regeln 19.10 ff. der Civil Procedure Rules.

¹³⁴ S. hierzu näher *Scholes* (oben Fn. 127), S. 504 f.

¹³⁵ S. die eingehende Argumentation von *Beard* (oben Fn. 128), S. 14 ff. Das OFT befürwortet die Zulässigkeit des *passing on*-Einwands; die Beweislast sei dem Schädiger aufzuerlegen; erforderlich sei zudem ein Ausgleichsmechanismus zwischen direkten und indirekten Abnehmern (*OFT, Recommendations*, oben Fn. 126, S. 50).

¹³⁶ *Scholes* (oben Fn. 127), S. 505 f.

¹³⁷ Sections 2 and 32 Limitation Act 1980.

¹³⁸ Regel 31 der Competition Appeal Tribunal Rules 2003.

Schadenersatzklage zur Verfügung.¹³⁹ Das Verfahren vor dem CAT ergänzt die allgemeinen prozessualen Möglichkeiten, ersetzt sie aber nicht. Dem Kläger bleibt es unbenommen, vor die ordentlichen Gerichte zu ziehen. Aufgrund einer Praxisanordnung des Justizministers ist die erstinstanzliche Zuständigkeit für kartellrechtliche Zivilklagen in England und Wales bei der Chancery Division des High Court in London konzentriert.¹⁴⁰

Die allgemeinen Verfahrensregeln gelten. Hervorzuheben ist, dass das Zivilprozessrecht im Vereinigten Königreich Offenlegungspflichten kennt (*disclosure*), welche der US-amerikanischen *discovery* ähneln. Die Parteien müssen nicht nur die Beweismittel auflisten (und auf Verlangen zugänglich machen), die sie im Prozess zu benutzen gedenken, sondern auch solche Beweismittel, die ihrer Sache nachteilig sind oder dem Gegner nützen. Das Gericht kann Anordnungen zur Offenlegung von Beweismitteln treffen.

3. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

a) Amicus curiae

Die Parteien eines Rechtsstreits, der Bezüge zum britischen oder europäischen Kartellrecht hat, müssen nach der Praxisanordnung des Justizministers Kopien ihrer Schriftsätze an das OFT senden.¹⁴¹ In Bezug auf das europäische Kartellrecht haben die nationalen Kartellbehörden bereits nach Art. 5 Abs. 3 VO 1/2003 das Recht, schriftliche Stellungnahmen bei Gericht einzureichen und – mit Erlaubnis des Gerichts – auch mündlich Stellung zu nehmen. Die Praxisanordnung erstreckt diese Rechte auf Interventionen zu Fragen des nationalen Kartellrechts.¹⁴² Das OFT hat erklärt, angesichts der beschränkten Ressourcen überwiegend in den Berufungsinstanzen aufzutreten, und nur dann, wenn es die Gleichmässigkeit der Kartellrechtsanwendung erfordert.¹⁴³ Das OFT tritt auch vor der höchsten Instanz, also dem House of Lords auf. Die Stellungnahmen des OFT sind für die Gerichte nicht verbindlich.

¹³⁹ Zu den Hintergründen dieser durch den Enterprise Act 2002 geschaffenen Möglichkeit s. *Holmes*, Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK, ECLR 2004, 25 (32): U.a. soll die Behandlung kartellrechtlicher Klagen durch spezialisierte Richter gewährleistet werden.

¹⁴⁰ *Ministry of Justice*, Practice Direction – Competition Law – Claims Relating to the Application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty and Chapters I and II of Part I of the Competition Act 1998.

¹⁴¹ *Ministry of Justice* (oben Fn. 140), n° 3.

¹⁴² *Ministry of Justice* (oben Fn. 140), n° 4.1A.

¹⁴³ *OFT*, Discussion paper (oben Fn. 125), S. 54.

b) Bindungswirkung

Nach Section 60 (3) Competition Act haben die Gerichte alle relevanten Entscheidungen und Aussagen der Europäischen Kommission zu berücksichtigen. Eine Aussage zum Stellenwert der innerstaatlichen Kartellpraxis fehlt. Das OFT schlägt vor, die Vorschrift im Hinblick auf die Praxis der britischen Kartellbehörde zu erweitern.¹⁴⁴ Berücksichtigung ("must have regard") bedeutet nicht Bindung. Die Pflicht zur ernsthaften Auseinandersetzung mit den Standpunkten der Kartellbehörden soll die Konsistenz der Kartellrechtsanwendung stärken.

Durch den Enterprise Act 2002 wurden Section 47A und 58A in den Competition Act 1998 eingefügt. Das CAT und die anderen Gerichte sind danach an die kartellbehördliche Feststellung eines konkreten Kartellrechtsverstosses gebunden, und zwar sowohl in Bezug auf europäisches als auch auf nationales Kartellrecht.¹⁴⁵ Die Frage, ob diese Bindungswirkung nicht nur für Entscheidungen der britischen Kartellbehörden und der Europäischen Kommission, sondern (wie im deutschem Recht) auch für die Verfügungen aller anderen nationalen Kartellbehörden in der EG gelten soll, wird vom OFT positiv beantwortet, aber einer einheitlichen europäischen Regelung überlassen.¹⁴⁶

Grenzen der Bindungswirkung wurden im berühmten *Courage*-Fall¹⁴⁷ deutlich (der in Grossbritannien der *Crehan*-Fall ist). Nachdem der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EG) den *in pari delicto*-Stolperstein aus dem Weg geräumt hatte, sprach der Court of Appeal Schadenersatz zu: Er sah sich an die materiell-rechtliche Würdigung der englischen Bierlieferungsverträge derselben Epoche in verschiedenen Kommissionsentscheidungen gebunden. Das House of Lords hob das Urteil auf: Art. 81 EG sei im konkreten Fall nicht verletzt. Die Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen erstreckte sich nur auf den tatsächlich von der Kommission beurteilten Fall, nicht auf andere Vertragsbeziehungen im selben Markt.¹⁴⁸

c) Bonusregelung

Der abschreckenden Wirkung zivilrechtlicher Haftungsrisiken auf die Bereitschaft, sich als Kronzeuge zur Verfügung zu stellen, möchte das OFT durch den Schutz der Vertraulichkeit relevanter Aussagen und Dokumente begegnen. Es wird vorgeschlagen, eine rechtliche

¹⁴⁴ OFT, Recommendations (oben Fn. 126), S. 40 f.

¹⁴⁵ Die Bindung an Entscheidungen der Europäischen Kommission wird nur in Bezug auf das CAT angeordnet. Aus Art. 16 VO 1/2003 ergibt sich aber, dass alle Gerichte insoweit gebunden sind.

¹⁴⁶ OFT, Recommendations (oben Fn. 126), S. 49.

¹⁴⁷ S.o. bei Fn. 53.

¹⁴⁸ House of Lords, *Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others v. Crehan*, [2006] UKHL 38.

Grundlage zu schaffen, um die Verwendung solcher Informationen im Zivilprozess gegen den Willen des Kronzeugen auszuschliessen.¹⁴⁹ Das OFT spricht sich auch dafür aus, Kronzeugen (wie im US-amerikanischen Recht) aus der Solidarhaftung zu entlassen. Sie würden dann nur noch gegenüber den eigenen Vertragspartnern und indirekten Abnehmern haften. Selbst ein völliger Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung wird in Erwägung gezogen.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *OFT, Recommendations* (oben Fn. 126), S. 38.

¹⁵⁰ *OFT, Recommendations* (oben Fn. 126), S. 39.

VIII. Fazit

Alle Berichtsländer verfügen über Regeln, welche die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts ermöglichen. Überall (mit Ausnahme der USA) ist aber auch der Eindruck vorherrschend, dass den privaten Kartellrechtsklagen zu grosse Hindernisse im Weg stehen. Dabei streben nur die wenigsten eine *US style litigation culture* an, die in Europa als zu aggressiv und volkswirtschaftlich schädlich empfunden wird. Nach überwiegender Auffassung ist es möglich und erforderlich, Verbesserungen vorzunehmen, ohne der Gefahr exzessiver Prozessführung zu erliegen. Auch im Vereinigten Königreich, wo mit der Möglichkeit von *exemplary damages*, den *disclosure*-Regeln im Zivilprozess und kollektiven Klageinstrumenten Regelungen existieren, die dem US-amerikanischen Dispositiv ähnlich sind, ist man von einer übertriebenen Klagekultur weit entfernt.

Vor diesem Hintergrund soll nun das schweizerische Kartellprivatrecht untersucht werden. Die Analyse des geltenden Rechts und die Aufzeigung der Verbesserungsmöglichkeiten wird auch die rechtsvergleichenden Beobachtungen einbeziehen.

B. Das Schweizer Recht in rechtsvergleichender Hinsicht

Nach einer Darstellung der allgemeinen Merkmale des schweizerischen Kartellrechts (I.) ist auf das materielle Recht (II.), die zivilprozessualen Bestimmungsfaktoren (III.) und die Besonderheiten einzugehen, die aus dem Nebeneinander von Verwaltungsverfahren und zivilrechtlichen Ansprüchen resultieren (IV.). Fragen der Beweislast werden an der jeweils relevanten Stelle in die Darstellung zum materiellen Recht integriert; übergreifende Fragen der Beweisführung werden hingegen im zivilprozessualen Teil erörtert.

I. Allgemeines

Die Schweizer Entwicklung schreibt sich in den gesamteuropäischen Kontext ein. Obwohl schon aufgrund der zivilrechtlichen Wurzeln des Kartellrechts das Kartellprivatrecht seit jeher Beachtung findet,¹⁵¹ war und ist die praktische Relevanz gering.¹⁵² Im Vordergrund steht das Verwaltungsverfahren. Aus Sicht der Betroffenen hat das Einschreiten der Kartellbehörde unbestreitbare Vorteile: Der Sachverhalt wird nach dem Untersuchungsgrundsatz durch die Behörde aufgeklärt, der zu diesem Zweck hoheitliche Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Den Betroffenen entstehen keine Kosten.¹⁵³ Andererseits gilt im Kartellverwaltungsverfahren das Opportunitätsprinzip: Die Betroffenen haben keinen Anspruch darauf, dass die Weko ein Verfahren einleitet. Auch können Geschädigte im Verwaltungsverfahren keinen Schadenersatz erhalten. Neben der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung muss also auch ein zivilrechtlicher Weg zur Verfügung stehen, auf dem Kartellrechtsverstöße geltend gemacht werden können.¹⁵⁴

Dies folgt auch aus der Grundanlage des Kartellgesetzes. Zwar wird immer noch die Frage diskutiert, ob das Kartellrecht ausschliesslich den Schutz der Institution Wettbewerb

¹⁵¹ Bemerkenswert ist die Intensität, mit der sich die Wissenschaft in den letzten Jahren des Themas angenommen hat, s. nur die Monographien von *Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, 1999; *Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2000; *Bürgi*, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstößen, 2001; *Wiget*, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, 2006; *Frehner*, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007; *Nagel*, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, 2007.

¹⁵² In der von der Wettbewerbskommission herausgegebenen Publikation "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)" wurden seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes im Jahr 1996 23 kartellzivilrechtliche Fälle veröffentlicht. Auch wenn nicht alle einschlägigen Fälle abgedruckt werden, vermittelt diese Zahl doch einen Eindruck von der geringen praktischen Bedeutung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

¹⁵³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a Gebührenverordnung KG.

¹⁵⁴ Zu den Vor- und Nachteilen des kartellrechtlichen Zivilverfahrens s. *Lang* (oben Fn. 151), S. 41 ff.

bezweckt, oder ob es nicht daneben auch den Schutz der betroffenen Individuen zum Gegenstand hat.¹⁵⁵ Mit der Einfügung von Art. 27 Abs. 1 BV in den Ingress des Kartellgesetzes durch die Revision von 2003 kann aber kein Zweifel mehr daran bestehen, dass das Kartellgesetz auch Individualinteressen schützt.¹⁵⁶ Den Betroffenen muss deshalb ein Weg zur Verfügung stehen, auf dem sie in eigener Regie Verletzungen des Kartellrechts monieren können.

1. Kartellprivatrechtliche Spezialregeln im Kartellgesetz

Das Schweizer Recht verfügt in den Art. 12 f. KG über besondere Regeln für das zivilrechtliche Verfahren in Kartellrechtsstreitigkeiten. Der rechtsvergleichende Überblick hat gezeigt, dass es sich hierbei um keine Selbstverständlichkeit handelt. Die Existenz solcher Sonderregeln ist positiv zu werten.¹⁵⁷

Der Begriff des "zivilrechtlichen Verfahrens" in der Kapitelüberschrift vor den Art. 12 ff. KG wird weit verstanden: Die Vorschriften betreffen sowohl das materielle Recht als auch das Prozessrecht. Art. 12 KG zählt die Ansprüche auf, die sich aus einer Wettbewerbsbehinderung ergeben können, nämlich solche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Gewinnherausgabe. Wie das Gesetz beim Schadenersatzanspruch ausdrücklich anmerkt, ist das Obligationenrecht ergänzend heranzuziehen.

Art. 13 KG stellt klar, dass das Gericht zur Abstellung einer Wettbewerbsbehinderung die (vollständige oder teilweise) Ungültigkeit von Verträgen oder einen Kontrahierungszwang anordnen kann. Art. 14 KG verpflichtet die Kantone zur Bestimmung einer einzigen kantonalen Instanz für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung. Nach Art. 15 KG ist die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Die Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren (Art. 16 KG). Das Gericht kann zum Schutz einschlägiger Ansprüche vorsorgliche Massnahmen anordnen (Art. 17 KG).

Ausserhalb des Kapitels über das zivilrechtliche Verfahren ist Art. 48 Abs. 2 KG einschlägig, wonach die Gerichte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Urteile in Anwendung des Kartellgesetzes unaufgefordert und vollständig zuzustellen haben. Diese Bestimmung betrifft auch die zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren.

¹⁵⁵ S. z.B. *Jacobs/Bürgi*, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004, 149 (150) m.w.N.

¹⁵⁶ *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 237.

¹⁵⁷ Auch auf die Systematik des Gesetzes sei kurz hingewiesen: Das KG-Kapitel über das zivilrechtliche Verfahren wurde vor die Kapitel über das verwaltungsrechtliche Verfahren und die Strafsanktionen gesetzt. Anders z.B. das deutsche GWB, in dem die "bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" am Ende eingereiht sind.

2. Missbrauchs- und Verbotsprinzip

a) Begrifflichkeit

Von grundsätzlicher Bedeutung (auch) für das Kartellprivatrecht ist die Unterscheidung von Missbrauchs- und Verbotsprinzip. Allerdings wird das Begriffspaar uneinheitlich verwendet, was zu Missverständnissen führt.¹⁵⁸ Nach der international üblichen Begriffsbildung folgt eine Kartellgesetzgebung dann dem Missbrauchsprinzip, wenn ihre materiellrechtlichen Normen nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern einen Anwendungsakt von Behörden oder Gerichten voraussetzen. Nach dem Verbotsprinzip sind kartellrechtswidrige Verhaltensweisen dagegen ohne einen solchen Anwendungsakt, also *ipso iure* verboten.

b) Die Vorgaben der Bundesverfassung

Nach traditioneller Sichtweise ist das kartellrechtliche Missbrauchsprinzip in der Bundesverfassung zwingend verankert. Nach Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Hieraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen als solche sanktionieren darf, sondern nur gegen ihre volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen vorgehen kann (so auch Art. 31a lit. d aBV). In diesem Sinn heisst es in der Botschaft zum KG 1995:

"Unter dem durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit *ex tunc*, sondern lediglich eine solche *ex nunc* zu. Das gilt auch für die in Artikel 5 Absatz 3 E enthaltenen Vermutungstatbestände. Die Subsumtion unter diese Tatbestände löst einzig die Vermutung aus, dass die fragliche Wettbewerbsabrede zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt; die Unzulässigkeit und damit die Nichtigkeit treten jedoch auch hier erst mit der rechtskräftigen Feststellung durch die zuständige Rechtsanwendungsbehörde ein, bzw. mit dem Verzicht auf einen Antrag auf

¹⁵⁸ Lange Zeit wurde das US-amerikanische Antitrustrecht als Ausprägung des Verbotsprinzips verstanden, dem das europäische Kartellrecht als Variante des Missbrauchsprinzips gegenübergestellt wurde, s. *Gerber*, Law and Competition in Twentieth Century Europe, 1998, S. 174 f. Aus Schweizer Perspektive ist das europäische Kartellrecht demgegenüber ein typischer Vertreter des Verbotsprinzips, während das KG dem Missbrauchsprinzip zugeordnet wird. Aus europäischer Perspektive hingegen folgt das Schweizer Kartellrecht seit der KG-Revision von 2003 dem Verbotsprinzip, da die kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen auch ohne Einschreiten einer Behörde oder eines Gerichts unzulässig und sanktionierbar sind. S. auch *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 127 ff., der die Unterscheidung zwischen Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung relativiert, und ihr die Alternative zwischen Verbotsgesetzgebung mit Erlaubnisvorbehalt und Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme überordnet. Seit dem 1.5.2004 folgt das europäische Kartellrecht dem Prinzip der Legalausnahme, so dass der konstruktive Unterschied zum Schweizer Recht aufgehoben wurde.

ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen oder der Abweisung eines solchen."¹⁵⁹

c) Unzulässigkeit *ex nunc* oder *ex tunc*?

Wie dieses Zitat verdeutlicht, birgt das Missbrauchsprinzip erhebliches Gefahrenpotential für das Kartellprivatrecht. Da die Unzulässigkeit der betreffenden Verhaltensweise erst mit der (rechtskräftigen !) Feststellung durch Behörde oder Gericht eintritt, ist es zivilrechtlich folgerichtig (wenn auch nicht gänzlich zwingend), Ansprüche für die Vergangenheit zu versagen.¹⁶⁰ Es verbleiben lediglich Ansprüche für die Zukunft, z.B. auf Unterlassung oder Schadenersatz. Diese wären allerdings ohne praktische Bedeutung, da eine Fortsetzung der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken nach rechtskräftiger Feststellung ihrer Kartellrechtswidrigkeit kaum wahrscheinlich ist.

Die Lehre von der *ex nunc*-Unzulässigkeit erscheint deshalb unvereinbar mit der Existenz eines eigenen Kapitels über das zivilrechtliche Verfahren im Kartellgesetz. Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur ist denn auch der Ansicht, dass kartellrechtswidrige Verhaltensweisen *ex tunc* unzulässig bzw. nichtig seien (und zwar ohne Differenzierung danach, ob die Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG einschlägig sind),¹⁶¹ so dass keine besonderen Probleme für die Konstruktion zivilrechtlicher Ansprüche entstehen.

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid vom Juni 2008 der herrschenden Lehre angeschlossen: Es folge aus dem Zweck des Kartellrechts, "dass rechtswidrige vertragliche Abreden insoweit nichtig sind, als das vertragsgemässe Verhalten den wirksamen Wettbewerb unzulässig beschränkt".¹⁶² Unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG seien gem. Art. 20 OR nichtig.¹⁶³ Die Nichtigkeit reiche soweit, wie es der Schutzzweck der Norm verlange.¹⁶⁴ Nach dem höchstrichterlichen Entscheid zugunsten der Anwendung von

¹⁵⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 553. S. allerdings auch die Relativierung des Missbrauchsprinzips in der Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl 2002, 2035.

¹⁶⁰ Auf diese Konsequenz weisen hin: *Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Kapitel Vorbem. 9 (S. 259 f.) mit Bezug auf Wiedergutmachungsansprüche; *Martenet*, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, in Braun (Hrsg.), Actualités du droit des contrats, 2008, S. 79 (113); *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 550, mit Bezug auf die Nichtigkeitsfolge.

¹⁶¹ So z.B. *Bürgi* (oben Fn. 151), S. 224 ff.; *Frehner*, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007, S. 324 ff.; *Baker&McKenzie/Hahn*, Handkommentar zum KG, 2007, Art. 12 KG Rn. 21 ff.; *Jacobs/Bürgi* (oben Fn. 155), 151 ff.; *Martenet* (oben Fn. 160), S. 108 ff.; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 854 ff., jeweils m.w.N. Zu den nötigen Differenzierungen bei der Nichtigkeitsfolge s.u. II 2 c).

¹⁶² BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, unter 2.2.

¹⁶³ Ebenda.

¹⁶⁴ Ebenda, unter 2.3.

Art. 20 OR und der *ex tunc*-Nichtigkeit erscheint die dogmatische Grundlage der privatrechtlichen Ansprüche als ausreichend gesichert. Legislatorischer Bedarf besteht deshalb nur noch bei Art. 13 lit. a KG.¹⁶⁵

¹⁶⁵ S. hierzu unten II 2 a).

II. Materielles Recht

Kartellrechtliche Argumente können sowohl vom Kläger als auch vom Beklagte eines Zivilprozesses benutzt werden. Auf der "Aktivseite" wird es sich häufig um Ansprüche auf die Unterlassung einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise oder um Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung von Kartellrecht handeln. Auf der "Passivseite" wird Kartellrecht häufig als Verteidigungsmittel geltend gemacht, indem die kartellrechtliche Nichtigkeit eines Vertrags geltend gemacht wird, aus dem Ansprüche eingeklagt werden. Beide Aspekte sind in die folgende Darstellung integriert. Nach einem Überblick über die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Verbotstatbestände werden die einzelnen Anspruchs- bzw. Einwendungsvoraussetzungen auf ihr Störpotential in Bezug auf das Kartellprivatrecht untersucht.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass das materielle Recht aus Kollisions- und Sachnormen besteht. Kartellrechtsfälle haben häufig einen Auslandsbezug, so dass sich die Frage des anwendbaren Rechts stellt. Die internationalprivatrechtlichen Bezüge des Themas sind also Teil der Analyse.

1. Die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Tatbestände und ihre Bedeutung für die Verteilung der Beweislast

Das materielle Kartellrecht der Schweiz folgt der international üblichen Drei-Säulen-Architektur: Es finden sich Regeln über Wettbewerbsabreden, über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die Zusammenschlusskontrolle. Die Ausgestaltung der materiellrechtlichen Tatbestände ist von grösster Bedeutung für das Kartellprivatrecht: Die Entstehung von Ansprüchen bzw. die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften hängt im Grundsatz davon ab, dass ein kartellrechtlicher Tatbestand vollständig erfüllt ist.¹⁶⁶

Art. 2 Abs. 2 KG nennt als mögliche Verletzungsformen die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen. Es ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, und dies entspricht allgemeiner Meinung, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist, sondern dass jede unzulässige Wettbewerbsbeschränkung die in Art. 12 KG aufgeführten Rechtsfolgen auslösen kann.

Die Beweislast trifft denjenigen, der aus dem Kartellrechtsverstoss Rechte ableitet (s. Art. 8 ZGB). Es ergibt sich folgender Zusammenhang: Je höher und komplexer die Voraussetzungen

¹⁶⁶ Eines der Ziele des KG 1995 war die Vereinheitlichung der materiellrechtlichen Tatbestände mit Wirkung sowohl für das Zivil- als auch das Verwaltungsrecht, s. Botschaft (oben Fn. 2), 551.

der kartellrechtlichen Verbotstatbestände gefasst sind, desto weniger Raum ist für kartellprivatrechtliche Rechtsbehelfe und desto schwerer fällt die Beweisführung.

a) Wettbewerbsabreden

Wettbewerbsabreden sind nach Art. 5 KG unzulässig, wenn sie entweder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, oder wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Einzelheiten zur Effizienzrechtfertigung finden sich in Art. 5 Abs. 2 KG. Die Absätze 3 und 4 enthalten (widerlegbare) Vermutungen für eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei horizontalen und vertikalen Abreden.

aa) Existenz einer Wettbewerbsabrede

Bei geheimen Massnahmen ist die Beweisnot am grössten. Wie kann ein privater Kläger nachweisen, dass insgeheim ein Preiskartell geschmiedet wurde? Oft werden hier nur die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde, also das Verwaltungsrecht weiterhelfen können. Allerdings ist es auch denkbar, besondere Regeln für den Zivilprozess einzuführen. Ist beispielsweise kein sachlicher Grund für gleichzeitige Preiserhöhungen erkennbar (z.B. weil die Kosten stabil geblieben sind), könnten Offenlegungspflichten weiterhelfen. Hierauf wird im zivilprozessualen Teil zurückzukommen sein.¹⁶⁷

bb) Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Wer sich auf die kartellrechtliche Nichtigkeit einer Wettbewerbsabrede beruft oder aus der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede Ansprüche geltend machen möchte, muss beweisen, dass eine der beiden Varianten von Art. 5 KG vorliegt. Was die erste Variante betrifft, so hat die Partei, die diesen Vorwurf erhebt, zu beweisen, dass eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, die den Wettbewerb auf einem oder mehreren Märkten erheblich beeinträchtigt. Der anderen Seite obliegt dann der Nachweis rechtfertigender Effizienzgewinne i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG (wozu die in Art. 6 KG genannten Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen herangezogen werden können). Diese Art der Verteilung der Beweislast ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, sondern wird von der Literatur aus der allgemeinen Beweislastregel in Art. 8 ZGB abgeleitet.¹⁶⁸

¹⁶⁷ S.u. III 1.

¹⁶⁸ S. z.B. Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 19; Commentaire Romand/Reymond, 2002, Art. 12 LCart Rn. 52.

Im Kartellverwaltungsrecht verhält es sich anders: Da der Untersuchungsgrundsatz gilt, hat die Wettbewerbskommission auch die für Art. 5 Abs. 2 KG relevanten Umstände zu ermitteln. Wie das Bundesgericht im Buchpreisbindungsentscheid festgestellt hat, folgt hieraus aber nicht, dass die Wettbewerbskommission das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Die objektive Beweislast liege bei den Unternehmen, die sich auf Art. 5 Abs. 2 KG berufen, so dass sich Beweislosigkeit in Bezug auf die Effizienzrechtfertigung zu deren Nachteil auswirke.¹⁶⁹

Der hierin zum Ausdruck kommende Standpunkt ist in der Literatur angegriffen worden. Der Wettbewerb sei als Entdeckungsverfahren ergebnisoffen; die Marktteilnehmer könnten deshalb die von ihnen vermuteten Effizienzgründe häufig zwar nennen, aber nicht nachweisen.¹⁷⁰ Die Kritik bezieht sich auf das Kartellverwaltungsverfahren, die hierbei verwendeten Argumente lassen sich aber auf den Kartellzivilprozess übertragen. Bei der Frage der Beweislastverteilung sind also Meinungsverschiedenheiten nicht auszuschliessen. Im europäischen Kartellrecht erachtet man die Frage der Beweislastverteilung für so wichtig, dass in Art. 2 VO 1/2003 eine ausdrückliche Regel über die Beweislast aufgenommen wurde. Die Beweislast für das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung liegt danach bei derjenigen Partei, die diesen Vorwurf erhebt. Die andere Seite ist demgegenüber beweispflichtig für das Vorliegen von Effizienzverbesserungen, welche nach Art. 81 Abs. 3 EG die Beschränkung zu rechtfertigen vermögen. Die Erfahrungen im europäischen Recht zeigen, dass der Nachweis der Effizienzrechtfertigung sehr wohl geführt werden kann. Die Gerichte wachen darüber, dass keine übertriebenen Anforderungen an diesen Nachweis gestellt werden.

Um der mit zunehmender Stärkung des Kartellprivatrechts sich vermutlich intensivierenden Diskussion über Fragen der Beweislast einen Rahmen zu geben, sollte eine ausdrückliche Beweislastregel ins Kartellgesetz aufgenommen werden: Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt, oder die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ist von der Partei zu beweisen, die diesen Vorwurf

¹⁶⁹ Bundesgericht, 6.2.2007, 2A.430/2006, unter 10.3.

¹⁷⁰ S. Raass, Verfehlte Beweislastumkehr in Kartellrechtsverfahren - Im Zweifel für die Vertragsfreiheit, *sic!* 2007, 423, 428 und passim.

erhebt.¹⁷¹ Die Effizienzrechtfertigung ist von demjenigen zu beweisen, der sich hierauf beruft.¹⁷²

cc) Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

Für den Nachweis einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs stehen die Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zur Verfügung. Die Partei, welche sich auf die Kartellrechtswidrigkeit beruft, muss beweisen, dass ein in diesen beiden Absätzen aufgeführter Vereinbarungstypus vorliegt. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird dann vermutet. Es obliegt dann der anderen Seite, diese Vermutung umzustossen. Gelingt ihr das, wird in der Regel aber zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen. Die betreffende Partei muss dann die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung beweisen.¹⁷³

b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Derjenige, der einen Verstoss gegen Art. 7 KG geltend macht, hat das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und eines Missbrauchs nachzuweisen. Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung wird häufig erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Die einschlägigen Märkte sind in sachlicher und geographischer Hinsicht abzugrenzen. Sodann ist die Frage zu klären, ob das betreffende Unternehmen auf einem oder mehreren dieser Märkte eine beherrschende Stellung einnimmt. Kartellbehörden bedienen sich zur Klärung dieser Fragen ihrer Untersuchungsbefugnisse. Die betroffenen Unternehmen haben nach Art. 40 KG "den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen". Diese Möglichkeit hat der Kläger im Zivilprozess nicht. Zudem werden die Beweismöglichkeiten durch die Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 16 KG) weiter eingeschränkt. Dies führt zu einer erheblichen Informationsasymmetrie. Wie bei den unzulässigen Wettbewerbsabreden stellt sich auch im Zusammenhang mit dem Missbrauchsverbot deshalb ganz allgemein die Frage, ob es spezieller Offenlegungspflichten für den Kartellzivilprozess bedarf.¹⁷⁴

Neben der marktbeherrschenden Stellung ist ein Missbrauch nachzuweisen. Eine (nicht abschliessende) Liste möglicher Missbrauchstatbestände findet sich in Art. 7 Abs. 2 KG. Der Marktbeherrscher hat seinerseits die Möglichkeit, objektive Gründe darzulegen und zu

¹⁷¹ Dies muss nicht immer der Kläger sein. Die Beweislast liegt beim Beklagten, wenn die kartellrechtliche Nichtigkeit des Vertrags als Verteidigungsmittel vorgebracht wird.

¹⁷² Dies kann auch einmal der Kläger sein, nämlich wenn er dem Nichtigkeitseinwand des Beklagten die Effizienzrechtfertigung entgegensetzt.

¹⁷³ Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 53.

¹⁷⁴ S.u. III 1.

beweisen, welche die im Prinzip missbräuchlichen Verhaltensweisen rechtfertigen können (*legitimate business reasons*).¹⁷⁵ Hinzuzufügen ist, dass die im Missbrauchsverdacht stehenden Verhaltensweisen in vielen Fällen relativ offen praktiziert werden (z.B. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Kampfpreisunterbietungen). Insofern ist die Situation anders als bei den insgeheim praktizierten Kartellen. Aber auch zum Nachweis eines Missbrauchs bedarf es in vielen Fällen ergänzenden Materials (z.B. die Kalkulationsgrundlagen zum Nachweis missbräuchlich überhöhter Preise oder die Details über Geschäftsabschlüsse mit Dritten zum Nachweis einer missbräuchlichen Ungleichbehandlung). Das Thema der Offenlegungspflichten stellt sich also auch hier.

c) Zusammenschlusskontrolle

Die zivilrechtliche Wirksamkeit meldepflichtiger Zusammenschlüsse bleibt gem. Art. 34 KG bis zur Bewilligung bzw. Bewilligungsfiktion aufgeschoben.¹⁷⁶ Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung der Fusionskontrollvorschriften, z.B. der Vollzug eines nicht angemeldeten oder untersagten Zusammenschlusses hierüber hinaus zivilrechtliche Ansprüche auslösen kann. Kartellprivatrechtliche Ansprüche setzen nach dem Wortlaut von Art. 12 KG eine "unzulässige Wettbewerbsbeschränkung" voraus. In der Terminologie des KG fallen hierunter die ersten beiden Säulen des Kartellrechts, also die Wettbewerbsabreden und die Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, nicht aber die Zusammenschlusskontrolle.¹⁷⁷ Die überwiegende Meinung folgert hieraus, dass die Verletzung der Fusionskontrollvorschriften keine zivilrechtlichen Ansprüche begründet. Es gehe hier überwiegend um Struktur- und nicht um Verhaltenskontrolle.¹⁷⁸

Nach anderer Auffassung ist Art. 12 KG auch auf die Zusammenschlusskontrolle anwendbar und kann, wenn auch nur in Ausnahmefällen, die in der Vorschrift genannten Ansprüche begründen.¹⁷⁹ Nach vermittelnder Auffassung ist Art. 12 KG zwar nicht auf den Abschnitt über Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar. Diese seien aber unabhängig von den Art. 9 ff. KG auch am Masstab der Art. 5 und 7 KG zu beurteilen. Verletzungen dieser Vorschriften könnten dann zu kartellzivilrechtlichen Ansprüchen führen.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 55.

¹⁷⁶ Zur Frage der Wirksamkeit einzelner vertraglicher Bestimmungen im Fall eines unzulässigen Zusammenschlusses s. *Martenet* (oben Fn. 160), S. 142 ff.

¹⁷⁷ Dies ergibt sich aus den Abschnittsüberschriften vor Art. 5 und 9 KG.

¹⁷⁸ Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 49.

¹⁷⁹ *Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, 1999, S. 127 ff.

¹⁸⁰ *Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2000, S. 82 f.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es in systematischer Hinsicht unbefriedigend, die Regeln über die Zusammenschlusskontrolle den allgemeinen zivilrechtlichen Sanktionen zu entziehen. Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen sollten für jede Verletzung materiellrechtlicher Kartelltatbestände gelten. Die Strukturkontrolle weist keine sachlichen Unterschiede auf, die insofern eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Wirtschaftsteilnehmer können durch den Vollzug eines pflichtwidrig nicht angemeldeten oder eines untersagten Zusammenschlusses tangiert werden, indem sich die Marktverhältnisse zu ihrem Nachteil ändern. Es ist gerade der Sinn der Zusammenschlusskontrolle, dass nur solche Zusammenschlüsse zustande kommen, die den Eingreifkriterien des Art. 10 Abs. 2 KG standhalten. Die Verletzung der Fusionskontrollvorschriften kann ohne weiteres einen Schaden bei anderen Wirtschaftsteilnehmern verursachen, der durch ein Verwaltungsverfahren nicht repariert werden kann.

Hinzu tritt ein anderer Gesichtspunkt: Das Bundesgericht folgert aus Art. 43 Abs. 4 KG, dass Dritte von der Beschwerdeführung gegen Fusionsbewilligungen oder –verbote ausgeschlossen sind.¹⁸¹ Sie haben also keine Möglichkeit, die Rechtmässigkeit einer Bewilligung anzugreifen. Zur Wahrung eines minimalen Rechtsstatus erscheint es erforderlich, ihnen dann zumindest die Möglichkeit einzuräumen, auf dem Zivilrechtsweg gegen Zusammenschlüsse vorzugehen, denen keine Bewilligung zuteil geworden ist. Art. 12 KG sollte entsprechend angepasst werden.

d) Art. 12 Abs. 3 KG

Eine der dunkelsten Vorschriften des KG ist Art. 12 Abs. 3, wonach die kartellzivilrechtlichen Ansprüche auch demjenigen zustehen, der "durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist." Die Vorschrift geht davon aus, dass kartellzivilrechtliche Ansprüche nicht zwingend eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, also die Verletzung eines kartellrechtlichen Tatbestands voraussetzen. Ein kartellrechtliches "Übermassverbot" wird postuliert: Behinderungen werden sanktioniert, wenn sie über das hinausgehen, was zur Praktizierung der zulässigen Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist.

Als Beispiele werden in der Literatur an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen genannt, die in den Genuss einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 8 KG gekommen sind.

¹⁸¹ BGE 131 II 497 (513).

Manche sehen einen Anwendungsfall auch in Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aber aus Effizienzgründen gerechtfertigt sind.¹⁸²

Die Grundkonzeption von Art. 12 Abs. 3 KG überzeugt nicht.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ Zu den überwiegenden schutzwürdigen Interessen zählten nach Art. 7 Abs. 2 KG 1985 gerade auch ausserwettbewerbliche Beurteilungskriterien.¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ Erstens wurde die Saldotheorie aufgegeben, jedenfalls auf der Ebene der Kartellbehörden und –gerichte.¹⁸⁷ 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.

¹⁸² Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 174 ff. mit Nachweis des Meinungsstands.

¹⁸³ Kritisch zu Art. 12 Abs. 3 KG auch Baker&McKenzie/*Hahn*, Art. 12 KG Rn. 56; *Lang* (oben Fn. 180), S. 81 f.; Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 169 ff.

¹⁸⁴ S. auch Art. 17 KG 1985, wonach Kartellpflichten nur dann durchsetzbar waren, wenn sie den Wettbewerb nicht übermässig beeinträchtigten.

¹⁸⁵ S. auch Art. 29 KG 1985: Hierin kommt die unter dem KG 1985 geltende Saldotheorie zum Ausdruck.

¹⁸⁶ So auch Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 165.

¹⁸⁷ 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.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 12 Abs. 3 KG obsolet und systemwidrig. Auch finden sich im ausländischen Recht keine Parallelen zu diesem Ansatz.¹⁸⁸ Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche erlangen nur dann dogmatische Klarheit, wenn sie an die Verletzung materiellrechtlicher Verbotstatbestände anknüpfen. Die Vorschrift sollte deshalb gestrichen werden.

2. Nichtigkeit

a) Grundkonzeption

Kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte sind gem. Art. 20 OR nichtig, und zwar nach der überwiegenden und nun auch vom Bundesgericht geteilten Auffassung von Anfang an.¹⁸⁹ Dieser Standpunkt reibt sich mit Art. 13 lit. a KG, wonach das Gericht anordnen kann, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind. Der Begriff der "Anordnung" lässt auf eine gestaltende Wirkung des richterlichen Entscheids schliessen. Der *ipso iure* wirkenden Kartellrechtsnichtigkeit entspricht dagegen allein ein feststellender Charakter. Art. 13 KG sollte entsprechend angepasst werden.

b) Feststellung der Nichtigkeit

Das KG 1995 enthält (im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 lit. a KG 1985) keine ausdrückliche Regelung über den Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit. In der Botschaft heisst es hierzu, dass zur Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im neuen Recht ausschliesslich die Verwaltungsbehörden zuständig seien.¹⁹⁰ Die Begründung ist obsolet, da die endgültige Fassung von Art. 15 KG der Wettbewerbskommission lediglich das Recht auf Begutachtung eingeräumt hat, dieses Gutachten aber für den Zivilrichter unverbindlich ist.¹⁹¹

In der Literatur geht man deshalb zu Recht davon aus, dass die allgemeinen Regeln über Feststellungsklagen anwendbar sind. Daneben wird in Analogie zu Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG und Art. 2a Abs. 1 Nr. 3 ZGB eine besondere kartellrechtliche Feststellungsklage mit

¹⁸⁸ Von ferne erinnert die Vorschrift an die *non violation complaints* des WTO-Rechts: Auch in Abwesenheit eines GATT-Verstosses kann ein WTO-Mitglied nach Art. XXIII:1 (b) GATT i.V.m. Art. 26.1 des Streitbeilegungsübereinkommens bestimmte Rechte geltend machen, wenn die Erreichung von GATT-Zielen behindert wird. Eine solche Regelung mag im Welthandelsrecht seine Berechtigung haben, eignet sich aber nicht für die strenge Systematik des Zivilrechts.

¹⁸⁹ S.o. I 2 c).

¹⁹⁰ Botschaft (oben Fn. 2), 589.

¹⁹¹ S. die Kritik von *Reymond* im Commentaire Romand, Art. 12 LCart Rn. 149 ff.

Beseitigungsfunktion angenommen.¹⁹² Es drängt sich auf, die Analogie durch eine ausdrückliche Regelung in Art. 12 KG entbehrlich zu machen.

c) Reichweite der Nichtigkeit

Die Reichweite der Nichtigkeit bedarf im Kartellrecht einer genauen Bestimmung. Hierfür ist zwischen Art. 5 und Art. 7 KG zu differenzieren.¹⁹³ Im Fall unzulässiger Wettbewerbsabreden sind nur die kartellrechtswidrigen Bestimmungen des Vertrags nichtig; das Schicksal des Gesamtvertrags beurteilt sich nach Art. 20 Abs. 2 OR, überlagert durch die Vereinbarungen der Parteien (Nichtigkeitsabreden, salvatorische Klauseln etc.).¹⁹⁴ Folgeverträge sind demgegenüber in der Regel wirksam.¹⁹⁵

Bei Rechtsgeschäften, die Teil missbräuchlicher Verhaltensweisen durch einen Marktbeherrscher sind, ist die Nichtigkeitsfolge vorsichtig zu handhaben, da die Nichtigkeit des Vertrags dem Opfer "Steine statt Brot" bescheren könnte. Ein Anspruch auf Vertragsanpassung zu marktgerechten Konditionen wird häufig die angemessenere Rechtsfolge sein.¹⁹⁶

Es ist die Aufgabe der Zivilgerichte, die Reichweite der Nichtigkeit im Einzelfall zu bestimmen.¹⁹⁷ Die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln bieten ausreichende Flexibilität, um die kartellrechtlichen Besonderheiten einfließen zu lassen. Legislatorischer Handlungsbedarf ist hier nicht zu erkennen.

3. Aktivlegitimation

Kartellzivilrechtliche Ansprüche stehen gem. Art. 12 KG demjenigen zu, der "durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird".

a) Unternehmen

Die überwiegende Meinung leitet hieraus ab, dass zivilrechtliche Ansprüche von allen Wettbewerbsteilnehmern geltend gemacht werden können. Ein Wettbewerbsverhältnis ist

¹⁹² Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 30 ff.

¹⁹³ Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle gilt Art. 34 KG, wonach die zivilrechtliche Wirksamkeit meldepflichtiger Zusammenschlüsse bis zur Bewilligung aufgeschoben bleibt.

¹⁹⁴ Nagel (oben Fn. 151), Rn. 410 ff. Zu den salvatorischen Klauseln s. Jacobs/Bürgi (oben Fn. 155), 154 f.

¹⁹⁵ Differenzierend Martenet (oben Fn. 160), S. 119 ff.; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 869 ff. S. eingehend hierzu Wiget, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, 2006.

¹⁹⁶ Martenet (oben Fn. 160), S. 134 ff.; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 876.

¹⁹⁷ S. hierzu BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, unter 2.3.

nicht erforderlich, so dass also auch Wettbewerbssteilnehmer auf anderen Marktstufen aktivlegitimiert sind. Es ist auch nicht erforderlich, dass sich die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gerade gegen dieses Unternehmen richtet.¹⁹⁸

Offensichtlich existiert keine *indirect purchaser rule* US-amerikanischer Provenienz, nach welcher Abnehmer nachgelagerter Marktstufen keine eigenen Ansprüche haben. Auch existiert kein Erfordernis der Zielgerichtetheit, wie es z.B. früher im deutschen Recht galt.¹⁹⁹

Auch solche Unternehmen können also eigene Ansprüche haben, die nicht das anvisierte Opfer des Wettbewerbsverstosses waren.

Was die Unternehmen betrifft, so ist die Aktivlegitimation im schweizerischen Recht also weit gezogen. Risiken für zivilrechtliche Klagen drohen hier kaum. Das Schweizer Recht war in dieser Hinsicht also schon immer auf dem Stand, den man in der EU erst mit dem "Jedermann"-Erfordernis der *Courage*-Entscheidung²⁰⁰ erreichte. Da eine enge sachliche Verbindung zwischen der Frage der Aktivlegitimation und der Problematik der Schadensabwälzung besteht, wird auf das Thema der eigenen Klagerechte für indirekte Abnehmer zurückzukommen sein.²⁰¹

b) Gewerbliche Verbände

Unklarer ist die Situation bei der Aktivlegitimation der gewerblichen Verbände. Sicherlich haben sie eigene Rechte, wenn sie selbst Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung werden. Aber können sie auch die Rechte ihrer Mitglieder wahrnehmen? In Art. 8 Abs. 2 KG 1985 war ausdrücklich vorgesehen, dass Feststellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (nicht aber Schadenersatzansprüche) auch von Berufs- und Wirtschaftsverbänden geltend gemacht werden konnten, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind. Diese Vorschrift wurde nicht in das KG 1995 übernommen. Hieraus wird zum Teil der Umkehrschluss gezogen, dass die gewerblichen Verbände nicht mehr aktivlegitimiert sind.²⁰² Es wird aber auch die Auffassung

¹⁹⁸ Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 12 m.w.N.

¹⁹⁹ So ausdrücklich Spitz, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113 (118).

²⁰⁰ S.o. A III 2 a).

²⁰¹ S.u. II 5 b).

²⁰² In diesem Sinn Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 18; Walter in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 Rn. 37; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 882.

vertreten, dass in Anlehnung an die Rechtsprechung zum KG 1962 und in Analogie zu Art. 10 Abs. 2 UWG den Verbänden die Aktivlegitimation weiterhin zuzusprechen sei.²⁰³

Die rechtliche Situation ist nicht hinreichend klar. Gewerbliche Verbände sollten das Recht haben, auch die kartellrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder vor Gericht zu verteidigen, wie es im deutschen, französischen und niederländischen Recht vorgesehen ist und in Grossbritannien zumindest diskutiert wird. Das gegen ein solches Klagerecht vorgebrachte Argument, dass den Verbänden Beteiligungsrechte im Verwaltungsverfahren eingeräumt wurden (s. Art. 43 Abs. 1 lit. b KG),²⁰⁴ widerspricht dem Wunsch, zu einer eigenständigen Bedeutung des Zivilverfahrens zu kommen. Es sollte deshalb eine ausdrückliche Regel nach Art. 8 Abs. 2 KG 1985 in das Kartellgesetz aufgenommen werden.

c) Abtretungslösungen

Es ist den privaten Klagen förderlich, wenn die Geschädigten ihre Ansprüche an einen anderen abtreten können. Die Erfahrungen in Deutschland zeigen, dass die Abtretung von Ansprüchen an einen professionellen Dienstleister eine effektive Wahrnehmung der kartellprivatrechtlichen Ansprüche möglich macht. Nach Art. 64 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.²⁰⁵ Die Literatur geht davon aus, dass der Abtretung kartellrechtlicher Ansprüche keiner dieser Gesichtspunkte entgegensteht.²⁰⁶

Angesichts der klaren Linie in der Literatur ist die Prognose statthaft, dass Abtretungslösungen ausreichende Entfaltungsmöglichkeiten haben. Allerdings liegen noch keine praktischen Erfahrungen vor. Zum Ernstfall wird es kommen, wenn professionelle Dienstleister auch in der Schweiz tätig werden und sich kartellrechtliche Ansprüche abtreten lassen, um sie gebündelt vor Gericht geltend zu machen. Sollten sich dann – entgegen den momentan vorliegenden Stellungnahmen – abtretungsrechtliche Schwierigkeiten ergeben, wäre es von grösster Bedeutung, dass die kartellzivilrechtliche Zulässigkeit von Abtretungslösungen ausdrücklich festgeschrieben wird. Die Verfügbarkeit dieses

²⁰³ *Stoffel*, Das neue Kartell-Zivilrecht, in *Zäch* (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, 1996, S. 87 ff. In diesem Sinn auch *Dutoit*, Droit international privé suisse, 4. Aufl. 2005, Art. 137 Rn. 12.

²⁰⁴ So *Walter* (oben Fn. 202), Art. 12 Rn. 36.

²⁰⁵ S. hierzu beispielsweise BGE 123 III 60.

²⁰⁶ *Lang* (oben Fn. 180), S. 138 f.; *Reymond* im Commentaire Romand, Art. 12 LCart Rn. 19; *Spitz* (oben Fn. 199), 120; *Walter* (oben Fn. 202), Art. 12 Rn. 38.

systemkonformen Wegs ist ein wichtiges Argument, um auf die Einführung von *class actions* zu verzichten.

d) Verbraucher

Nach überwiegender Meinung stehen den Verbrauchern keine kartellrechtlichen Ansprüche zu. Nach dieser Auffassung nehmen Verbraucher nicht am Wettbewerb teil und können folglich nicht i.S.v. Art. 12 Abs. 1 KG "in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert" werden.²⁰⁷ Vereinzelt wird diese Engführung aber auch kritisiert.²⁰⁸

Wie der Länderüberblick gezeigt hat, weicht der Mehrheitsstandpunkt des Schweizer Rechts von der Rechtslage in der EU ab, zumindest seit der Gerichtshof im *Courage*-Urteil entschieden hat, dass im Interesse der vollen Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts "jedermann" einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens hat, der ihm durch eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.²⁰⁹

Die besseren Argumente streiten auch nach Schweizer Recht für die Annahme eigener Verbraucheransprüche. Die Veranstaltung Wettbewerb soll die Konsumentensouveränität befördern und die besten Ergebnisse für den Verbraucher hervorbringen. Es ist widersprüchlich, eben diesem Verbraucher eigene Ansprüche zu versagen. Er wird dadurch abhängig von behördlichem Einschreiten bzw. von privaten Klagen aktivlegitimierter Unternehmen. Eigene Ansprüche der Verbraucher sind deshalb so wichtig, weil der Verbraucher als der typische Endabnehmer seinen Schaden nicht mehr auf eine nachgelagerte Marktstufe abwälzen kann.

Die Scheu vor eigenen Verbraucheransprüchen beruht u.a. darauf, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten sehr weit geraten kann. Durch das Vitaminkartell wurden nahezu alle Verbraucher geschädigt, weil künstliche Vitaminzusätze in einer Vielzahl von Produkten enthalten sind. Soll jedem einzelnen Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt werden, selbständig gegen das Kartell vorzugehen? Man könnte befürchten, dass dies zu einer nicht mehr praktikablen Klageflut und einer Überforderung der Gerichtskapazitäten führt. Diese Gefahr ist allerdings rein theoretisch. Die Anreize für den Einzelnen, solche Klagen zu erheben, sind gering. Dies zeigen auch die Erfahrungen im Recht des unlauteren

²⁰⁷ Statt aller *Lang* (oben Fn. 180), S. 72; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 10; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 881.

²⁰⁸ *Stoffel* (oben Fn. 203, S. 102), *Spitz* (oben Fn. 199, S. 119 f.) und *Wiget* (oben Fn. 151, S. 307 ff.) gelangen zu eigenen Ansprüchen von Verbrauchern über die Anwendung des allgemeinen Zivilrechts. S. auch *Brunner*, Konsumentkartellrecht, AJP 1996, 941: Schadenersatzklagen von Konsumenten sind möglich, wenn der Kartellrechtsverstoss durch die Wettbewerbsbehörden rechtskräftig festgestellt wurde.

²⁰⁹ EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Tz. 25 ff.

Wettbewerbs: In vielen Staaten bestehen eigene lauterkeitsrechtliche Ansprüche des einzelnen Verbrauchers, ohne dass es zu einer Klagewelle gekommen wäre.²¹⁰ Den Verbrauchern sollten deshalb eigene Rechte eingeräumt werden, insbesondere Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche. Es entspricht nicht dem Bild vom mündigen Verbraucher, ihm eigene Ansprüche zu verwehren, wenn er das Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen wird. Dem Problem der mangelnden Praktikabilität ist dadurch entgegenzusteuern, dass zusätzlich auch den Verbraucherschutzverbänden eigene Klagerechte zuerkannt werden (s. hierzu sogleich).

e) Verbraucherschutzverbände

aa) Ausgangspunkt

Der Ingress des Kartellgesetzes verweist seit der Revision von 2003 auch auf Art. 97 Abs. 2 BV, also den Absatz des Konsumentenschutzartikels der Bundesverfassung, der die Rechtsmittel von Konsumentenorganisationen betrifft. Dies ist verwunderlich, da das KG (im Gegensatz zum Vorentwurf) ein Klagerecht für Verbraucherschutzverbände gerade nicht kennt.²¹¹ Die ganz überwiegende Meinung in der Literatur – und zwar auch diejenigen, die trotz Schweigen des Gesetzgebers die Aktivlegitimation gewerblicher Verbände bejahen – geht davon aus, dass hierin ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu sehen sei, den Konsumentenorganisationen also kein eigenes Klagerecht zukomme.²¹²

Dieser Rechtszustand ist angesichts des ökonomischen Anreizproblems unbefriedigend: Obwohl die volkswirtschaftlichen Schäden der Kartellbildung immens sind, können die beim einzelnen Verbraucher verursachten Nachteile so fein fragmentiert sein, dass sich für ihn die Geltendmachung eigener Ansprüche nicht lohnt. Der Verbraucher befindet sich dann im Zustand "rationaler Apathie": Es kommt nicht zum Ausgleich der schuldhaft verursachten Schäden.²¹³ Die nach geltendem Recht zur Verfügung stehenden Optionen (Streitgenossenschaft, Musterprozess durch einen der Betroffenen²¹⁴) erscheinen in diesen Fällen nicht erfolgversprechend. Erst die Interessenvertretung durch einen gemeinsamen Verband macht die effektive Rechtswahrnehmung möglich. Zu Recht schlägt die Europäische

²¹⁰ Im Schweizer Lauterkeitsrecht haben Kunden gem. Art. 10 Abs. 1 UWG nicht nur Unterlassungs- und Beseitigungs-, sondern auch Schadenersatzansprüche.

²¹¹ S. *Zäch* (Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 263 Fn. 427), der hierin ein Versehen des Gesetzgebers vermutet.

²¹² S. z.B. *Lang* (oben Fn. 180), S. 75.

²¹³ *Jüntgen* (oben Fn. 15), S. 177.

²¹⁴ Zu diesen Möglichkeiten s. *Spitz* (oben Fn. 199), 124 f.; *Wiget* (oben Fn. 151), S. 315 ff.

Kommission im Weissbuch vor, den Verbraucherverbänden eine Aktivlegitimation auch im Kartellrecht einzuräumen.²¹⁵

bb) Nur Unterlassungsanspruch oder auch Schadenersatz?

Als Mindestrecht sollte den Verbraucherschutzverbänden ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch eingeräumt werden, wie es derzeit z.B. in den Niederlanden der Fall ist. Problematischer ist die Frage, ob die Konsumentenorganisationen darüber hinaus auch das Recht haben sollten, Schadenersatz oder Gewinnherausgabe zu verlangen. Verschiedene Schwierigkeiten sind in diesem Zusammenhang zu lösen:²¹⁶ So muss der Personenkreis festgelegt werden, dessen Schaden vom Verband geltend gemacht werden kann. Sollen dies alle betroffenen Verbraucher sein, oder nur diejenigen, welche den Verband zum Tätigwerden ermächtigt haben? Folgt man dem ersten Weg, muss das Verhältnis von Verbandsklage zur Individualklage geklärt werden. Das Verbandsklagerecht sollte individuelles Handeln nicht ausschliessen. Andererseits sollte nicht derselbe Schaden zweimal verlangt werden können. Ausserdem stellt sich die Frage, was mit dem erfolgreich eingeklagten Schadenersatz geschehen soll: Soll das Geld beim Verband bleiben, soll es an die Verbraucher ausgekehrt werden, oder soll es an andere Rechtsträger (Stiftungen, Fonds etc.) gehen, die sich allgemein für die Interessen der Verbraucher einsetzen?

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Grundsatzfrage nach der Aktivlegitimation von Konsumentenorganisationen auch für Schadenersatz- (und Gewinnherausgabe-) Ansprüche bejaht werden, wie es der Rechtslage in Frankreich und im Vereinigten Königreich entspricht.²¹⁷ Ohne die kollektive Geltendmachung dieser Ansprüche kommt es zum oben angesprochenen Phänomen, dass in der Realität ein Ausgleich der angerichteten Schäden nicht erfolgt, jedenfalls dann nicht, wenn der Schaden für den einzelnen Verbraucher den Bagatellbereich nicht übersteigt.²¹⁸

²¹⁵ *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 4 f.

²¹⁶ S. die Analyse bei *Stadler*, *Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law*, in: Basedow (oben Fn. 16), S. 195 (205 ff.).

²¹⁷ Befürwortend (ausser der Europäischen Kommission im Weissbuch) auch die deutsche *Monopolkommission* (oben Fn. 87), Nr. 86, 89 ff.

²¹⁸ *Stadler* (oben Fn. 216, S. 205) möchte Schadenersatzansprüche von Verbänden deshalb auf die Fälle beschränken, in denen die Einräumung einer Verbandsklage das einzige Mittel zur Rechtsdurchsetzung ist. Die Bagatellgrenze sieht sie bei einem Schaden von 25 bis 50 Euro (ebenda, S. 199).

cc) Ausgestaltung

Was die genaue Ausgestaltung betrifft, so scheint sich eine *opt in*-Lösung zu empfehlen: Der Verband kann lediglich den Schaden derjenigen Personen einklagen, die ihn hierzu autorisiert haben.²¹⁹ Es ist nicht zu verkennen, dass ein solches Modell weniger effektiv ist als eine *opt out*-Lösung.²²⁰ Es wäre aber angesichts des Rechts auf Gehör und der Rechtskraft der Entscheidung zumindest problematisch, wenn jemand durch den Ausgang einer Verbandsklage in seinen Rechten berührt wird, ohne dass er seiner Beteiligung zugestimmt hat, ja möglicherweise ohne dass er etwas von diesem Verfahren wusste.²²¹ Ein *opt in*-Modell scheint sich besser in das geltende Rechtssystem einzufügen: Niemand wird ohne seinen Willen in den Prozess bzw. seine Folgen einbezogen. Ausserdem wird auf diesem Weg ein Konflikt zwischen Verbands- und Individualklage ausgeschlossen: Wer sich einer Verbandsklage anschliesst, verliert das Recht, seinen Schaden individuell geltend zu machen. An den Beitritt zur Verbandsklage dürften keine hohen formalen Voraussetzungen gestellt werden. Die Einschreibung auf einer zu diesem Zweck eingerichteten Internetseite müsste genügen.

Da der Zweck des Verfahrens die Kompensation der geschädigten Verbraucher ist, sollte der erfolgreich eingeklagte Schadenersatz nicht beim Staat abgeliefert werden müssen.²²² Deshalb wäre es auch unangemessen, den Betrag dem Verbraucherverband zu belassen. Vielmehr sollte das Geld (nach Abzug einer Kosten- oder Funktionspauschale) an die geschädigten Verbraucher weitergeleitet werden. Wenn der Schadenersatzanspruch im Prinzip dem einzelnen Verbraucher zusteht, und die Geltendmachung lediglich aus Gründen der Praktikabilität den Verbraucherschutzverbänden zugewiesen wird, sollte der zugesprochene Schadenersatz am Ende tatsächlich den geschädigten Verbraucher erreichen. Zur Verringerung des Verwaltungsaufwands sollten Pauschalisierungen möglich sein.

Nur wenn die Auskehrung des Schadenersatzes an die einzelnen Verbraucher nicht möglich oder nicht sinnvoll ist (z.B. bei sehr kleinen Beträgen), sollte eine alternative Verwendung in Frage kommen, die vom Richter anzuordnen wäre. Das Geld sollte dann einem Zweck

²¹⁹ Dieser Weg kommt einer fiduziarischen Abtretung nahe. Allerdings ist eine Spezialregelung erforderlich, da auf das Schriftformerfordernis in Art. 165 Abs. 1 OR verzichtet werden sollte, und im Fall von Kleinstschäden der Anspruch auf Auskehrung ausgeschlossen sein sollte, s. hierzu sogleich im Text.

²²⁰ S. die Zahlenangaben zum französischen Mobilfunkkartell o. A V 1 b).

²²¹ *Spitz*, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Jusletter 9. Oktober 2006 (abrufbar unter: <http://www.weblaw.ch/jusletter/JusLetter.asp>), Rz. 135 mit Bezug auf die US-amerikanische *class action*.

²²² So aber die Regelung der Vorteilsabschöpfung im deutschen Kartellrecht, § 34a GWB. Wohl wegen der anreizausschliessenden Wirkung der Pflicht zur Ablieferung der Vorteile beim Staat hat die Vorschrift keine praktische Bedeutung.

zugeführt werden, der zumindest mittelbar den geschädigten Verbrauchern zugute kommt, z.B. durch Auszahlung an eine für den Verbraucherschutz arbeitende Stiftung. Auf die Erfahrungen in den USA, die unter dem Schlagwort *cy pres*-Doktrin bekannt geworden sind, könnte dabei zurückgegriffen werden.²²³

dd) Nachtrag zu den gewerblichen Verbänden

Das Phänomen der fein fragmentierten Streuschäden wird in der Regel bei Verbrauchern auftreten. Es ist aber nicht von vornherein auszuschliessen, dass auch Unternehmen, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, nur so geringfügig durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen geschädigt werden, dass sich die selbständige Geltendmachung (und vielleicht nicht einmal die Abtretung des Anspruchs an einen professionellen Dienstleister) lohnt. Deshalb sollte auch den gewerblichen Verbänden das Recht eingeräumt werden, zugunsten ihrer Mitglieder nicht nur die bereits genannten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, sondern auch Schadenersatzansprüche geltend zu machen.²²⁴

f) Sammelklagen

Die Attraktivität von Kartellrechtsklagen wird im US-amerikanischen Recht durch die Möglichkeit von *class actions* erhöht.²²⁵ Die Europäische Kommission schlägt im Weissbuch vor, diesem Beispiel zu folgen, allerdings mit einem wichtigen Unterschied: Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht soll einem *opt in*-Ansatz gefolgt werden. Das Ergebnis der *class action* würde also nur für und gegen diejenigen Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung wirken, die sich ausdrücklich dem Verfahren angeschlossen haben.

Es erscheint fraglich, ob im Schweizer Recht Bedarf für ein neues Klageinstrument besteht. Wie gezeigt wurde, besteht Offenheit für Abtretungslösungen. Diese sind immer dann praktikabel, wenn die angerichteten Schäden eine gewisse Bagatellgrenze überschreiten. Streuschäden, welche eine Abtretungslösung unpraktikabel machen, sollten nach dem hier gemachten Vorschlag von den zuständigen Verbänden geltend gemacht werden.

²²³ "Cy pres" leitet sich ab von altfranzösisch "cy pres que possible". S. hierzu *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002, S. 189 ff.; *Zirngibl* (oben Fn. 43), S. 83 ff.

²²⁴ Dieser Vorschlag geht über das in Art. 87 des Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehene Verbandsklagerecht hinaus, das lediglich den Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsanspruch umfasst.

²²⁵ S.o. A II 2 c).

4. Unterlassung und Beseitigung

Der Unterlassungsanspruch ist von grossem praktischen Interesse. Häufig geht es den Betroffenen einfach darum, dass die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ein Ende findet. Da Fragen der Schadensverursachung und –berechnung für den Unterlassungsanspruch nicht relevant sind, fällt ausserdem der Beweis der Anspruchsvoraussetzungen leichter.

a) Redaktionelle Verbesserungen

Art. 21 Abs. 1 lit. a KG räumt demjenigen, der durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung behindert wird, Ansprüche auf "Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung" ein. Diese Ansprüche unterliegen den allgemeinen Voraussetzungen. Der Unterlassungsanspruch setzt eine konkrete Begehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus. Der Beseitigungsanspruch ist gegeben, wenn die Behinderung andauert, bzw. eine vergangene Behinderung weiterhin Auswirkungen zeitigt.²²⁶ Die Ausgestaltung dieser Ansprüche ist befriedigend und hat nur zwei Schönheitsfehler:

Obwohl es sachgemäss ist, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen kumulativ zuzusprechen (so auch die einhellige Auffassung in der Literatur²²⁷), ordnet Art. 12 Abs. 1 lit. a KG seinem Wortlaut nach Alternativität an. Das Wort "oder" sollte deshalb durch "und" ersetzt werden.

In der französischen und der italienischen Fassung wird der Unterlassungsanspruch mit "*cessation de l'entrave*" bzw. "*cessazione dell'ostacolo*" umschrieben. Der Begriff "*cessation*" bzw. "*cessazione*" ist sprachlich nicht angemessen, da er lediglich die Einstellung einer bereits eingetretenen und nicht auch die Unterlassung einer bevorstehenden Behinderung erfasst.²²⁸ Die Begriffe sollten angepasst werden.²²⁹

b) Kontrahierungszwang

Die Pflicht zur Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens ist in der Regel darauf gerichtet, bestimmte wettbewerbswidrige Handlungen nicht vorzunehmen. Ausnahmsweise kann sich aus einer Unterlassungspflicht aber auch die Pflicht zu positivem Tun ergeben, wenn nämlich gerade die Nichtvornahme den Wettbewerbsverstoss begründet. So wird in Art. 7 Abs. 2 lit. a KG die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als Beispiel für den

²²⁶ Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 27 ff.

²²⁷ S. für alle Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 63 m.w.N.

²²⁸ Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 66.

²²⁹ Man könnte sich an den sprachlichen Fassungen der Unterlassungsklage in Art. 82 des Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung orientieren.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung genannt. Es ist folgerichtig, dass Art. 13 lit. b KG die zivilrechtlichen Rechtsfolgen präzisiert. Das Gericht kann nach dieser Vorschrift anordnen, dass "der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben."

Diese Vorschrift ist vor rechtsvergleichendem Hintergrund bemerkenswert. Zwar kann in vielen Ländern die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter näher zu bestimmenden Voraussetzungen als kartellrechtswidrig qualifiziert werden. In einigen Ländern sind aber lediglich Schadenersatzansprüche die Folge.²³⁰ Die Regel des Schweizer Rechts erscheint überzeugend, da das Opfer des Kartellverstosses häufig nur mit Hilfe der Belieferung, nicht aber durch blossе Geldzahlungen dazu in die Lage versetzt wird, behinderungsfrei am Wettbewerb teilzunehmen. Die Existenz einer zivilrechtlichen Spezialregel ist deshalb zu begrüssen.

5. Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung

Gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b KG können sich aus dem Kartellrechtsverstoss auch Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche ergeben, und zwar nach Massgabe des Obligationenrechts, also insbesondere den Art. 41 und 49 OR. Nachzuweisen sind hierfür (neben der Aktivlegitimation des Anspruchstellers und der Passivlegitimation des Anspruchgegners) die unzulässige Wettbewerbsbehinderung,²³¹ das Vorliegen eines Schadens, Kausalität und Verschulden. Für den Genugtuungsanspruch ist das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung nachzuweisen. Beweisfragen im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Tatbeständen wurden bereits thematisiert,²³² auf die kartellrechtlichen Besonderheiten der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ist im folgenden einzugehen.

a) Schaden

Der Schaden bestimmt sich nach der Differenzhypothese und umfasst sowohl *damnum emergens* als auch *lucrum cessans*, also Vermögensminderung und entgangenen Gewinn.²³³

Beim Preiskartell kann die Vermögensminderung für die Kunden der Kartellanten im kartellbedingten Aufpreis bestehen.²³⁴ Ein entgangener Gewinn ist z.B. dann zu bejahen,

²³⁰ S. Möllers/Heinemann (oben Fn. 15), S. 635.

²³¹ Aus der die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR folgt, vgl. Hoffet in Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 5 Rn. 140.

²³² S.o. II 1.

²³³ Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, Rn. 14.13.

²³⁴ Der Schadenersatzanspruch geht dann also auf rückwirkende Herabsetzung des Preises.

wenn der höhere Preis nach den Grundsätzen der Mikroökonomie zu kleineren Absatzmengen führt.²³⁵ Aufgrund der komplexen ökonomischen Zusammenhänge bereitet die Bestimmung des Schadensquantum grosse Schwierigkeiten.²³⁶ Diese Schwierigkeiten wachsen, wenn die Auswirkungen auf entfernten Marktstufen zu untersuchen sind.

Die Beweisprobleme sind aber nicht unüberwindbar. Die Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung können insbesondere in den Genuss von Art. 42 Abs. 2 OR kommen, wonach der "nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen" ist. Die Vorschrift soll dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern. In der Auslegung durch das Bundesgericht ist die Vorschrift nicht nur bei der Bestimmung des Quantum anwendbar, sondern auch dann, "wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist".²³⁷ Die Vorschrift entbindet den Geschädigten nicht davon, alle schadensrelevanten Umstände – soweit möglich und zumutbar – zu behaupten und zu beweisen. Aber sie räumt dem Richter einen grossen Spielraum bei der Feststellung des Schadens ein. Zudem handelt es sich bei Bestand und Höhe des Schadens um Tatfragen, die der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen sind. Das Bundesgericht hat lediglich zu untersuchen, "ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verstossen hat".²³⁸

²³⁵ S. eingehend hierzu *Hellwig*, Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases – An Economist's Perspective, in *Basedow* (oben Fn. 16), S. 121 ff.

²³⁶ Vgl. *Lang* (oben Fn. 180), S. 123; *Stöckli* (oben Fn. 179), Rn. 1061. Zur Vorteilsanrechnung und zur Schadenminderungspflicht s. *von Büren*, Zur Zulässigkeit der "passing-on-defence" in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189 (193 f.).

²³⁷ BGE 122 III 219 (221). Zur hiermit übereinstimmenden Regel in § 287 Abs. 1 S. 1 der deutschen ZPO s.o. unter A IV 2 e).

²³⁸ BGE 122 III 219 (222).

Ein Beispiel für die Ausschöpfung des durch Art. 42 Abs. 2 OR eingeräumten Spielraums ist das Urteil des **Handelsgerichts Aargau** aus dem Jahr 2003 in der Streitsache *Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau*. Der Kanton hatte die dem Kantonsspital obliegenden Aufgaben bei Todesfällen in der Klinik durch Vertrag der privaten Gesellschaft *Caminada AG* übertragen. Der Kläger verlangte vom Kanton ohne Erfolg, die Angehörigen verstorbener Patienten auch auf sein Institut hinzuweisen.

Das Handelsgericht stellte einen Verstoss gegen die Art. 5 und 7 KG fest, erklärte den Vertrag des Kantons mit der *Caminada AG* für nichtig, untersagte dem Beklagten, die Angehörigen nur an diese Gesellschaft zu verweisen, und sprach dem Kläger Schadenersatz zu.²³⁹ Für die Feststellung des Quantum legte das Gericht den Bruttoerlös pro Todesfall zugrunde, der von einem Bestattungsinstitut durchschnittlich erzielt wird. Hiervon zog es die variablen Kosten ab, woraus sich die Mehreinnahmen pro Todesfall ergeben. Sodann untersuchte das Gericht die Frage, welcher Anteil der jährlich im Kantonsspital anfallenden Todesfälle in Abwesenheit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung dem Kläger zugefallen wäre. Es zog als Vergleich die Situation in Olten heran, wo ein neues Bestattungsinstitut im ersten Jahr einen Marktanteil von 25 % erzielt hatte. Da auch Kausalität und Verschulden bejaht wurden, wurde Schadenersatz zugesprochen.²⁴⁰

Auch wenn es sich bei diesem Urteil um das seltene Exemplar eines gewonnenen kartellrechtlichen Schadenersatzprozesses handelt, demonstriert der Entscheid doch die Flexibilität, die durch Art. 4 Abs. 2 OR eröffnet wird. Durch eine geradezu elegante Anwendung des geographischen Vergleichsmarktkonzepts gelingt die Quantifizierung des Schadens. In rechtstatsächlicher Hinsicht wäre es wichtig, dass die Gerichte (so wie das Handelsgericht Aargau) den ihnen durch Art. 42 Abs. 2 OR eingeräumten Spielraum auch tatsächlich ausschöpfen.

Dabei wird auch auf wirtschaftswissenschaftliche Hilfsmittel zu achten sein. Schon jetzt ist anerkannt, dass zur Quantifizierung des Schadens häufig ein externes Gutachten erforderlich sein wird.²⁴¹ Der Bedarf nach ökonomischer Expertise wird zunehmen. Steigende

²³⁹ Handelsgericht des Kantons Aargau, 13.2.2003, Allgemeines Bestattungsinstitut gegen den Kanton Aargau, RPW 2003, 451.

²⁴⁰ Genaue Zahlenangaben wurden zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht veröffentlicht.

²⁴¹ Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 88.

Expertisekosten sind ein Hindernis für private Klagen, da sie das Kostenrisiko vergrössern.²⁴² Für das Thema der Schadensberechnung ist hieraus die Forderung nach einfachen Berechnungsregeln abzuleiten. Die Europäische Kommission hat im Weissbuch angekündigt, einen "pragmatischen und unverbindlichen Ordnungsrahmen" auszuarbeiten, der vereinfachte Regeln zur Schadensschätzung enthalten soll.²⁴³ Auf die Entwicklungen in diesem Bereich wird zu achten sein. Der Erfolg der kartellrechtlichen Schadenersatzklagen wird ganz entscheidend davon abhängen, dass Anwendungssicherheit und Vorhersehbarkeit bei der Berechnung des Quantum hergestellt wird.

Die beiden weiteren Hauptfragen im Bereich der Bemessung des Schadenersatzes sind das Problem der Schadensabwälzung und die intensiv diskutierte Frage, ob die Einführung von Strafschadenersatz bzw. von mehrfachem Schadenersatz empfehlenswert ist.²⁴⁴

b) Das Problem der Schadensabwälzung (*passing on*)

aa) Grundproblematik

Nicht nur dogmatisch reizvoll, sondern auch von grösster praktischer Bedeutung ist die Problematik des *passing on*-Einwands.²⁴⁵ Es geht um die Frage, ob sich derjenige, der seine Verkaufspreise kartellrechtswidrig zu hoch angesetzt hat,²⁴⁶ gegenüber dem Schadenersatzanspruch seines direkten Abnehmers darauf berufen kann, dass dieser die Preisüberhöhung auf die nächste Marktstufe abgewälzt habe, so dass er im Endeffekt nicht geschädigt sei. Lässt man den *passing on*-Einwand zu, liegt es nahe, den nächsten Marktstufen, also den indirekten Abnehmern, eigene Ansprüche einzuräumen, da sonst weder der direkte noch der indirekte Abnehmer zum Schadenersatz berechtigt wäre. Lehnt man hingegen den *passing on*-Einwand ab, was zu vollen Schadenersatzansprüchen für die

²⁴² S. hierzu eingehend *Heizmann/Zäch*, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, FS Bühler, 2008, 3 ff.

²⁴³ *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 8. S. hierzu bereits den separaten Teil der *Ashurst*-Studie über die verschiedenen Berechnungsmethoden: *Ashurst* (prepared by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages, 2004, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf. Eingehend *Bulst* (oben Fn. 15), S. 286 ff.

²⁴⁴ Zur Frage, inwieweit der Verletzererfolg eine Rolle für die Schadensberechnung spielen kann, s.u. II 6 a).

²⁴⁵ S. hierzu die grundlegende Untersuchung von *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, 2006.

²⁴⁶ Im Vordergrund der Diskussion stehen Preiskartelle (Art. 5 Abs. 1, 4 KG); die Problematik stellt sich bei missbräuchlich erhöhten Preisen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) aber entsprechend.

direkten Abnehmer führt, stellt sich die Frage, ob zusätzlich den indirekten Abnehmern eigene Schadenersatzansprüche eingeräumt werden sollten.

bb) Handlungsoptionen

Da also ein direkter Zusammenhang zwischen dem Problem der Schadensabwälzung und der Aktivlegitimation indirekter Abnehmer besteht, ergeben sich für die rechtliche Ausgestaltung folgende Handlungsoptionen:²⁴⁷

- (1) *Ablehnung des passing on-Einwands; keine Ansprüche für indirekte Abnehmer*
- (2) *Ablehnung des passing on-Einwands; eigene Ansprüche für indirekte Abnehmer*
- (3) *Anerkennung des passing on-Einwands; keine Ansprüche für indirekte Abnehmer*
- (4) *Anerkennung des passing on-Einwands; eigene Ansprüche für indirekte Abnehmer*

Option (1) ist, wie der rechtsvergleichende Überblick gezeigt hat, die Lösung des US-amerikanischen Rechts, in dem der *passing on*-Einwand (zumindest auf Bundesebene) ausgeschlossen ist. Der U.S. Supreme Court beruft sich auf das Erfordernis, den Kartellzivilprozess effektiv auszugestalten: Kartellprozesse würden mit schwierigen Folgefragen belastet, wenn das Gericht die ökonomischen Kettenreaktionen einer kartellarischen Preiserhöhung untersuchen müsste.²⁴⁸ Zur Vermeidung einer Mehrfachhaftung, nämlich gegenüber direkten *und* indirekten Abnehmern, hat der Gerichtshof im Gegenzug die Ansprüche indirekter Abnehmer ausgeschlossen.

Option (2) ist *cum grano salis* die Lösung des deutschen Rechts nach der 7. GWB-Novelle. Nach der (leider völlig unklar geratenen) Spezialvorschrift des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB soll der *passing on*-Einwand zwar nicht grundsätzlich abgeschnitten, aber erschwert werden, was nach wohl überwiegender Auffassung die Geltendmachung des Einwands praktisch ausschliesst.²⁴⁹ Aufgrund der *Courage*-Entscheidung des EuGH und der Streichung des Schutzgesetzfordernisses in § 33 Abs. 1 S. 1 GWB ist demgegenüber klar, dass das Erfordernis der Zielgerichtetheit nicht mehr existiert, und indirekte Abnehmer folglich eigene

²⁴⁷ Vgl. die Systematisierung der Handlungsoptionen im Grünbuch der Europäischen Kommission (oben Fn. 18, S. 9). Dort findet sich auch der Vorschlag eines zweistufigen Verfahrens: Im Prinzip würde Option (2) gelten; in einem späteren Verfahrensabschnitt wäre der eingeklagte Betrag zwischen allen Geschädigten aufzuteilen. Diese Vorgehensweise erscheint unnötig kompliziert und der Lösung (4) unterlegen. S. hierzu näher Bächli, Die "Passing-on-Defence", SJZ 2007, 365 (373).

²⁴⁸ U.S. Supreme Court, 392 U.S. 481 (1968) – *Hanover Shoe*.

²⁴⁹ S. hierzu genauer oben A IV 2 f).

kartellzivilrechtliche Ansprüche haben können. Die Konsequenz ist eine Doppelhaftung des Schädigers gegenüber direkten und indirekten Abnehmern.

Option (3) erlaubt dem Schädiger, sich mit dem Hinweis auf die Schadensabwälzung zu verteidigen. Denjenigen Marktstufen, auf die der Schaden abgewälzt wurde, haben aber kein Klagerecht, so dass der abgewälzte Schaden von niemandem geltend gemacht werden kann.

Option (4) führt dazu, dass jedes Opfer eines Kartellverstosses genau den Schaden geltend machen kann, den es erlitten hat: Die direkten Abnehmer ihren Schaden, abzüglich der Vorteile, die sie möglicherweise aufgrund höherer Preise gegenüber ihren eigenen Abnehmern erzielt haben. Die indirekten Abnehmer die kartellbedingten Aufschläge, die an sie weitergereicht wurden.

cc) Diskussion

Das Schweizer Recht – in seiner Auslegung durch die herrschende Meinung – geht von Option (4) aus: Der *passing on*-Einwand wird ganz überwiegend für zulässig erachtet.²⁵⁰ Den Schädiger trifft hierfür die Behauptungs- und Beweislast.²⁵¹ Die Zusprechung eigener Ansprüche an die indirekten Abnehmer beruht auf der weiten Fassung der Aktivlegitimation im schweizerischen Recht. Dieser Ausgangspunkt erscheint überzeugend. Option (4) ist vor dem Hintergrund kontinentaleuropäischer Zivilrechtstradition den anderen Optionen überlegen. Dies ergibt sich aus folgenden Argumenten:

Das Argument effektiver Kartellrechtsdurchsetzung spricht für die Einräumung eigener Ansprüche an indirekte Abnehmer. Option (1) sollte also nicht gefolgt werden. Es wäre dem Ziel einer Stärkung der privatrechtlichen Instrumente nicht dienlich, wenn den indirekten Abnehmern Ansprüche prinzipiell abgeschnitten würden. Häufig hat der direkte Abnehmer kein Interesse an der Klageerhebung, eben weil er die überhöhten Einkaufspreise auf seine

²⁵⁰ Auch wenn die Diskussion sehr differenziert verläuft, also verschiedene Einschränkungen gemacht werden müssen, halten folgende Autorinnen und Autoren die Geltendmachung des *passing on*-Einwands für grundsätzlich zulässig: *Bächli*, Die "Passing-on-Defence", SJZ 2007, 365; *von Büren* (oben Fn. 236), SZW 2007, 189; *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 41; *Jacobs* (oben Fn. 3), 221 f.; *Lang* (oben Fn. 180), S. 124 f.. Eher ablehnende Akzente werden gesetzt von *Spitz* (oben Fn. 199), 116 f. Für den Ausschluss des *passing on*-Einwands und gegen die Klageberechtigung der indirekten Abnehmer *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 566, 570.

²⁵¹ *von Büren* (oben Fn. 236), 192. Anders *Bächli* (oben Fn. 250), 371: Nur ausnahmsweise liege die Beweislast beim Schädiger, nämlich wenn aufgrund spezifischer Sachverhaltsumstände (insbesondere fehlendem Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten) die Weitergabe der Preiserhöhung unwahrscheinlich sei.

eigenen Abnehmer abwälzen konnte, oder weil er die Geschäftsbeziehung zu seinem Lieferanten nicht aufs Spiel setzen möchte.²⁵² Wenn der direkte Abnehmer auf eigene rechtliche Massnahmen verzichtet, gleichzeitig Ansprüche der indirekten Abnehmer a priori ausgeschlossen sind, käme die private Kartellrechtsdurchsetzung zum Erliegen. An eigenen Ansprüchen indirekter Abnehmer ist also festzuhalten, so wie es der aktuellen Situation des Schweizer Rechts entspricht.

Gegen Option (2) spricht die Gefahr der Mehrfachhaftung. Lehnt man den *passing on*-Einwand ab, haben die direkten Abnehmer einen Anspruch auf vollen Schadenersatz, ohne dass man die abwälzungsbedingten Mehrerlöse in Abzug bringen würde. Hinzu treten die Ansprüche der indirekten Abnehmer, die eben diesen Abwälzungsschaden geltend machen können. Eine solche Mehrfachhaftung gegenüber den direkten und den indirekten Abnehmern käme Strafschadenersatz nahe (hierzu sogleich) und wäre mit der Kompensationsfunktion des Schadenersatzrechts nicht vereinbar.²⁵³ Jeder sollte genau denjenigen Schaden ersetzt verlangen können, den er tatsächlich erlitten hat. Praktischen Schwierigkeiten und dem Anreizproblem bei grosser Schadensfragmentierung sollte mit Verbandsklagerechten, Beweiserleichterungen und der Möglichkeit der Schadensschätzung begegnet werden.

Option (3) gehört zur schlechtesten aller möglichen Welten: Der Schädiger wird entlastet, soweit die kartellbedingten Aufschläge an die nächste Marktstufe durchgereicht wurden. Eigene Ansprüche dieser nachgelagerten Marktstufen existieren nicht, so dass die betreffenden Schäden von niemandem geltend gemacht werden können. Es kommt zu keinem (vollständigen) privatrechtlichen Ausgleich der schuldhaft verursachten Schäden.

Demgegenüber besitzt Option (4) dogmatische Klarheit und führt zu inhaltlich überzeugenden Ergebnissen: Jedes Opfer eines Kartellverstosses kann exakt den Schaden geltend machen, den es auf seiner Stufe der Distributionskette erlitten hat. Es kommt weder zu einer schadensrechtlichen Bereicherung der direkten Abnehmer, wie es die Konsequenz der

²⁵² Kritisch zu diesen Argumenten *Kersting* (oben Fn. 92), S. 7 f.

²⁵³ Aus diesem Grund geht auch die Europäische Kommission im Weissbuch davon aus, dass der *passing on*-Einwand zuzulassen ist (Weissbuch, S. 9).

Optionen 1 und 2 ist, noch werden die Geschädigten nachgelagerter Marktstufen mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen, wie es bei den Optionen 1 und 3 der Fall ist.²⁵⁴

Es erscheint deshalb empfehlenswert, dass das Schweizer Recht dem durch die überwiegende Meinung in der Literatur vorbereiteten Weg folgt.

Allerdings muss dem Status quo ein entscheidendes Element hinzugefügt werden: Wie im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation ausgeführt wurde, werden nach überwiegender Auffassung dem Verbraucher eigene kartellrechtliche Ansprüche versagt. Einer wichtigen Gruppe der indirekten Abnehmer stehen also keine kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche zu. Dies hat folgende Konsequenz: Wird die kartellrechtswidrige Überteuerung über alle Marktstufen bis an den Verbraucher weitergereicht, kann sich der Schädiger gegenüber den Ansprüchen der zwischengelagerten Marktstufen mit dem *passing on*-Einwand verteidigen. Diejenigen, bei denen sich der Schaden endgültig verwirklicht hat, also die Verbraucher, haben keinen Schadenersatzanspruch. Dies zeigt, dass die Ablehnung eigener Ansprüche für Verbraucher (bei gleichzeitiger Anerkennung des *passing on*-Einwands) dazu führt, dass der Kartellschädiger unbillig entlastet wird.²⁵⁵ Im Extremfall, nämlich bei vollständiger Überwälzung der Überteuerung auf die Konsumentenebene, haftet der Schädiger gar nicht.²⁵⁶ Dies zeigt, dass das Schweizer Recht zwar im Grundansatz Option (4) folgt, aber infolge des Ausschlusses eigener Ansprüche für Verbraucher auch Elemente von Option (3), also der schlechtesten Lösung enthält. Hier besteht Änderungsbedarf. Die Ausführungen zeigen, dass es nicht damit getan ist, den Verbrauchern einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch einzuräumen. Ein Schadenersatzanspruch muss hinzutreten, da sonst das Problem der Schadensabwälzung keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden kann.

dd) Ergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht ist Option (4) der beste Weg, um das Problem der Schadensabwälzung zu lösen. Nach der überwiegenden Meinung in der schweizerischen Rechtslehre entspricht dies der Auslegung des geltenden Rechts. Angesichts der zentralen Stellung der *passing on*-Problematik für das Kartellzivilrecht empfiehlt es sich, diese Lösung ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

²⁵⁴ Zur Kompensationsfunktion der Schadenersatzklagen und zum schadensrechtlichen Bereicherungsverbot in diesem Zusammenhang s. von Büren (oben Fn. 250), 191; Jacobs (oben Fn. 3), 221.

²⁵⁵ Vgl. Jacobs (oben Fn. 3), 222. Zu einem anderen Ergebnis gelangt die Mindermeinung, welche eigene Ansprüche der Verbraucher anerkennt, s.o. Fn. 208.

²⁵⁶ Wenn man von dem Mengeneffekt einer Preiserhöhung absieht, s. dazu oben bei Fn. 235.

Da eigene kartellrechtliche Ansprüche der Verbraucher nach überwiegender Auffassung ausgeschlossen sind, enthält das Schweizer Recht allerdings auch Elemente von Option (3), welche elementare Gebote zivilrechtlicher Gerechtigkeit verletzt. Es ergibt sich deshalb auch aus haftungsrechtlichen Prinzipien, dass den Verbrauchern eigene kartellrechtliche Ansprüche einzuräumen sind, und zwar gerade auch Schadenersatzansprüche. Dies sollte durch eine ausdrückliche Regelung im Gesetz geschehen. Um das Problem der Streuschäden zu lösen, sollte – wie bereits im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation ausgeführt – den Konsumentenorganisationen das Recht eingeräumt werden, diese Schadenersatzansprüche kollektiv geltend zu machen.²⁵⁷

Übergangslösung: Der aktuelle Rechtszustand ist unbefriedigend und verlangt nach der folgenden "Solange"-Lösung: Solange den Verbrauchern keine eigenen kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche zustehen, sollten die Gerichte den Schädigern die Berufung auf den *passing on*-Einwand insofern verweigern, als der Schaden auf die Verbraucherebene abgewälzt wurde. Die hieraus resultierende schadensrechtliche Bereicherung der direkten Abnehmer ist der unbilligen Entlastung der Schädiger vorzuziehen. Für die Übergangszeit sollte also Option (1) gefolgt werden, die zwar schlechter als Option (4), aber immer noch besser als Option (3) ist. Sobald eigene Schadenersatzansprüche für Verbraucher eingeführt oder anerkannt sind, kann der *passing on*-Einwand uneingeschränkt zugelassen werden.

c) Mehrfacher Schadenersatz (bzw. *punitive damages*)?

Die Möglichkeit, dreifachen Schadenersatz zuzusprechen (*treble damages*), ist einer der Garantien für den Erfolg des US-amerikanischen Kartellprivatrechts. Die Parameter des persönlichen Kosten/Nutzen-Kalküls werden zugunsten des Anspruchstellers verändert, die Anreize zur Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche erheblich gestärkt. Ausserdem wird aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts geltend gemacht, dass viele Kartellverstösse nicht aufgedeckt werden, und der Täter deshalb einen Teil der Früchte seines rechtswidrigen Verhaltens behalten könnte, wenn die Schadenersatzsumme nicht um einen bestimmten Faktor erhöht werde.

²⁵⁷ S.o. II 3 e).

Wie der rechtsvergleichende Überblick gezeigt hat, ist Strafschadenersatz nicht Teil der kontinentaleuropäischen Tradition.²⁵⁸ Nur im Vereinigten Königreich und in Irland sind *exemplary damages* vorgesehen, die aber von hohen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.²⁵⁹ In ihrem Grünbuch über kartellrechtliche Schadenersatzklagen hat die Europäische Kommission Schadenersatz in doppelter Höhe bei horizontalen Kartellen zur Diskussion gestellt,²⁶⁰ diesen Vorschlag aber nicht in das Weissbuch aufgenommen. In Deutschland hat die Monopolkommission ebenfalls die Einführung doppelten Schadenersatzes verlangt,²⁶¹ ohne sich damit durchsetzen zu können. Die Anwendung des Faktors zwei wäre ein Kompromiss zwischen der aktuellen Rechtslage in Kontinentaleuropa und der Situation in den USA.

Die Frage des Strafschadenersatzes berührt die Grundfesten des Haftpflichtrechts. Sollte die Kompensationsfunktion des Schadenersatzes durch andere Funktionen angereichert werden? Selbst wenn man hier für eine vorsichtige Erweiterung plädiert, und z.B. den Präventionsgedanken einbezieht,²⁶² erscheint die Integration einer Straffunktion mit dem Gesamtsystem nicht vereinbar.²⁶³ In anderem (nämlich urheberrechtlichem Zusammenhang) hat das Bundesgericht ausgeführt, dass "punitive damages" den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung widersprechen. Es hat sich der Meinung angeschlossen, dass sie sogar einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellen.²⁶⁴

Dies schliesst nicht aus, dass der Gesetzgeber eine schadenersatzrechtliche Spezialregelung für das Kartellrecht einführt. Ein solcher Vorschlag soll hier aber nicht unterstützt werden. Zu fremd ist die Straffunktion dem Haftpflichtrecht. Pönale Elemente sollten dem Verwaltungs- und Strafrecht vorbehalten bleiben, wobei möglicherweise ein Ausbau der strafrechtlichen Sanktionen indiziert ist. Auch darf nicht übersehen werden, dass bei aller Wertschätzung für die praktische Bedeutung des US-Kartellprivatrechts nicht alle Konsequenzen nachahmenswert erscheinen. Der dreifache Schadenersatz ist einer der Gründe für die Exzesse privater Klageführung in den USA. Zur Vermeidung übermässiger und damit falscher Anreize

²⁵⁸ So auch Böge, Leniency Programs and the Private Enforcement of European Competition Law, in Basedow (oben Fn. 16), S. 220.

²⁵⁹ Zum Vorschlag zur Einführung von Strafschadenersatz in das französische Recht s.o. Fn. 105.

²⁶⁰ Europäische Kommission, Grünbuch (oben Fn. 18), Option 16.

²⁶¹ Monopolkommission (oben Fn. 87), Nr. 75 ff., 126, 131.

²⁶² Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 14; zu entsprechenden Tendenzen in Deutschland s. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006) 352, insbesondere 451 ff.

²⁶³ S. von Büren (oben Fn. 250), 191 f. m.w.N. A.A. Nagel (oben Fn. 151), Rn. 555, welcher die Einführung zwei- oder dreifachen Schadenersatzes anregt.

²⁶⁴ BGE 122 III 463 (467).

zur Klageerhebung sollte in Bezug auf die Funktionen des Schadenersatzes an der aktuellen Rechtslage festgehalten werden.

Um so wichtiger ist es allerdings, dass man in den anderen hier angesprochenen Fragen zu deutlichen Verbesserungen kommt. Eine systemkonforme Stärkung der privaten Klagen wäre die Folge, welche ohne einen Einbruch in geltende Grundprinzipien auskäme.

d) Kausalität

Der Kartellrechtsverstoss muss für den geltend gemachten Schaden kausal gewesen sein. Erforderlich ist ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang.²⁶⁵ Allein aus der zeitlichen Abfolge von Kartellrechtsverstoss und Schaden (*post hoc*) folgt noch nicht der naturkausale Zusammenhang (*propter hoc*). Beruht der Schaden beispielsweise nicht auf der Wettbewerbsbeschränkung, sondern auf der schlechten wirtschaftlichen Lage oder auf eigenen Entscheidungen des Geschädigten, sind die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch nicht erfüllt.

Was die Adäquanz des Kausalzusammenhangs betrifft, so hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts "ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint."²⁶⁶ Die Formel dient dazu, in wertender Betrachtungsweise die juristisch erheblichen Ursachen zu ermitteln. Dem Richter wird durch die Adäquanzformel ein erheblicher Ermessensspielraum eingeräumt.²⁶⁷

Bei kartellrechtlichen Schadenersatzklagen können erhebliche Beweisprobleme im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang auftreten. Wirtschaftliche Zusammenhänge sind selten eindeutig.²⁶⁸ Es sollte deshalb im Sinne der Adäquanzformel des Bundesgerichts ausreichen, die Typizität der Ereignisse darzulegen. Aufgabe des Beklagten ist es dann, die Ursächlichkeit anderer Faktoren plausibel zu machen. Die allgemein hier bestehende zivilrechtliche Flexibilität erscheint ausreichend.²⁶⁹ Ergänzungen werden im prozessualen Teil bei der Frage der Beweiserleichterungen zu machen sein.

²⁶⁵ *Schnyder/Portmann/Müller-Chen*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2008, Rn. 79.

²⁶⁶ BGE 122 III 110 (112).

²⁶⁷ *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (oben Fn. 265), Rn. 92.

²⁶⁸ S. umfassend *Spindler*, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP208 (2008) 283 ff.

²⁶⁹ Es werden Überlegungen angestellt, Art. 42 Abs. 2 OR auch auf die Kausalitätsfrage anzuwenden, vgl. hierzu *von Büren* (oben Fn. 250), 196 f. m.w.N.

e) Verschulden

Die Schadenersatzhaftung nach Art. 12 Abs. 1 lit. b KG²⁷⁰ setzt Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Teilweise werden hohe Anforderungen an die gebotene Sorgfalt gestellt. Bei krassen Verstössen gegen die Art. 5 ff. KG, insbesondere bei Wiederholung einer behördlich als unzulässig erklärten Verhaltensweise sei ein Verschulden regelmässig zu bejahen. Bei nach Art. 5 f. KG (teilweise) unzulässigen vertikalen Abreden dürfe jedoch nicht *per se* ein Verschulden angenommen werden. In diesem Bereich habe sich zuerst eine den Rechtsunterworfenen zugängliche Praxis zu entwickeln und sei mit Verordnungen des Bundesrats die erforderliche Klarheit zu schaffen.²⁷¹

Diese Einschätzung vermag nicht zu überzeugen und stellt ein grosses Risiko für private Schadenersatzklagen dar. Es ist gänzlich unangemessen und widerspricht dem rechtsvergleichenden Befund, Fahrlässigkeit von der Existenz einer eingespielten Praxis oder gar der Verabschiedung einschlägiger Verordnungen abhängig zu machen.²⁷² Wie der Länderüberblick gezeigt hat, machen einige Staaten in Europa den Schadenersatzanspruch nicht von einem Verschuldenserfordernis abhängig. In anderen wird das Verschulden bei Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses vermutet, zum Teil widerlegbar, zum Teil unwiderlegbar.²⁷³ Im Weissbuch schlägt die Europäische Kommission vor, eine ausdrückliche Regelung einzuführen, wonach beim Nachweis eines Kartellrechtsverstosses sich der Rechtsverletzer der Schadenersatzhaftung nur dann entziehen kann, wenn er einen "entschuldbaren Irrtum" nachweisen kann. Die Exkulpation setzt voraus, dass "eine vernünftige Person, die ein hohes Mass an Sorgfalt walten lässt, nicht hätte wissen können, dass ihr Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigt."²⁷⁴

Für das geltende Schweizer Recht sei darauf hingewiesen, dass für das Vorliegen von Verschulden einfache Fahrlässigkeit ausreicht. Zum Teil wird formuliert, dass sich bei reinen Vermögensschäden die Frage der Widerrechtlichkeit praktisch mit derjenigen der Sorgfaltswidrigkeit decke.²⁷⁵ Dem Verletzer fällt nur dann kein Verschulden zur Last, wenn er alle notwendigen Massnahmen ergriffen hat, um sich der Rechtmässigkeit seines Handelns

²⁷⁰ Und wohl auch der Genugtuungsanspruch, s. *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 468.

²⁷¹ *Walter* (oben Fn. 202), Art. 12 Rn. 78; ihr folgend *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 455; ähnlich auch *Borer*, in Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 13.49; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 98.

²⁷² Ablehnend auch *Lang* (oben Fn. 180), S. 129.

²⁷³ S. den Überblick bei *Ashurst* (oben Fn. 17), S. 50 ff.

²⁷⁴ *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 7 f.

²⁷⁵ *Lang* (oben Fn. 180), S. 128.

zu versichern.²⁷⁶ Man wird ihm regelmässig zumuten können, kompetenten rechtlichen Rat einzuholen und sich im Zweifelsfall auch mit der Kartellbehörde in Verbindung zu setzen.²⁷⁷ Diese Grundsätze sollten eigentlich ausreichen. Irritierend wirkt aber die Tatsache, dass in der Literatur teilweise unangemessen hohe Voraussetzungen für eine Sorgfaltspflichtverletzung im Bereich des Kartellhaftungsrechts aufgestellt werden.²⁷⁸ Um die hier drohenden, unkalkulierbaren Risiken für kartellrechtliche Schadenersatzklagen zu vermeiden, sollte im Bereich des Kartellprivatrechts eine milde Kausalhaftung eingeführt werden. Das Verschulden des Schädigers würde also vermutet. Er könnte die Vermutung umstossen, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat.

Juristische Personen haften für das Verhalten ihrer Organe bzw. der zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugten Personen (Art. 55 Abs. 2 ZGB, 722, 814 Abs. 4, 899 Abs. 3 OR). Entsprechendes gilt für Personengesellschaften (Art. 567 Abs. 3, 603 OR). Die Haftung für andere Mitarbeiter erfolgt nach Art. 55 OR, wobei hier – im Gegensatz zur Situation bei der Organhaftung – ein Entlastungsbeweis möglich ist. Allerdings werden Wettbewerbsverstösse in der Regel nicht durch subalterne Hilfspersonen begangen, so dass meistens die Regeln über die Organhaftung anwendbar sein werden.²⁷⁹

f) Einwilligung, Selbstverschulden, Rechtsmissbrauch

Die Mitwirkung des Geschädigten am Kartelldelikt kann die Haftung des Täters unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beeinflussen. Die Einwilligung oder das Selbstverschulden des Geschädigten kann gem. Art. 44 OR zu einer Ermässigung oder gar zu einem vollständigen Ausschluss der Ersatzpflicht führen. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) kann das Verhalten des Betroffenen auch ausserhalb von Schadenersatzansprüchen von Bedeutung sein.

Fragen des eigenen Tatbeitrags von Betroffenen stellen sich deshalb so häufig im Kartellzivilrecht, weil in einigen Konstellationen die Betroffenen Partei eines Vertrags sind, der in Ausführung einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise geschlossen wurde. Dies betrifft z.B. die vertikalen Vereinbarungen. Das berühmteste Beispiel ist die *Courage*-Entscheidung, in welcher der EuGH entschied, dass – entgegen einer alten Regel des

²⁷⁶ Vgl. *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 42.

²⁷⁷ Vgl. *Spitz* (oben Fn. 199), 119: Keine Fahrlässigkeit bei "fundiertem sachlichen Rat durch Juristen mit speziellem kartellrechtlichem Sachverstand". Teilweise wird aus aktienrechtlichen Vorgaben eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Einrichtung eines umfassenden *antitrust compliance*-Programms abgeleitet, s. *Ducrey*, Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, SZW 2004, 401.

²⁷⁸ S.o. Fn. 271.

²⁷⁹ *Lang* (oben Fn. 180), S. 90 f.

englischen Rechts – Ansprüche wegen der Verletzung des europäischen Kartellrechts nicht allein deshalb ausgeschlossen sind, weil der Anspruchsteller Partei dieses Vertrags ist.²⁸⁰

Die Beurteilung solcher Fälle im schweizerischen Recht ist nicht völlig klar. Die überwiegende Meinung geht zwar davon aus, dass die Ansprüche aus Art. 12 KG auch von denjenigen geltend gemacht werden können, die an einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung beteiligt waren.²⁸¹ Bei eigener Beteiligung werden die Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs bzw. eines überwiegenden Selbstverschuldens aber teilweise sehr schnell angenommen.²⁸² Andere leiten aus Art. 44 OR eine flexible Verteilung des Schadens ab und rezipieren hierbei die Kriterien der *Courage*-Entscheidung, insbesondere das Kriterium des eigenen Verantwortungsbeitrags und der wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse.²⁸³

Dieser Weg scheint der angemessene zu sein, da allein aus der Beteiligung an einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise noch nicht der eigene Verantwortungsbeitrag folgt. Das Thema eignet sich nicht für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung und sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben, welche die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze anzuwenden hat.

g) Verzinsung

Der dreifache Schadenersatz in den USA soll auch Restriktionen der Verzinsungspflicht ausgleichen: Nach US-amerikanischem Recht werden Zinsen erst ab dem Urteilspruch geschuldet.²⁸⁴ Nach der Spezialregel des deutschen Rechts in § 33 Abs. 3 S. 4 GWB besteht die Verzinsungspflicht hingegen schon ab Eintritt des Schadens.

Im schweizerischen Recht existiert ein allgemeiner Schadenszins, der vom Verzugszins zu unterscheiden ist. Nach ständiger Rechtsprechung gehört zum Schaden der Zins von dem Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat.²⁸⁵ Diese allgemeine Regel wird auch auf das Kartellprivatrecht angewendet, so dass Zinsen ab Entstehung des Schadens verlangt werden können, und zwar gem. Art. 73 Abs. 1 OR in Höhe

²⁸⁰ S.o. A III 2 a).

²⁸¹ *Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 Rn. 4; *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 14; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 22; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 879. Differenzierend, aber eher ablehnend *Stöckli* (oben Fn. 179), Rn. 696 f., 1246 ff.

²⁸² S. z.B. *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 24: "C'est dire qu'une action en réparation du dommage ou en remise du gain ouverte par l'une des parties à un accord illicite contre son cocontractant sera en principe rejetée"; in diesem Sinn auch *Borer*, in *Geiser/Krauskopf/Münch* (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 13.50; *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 459; *Walter* (oben Fn. 202), Art. 12 Rn. 79.

²⁸³ *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 14 f.; *Spitz* (oben Fn. 199), 115.

²⁸⁴ S.o. A II 1 g).

²⁸⁵ BGE 122 III 53 (54) m.w.N.

von fünf Prozent.²⁸⁶ Auch wenn man über die optimale Höhe des Zinssatzes diskutieren kann, ist die Grundanlage der Verzinsungsregeln angemessen, so dass hier kein Handlungsbedarf besteht.²⁸⁷

h) Genugtuung

Nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen hat der Genugtuungsanspruch hohe Voraussetzungen, nämlich eine besondere Schwere der Verletzung und die Abwesenheit einer anderen Wiedergutmachungsmöglichkeit. Das Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses und eines Schadens sind also nicht hinreichende Bedingungen für einen solchen Anspruch. Im Fall des Handelsgerichts Aargau²⁸⁸ wurde Schadenersatz, aber nicht Genugtuung zugesprochen, da es an der für eine schwere Persönlichkeitsverletzung notwendigen immateriellen Unbill fehlte. Es erscheint nicht indiziert, für das Kartellprivatrecht abweichende Voraussetzungen für den Genugtuungsanspruch zu definieren.

6. Gewinnherausgabe

Der Gewinn, den der Verletzer aufgrund eines Kartellrechtsverstosses erzielt, kann in zweierlei Hinsicht relevant sein. Er kann eine Rolle bei der Bestimmung des Schadenersatzes spielen. Daneben hat der Verletzte nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 12 Abs. 1 lit. c KG einen Anspruch auf Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.²⁸⁹

a) Der Verletzererwerb als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung

Es ist im Schweizer Recht anerkannt, dass der Verletzererwerb unter bestimmten Voraussetzungen zur Schadensberechnung herangezogen werden kann. Er wird als Indiz für den entgangenen Gewinn des Geschädigten akzeptiert, wenn dieser nachweisen kann, dass er ohne die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung die betreffenden Geschäfte selber abgeschlossen hätte.²⁹⁰ Der Nachweis dürfte schwer fallen, so dass der Gesichtspunkt des Verletzererwerbs nur eine geringe praktische Rolle bei der Schadensschätzung spielen

²⁸⁶ Nagel (oben Fn. 151), Rn. 463; Stöckli (oben Fn. 179), Rn. 1093.

²⁸⁷ Vgl. aber auch das Grünbuch der Europäischen Kommission (oben Fn. 18), Option 17, wo der Verzinsung ab Schadenseintritt die Möglichkeit einer Verzinsung ab dem Tag der Zuwiderhandlung entgegen gestellt wird.

²⁸⁸ Oben Fn. 239.

²⁸⁹ Allgemein hierzu s. Weber, Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992, 333.

²⁹⁰ Borer, in Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 13.43; Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 39; Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 88.

dürfte.²⁹¹ Änderungen erscheinen gleichwohl nicht indiziert. Mit Art. 12 Abs. 1 lit. c KG existiert eine Spezialregel, welche auf anderem Weg zur Abschöpfung des Verletzergewinns gelangt. Die Anstrengungen sollten sich darauf konzentrieren, diesem Weg praktische Wirksamkeit zu verschaffen.

b) Geschäftsführung ohne Auftrag

Viele Rechtsordnungen kennen im Recht des geistigen Eigentums einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns.²⁹² Von manchen wird gefordert, dieses Instrument auf das Kartellrecht zu übertragen.²⁹³ Allerdings konstituiert das Kartellrecht keine absoluten Rechte, die man (wie im Immaterialgüterrecht) der Gewinnzuordnung zugrunde legen könnte. Wem steht der Gewinn zu, wenn über verschiedene Marktstufen verstreut eine grosse Anzahl von Betroffenen vorhanden ist?

Das Schweizer Recht hat sich grundsätzlich zugunsten kartellrechtlicher Ansprüche auf Gewinnherausgabe entschieden. Art. 12 Abs. 1 lit. c KG verweist auf die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Einschlägig ist in diesen Fällen Art. 423 OR, also die Regeln über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag.²⁹⁴ Die Ansprüche auf Gewinnherausgabe und auf Schadenersatz können nicht kumuliert werden, der Betroffene hat ein Wahlrecht zwischen beiden.²⁹⁵ Die Ausschliesslichkeit betrifft allerdings nur Schadenersatzansprüche in Bezug auf den eigenen Gewinnausfall, nicht die Ansprüche auf Ersatz anderer Schäden.²⁹⁶

Die Bestimmung der näheren Voraussetzungen für den Anspruch auf Gewinnherausgabe wirft eine beeindruckende Fülle von Einzelfragen auf. Müssen absolute Rechte verletzt worden sein, oder reicht widerrechtliches Handeln in fremder Rechtssphäre aus? Ist Böswilligkeit erforderlich? Wie ist die Höhe des herauszugebenden Gewinns zu ermitteln? Sind Gemeinkosten abzugsfähig? Kann der Beklagte sich mit dem Argument verteidigen, dass sein Gewinn aufgrund direkter Sanktionen bereits abgeschöpft wurde? Steht bei mehreren Geschädigten dem einzelnen Opfer nur seine Quote zu, oder kann er den gesamten Gewinn

²⁹¹ So auch die Einschätzung von *Spitz* (oben Fn. 221), Rz. 13.

²⁹² S. z.B. Art. 13 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. der EU 2004, L 157/45).

²⁹³ *van Gerven*, Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts, in: Ehlermann/Atanasiu (Hrsg.), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, 2003, S. 53.

²⁹⁴ Handelsgericht Aargau (oben Fn. 239), 474.

²⁹⁵ Commentaire Romand/*Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 140. Zum Zeitpunkt der Ausübung dieses Wahlrechts s.u. bei Fn. 345.

²⁹⁶ Baker&McKenzie/*Hahn*, Art. 12 KG Rn. 54.

(in Solidargläubigerschaft) heraus verlangen? Schuldet bei mehreren Verletzern jeder nur den von ihm selber erzielten Gewinn oder besteht eine Solidarschuld? Unterliegt der Anspruch dem Verschuldenserfordernis?²⁹⁷

So aufwendig die Beantwortung dieser Fragen auch sein mag: In rechtsvergleichender Hinsicht ist es bemerkenswert, dass der Schweizer Gesetzgeber eine kartellrechtliche Spezialregel über die Herausgabe des Verletzergewinns, und zwar ausserhalb des Schadenersatzrechts erlassen hat. Es folgt hieraus eine starke Position für den Anspruch auf Gewinnherausgabe. Es herrscht die Ansicht vor, dass die Voraussetzungen des Anspruchs so zu fassen sind, dass die praktische Wirksamkeit dieses Instruments nicht gefährdet wird.²⁹⁸ Dies scheint auch zu funktionieren: Im kartellprivatrechtlichen Pionierfall des Handelsgerichts Aargau wurde nicht nur Ersatz der Schäden, sondern auch Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns zugesprochen.²⁹⁹

Im Hinblick auf die Geltendmachung dieses Anspruchs ist es evident, dass nicht der Verletzte, sondern nur der Verletzer den Gewinn und seine Höhe kennt bzw. berechnen kann. Nach den allgemeinen, aus Art. 2 ZGB abzuleitenden Grundsätzen, besteht ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung (der im Weg der Stufenklage geltend gemacht werden kann³⁰⁰), wenn die Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen.³⁰¹ Diese Voraussetzungen liegen beim Anspruch auf Gewinnherausgabe gegenüber einem bösgläubigen Geschäftsführer regelmässig vor, was auch in der kartellprivatrechtlichen Literatur anerkannt ist.³⁰² Er erscheint deshalb nicht unabdingbar, den Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zu kodifizieren, zumal die Möglichkeit unbezifferter Forderungsklagen und der Auskunftserteilung in Art. 83 des Entwurfs der schweizerischen Zivilprozessordnung ausdrücklich vorgesehen ist. Die Auskunftsansprüche sind durch die Pflicht zur Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt (Art. 16 KG).

7. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Auch wenn bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht im Katalog des Art. 12 Abs. 1 KG aufgeführt sind, werden sie als statthaft erachtet, der gesetzlichen Regelung also insoweit kein

²⁹⁷ S. eingehend zu diesen und anderen Fragen *Spitz* (oben Fn. 221).

²⁹⁸ S. z.B. *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 50; *Lang* (oben Fn. 180), S. 134.

²⁹⁹ Handelsgericht Aargau (oben Fn. 239), 476 ff.

³⁰⁰ S.u. bei Fn. 345

³⁰¹ BGE 123 III 140 (142).

³⁰² *Lang* (oben Fn. 180), S. 137; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 132; *Stoffel* (oben Fn. 203), S. 115.

qualifiziertes Schweigen zugeschrieben.³⁰³ Sind Rechtsgeschäfte wegen eines kartellrechtlichen Verstosses nichtig, sind sie nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.³⁰⁴ Erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgt die Bewertung von Leistungen, die nicht mehr in natura zurückerstattet werden können und im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbracht wurden, nicht objektiv, sondern nach der privatautonomen Vereinbarung, jedenfalls wenn der Mangel das wechselseitige Vergütungsinteresse der Parteien nicht berührt.³⁰⁵

Einschränkungen ergeben sich aus Art. 63 OR (freiwillige Bezahlung trotz Kenntnis vom Fehlen eines gültigen Grundes) und Art. 66 OR (Leistung im Hinblick auf einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg).³⁰⁶ Nach der jüngsten Kehrtwende in der Rechtsprechung schliesst Art. 66 OR nicht mehr die Rückforderung sämtlicher Leistungen aus, die auf Grund des rechtswidrigen Vertrags erbracht wurden, sondern beschränkt den Anspruchsausschluss auf den "eigentlichen Gaunerlohn".³⁰⁷ Im Grundsatz müssen sich die Parteien einer unzulässigen Wettbewerbsabrede also die ausgetauschten Leistungen zurückerstatten.

Ansprüchen aus Eingriffskondiktion steht die Lehre reserviert bis ablehnend gegenüber, da es bei Kartellrechtsverstössen in der Regel an einem Eingriff in ausschliesslich zugeordnete Rechtspositionen fehle.³⁰⁸

Fragen des Bereicherungsrechts leisten keinen zentralen Beitrag zur hier im Vordergrund stehenden Frage einer Verbesserung der kartellprivatrechtlichen Instrumente. Sie können der Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Lehre überlassen werden.

8. Urteilsveröffentlichung

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 Weko-Sekretariat die einschlägigen Urteile zuzustellen haben. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen, was regelmässig in Teil C der RPW/DPC geschieht.

³⁰³ *Spitz* (oben Fn. 221), Rz. 114.

³⁰⁴ BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, unter 2.4.

³⁰⁵ Ebenda.

³⁰⁶ *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 25.

³⁰⁷ BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, unter 3.

³⁰⁸ *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 55; *Lang* (oben Fn. 180), S. 138; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 12 LCart Rn. 136; *Spitz* (oben Fn. 221), Rz. 115 ff.

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.³⁰⁹

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. Dass im Kartellrecht der Bedarf hiernach in gleichem Mass besteht wie im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, macht schon die insofern einhellige Meinung deutlich. 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 ins Kartellgesetz aufgenommen werden.

9. Verjährung

Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche verjähren nicht.³¹⁰ Vertragliche Ansprüche unterliegen der zehnjährigen Regelverjährung nach Art. 127 OR. Nach ganz überwiegender Auffassung gilt für den kartellrechtlichen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch (und den Anspruch auf Gewinnherausgabe³¹¹) über den Verweis in Art. 12 Abs. 1 KG auf das Obligationenrecht die kurze Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (Art. 60 Abs. 1 OR), also (relativ) ein Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie (absolut) zehn Jahre ab der schädigenden Handlung.³¹² Vereinzelt wird für die mit direkten Sanktionen bedrohten Verhaltensweisen (Art. 49a KG) aus Art. 60 Abs. 2 OR eine längere Verjährungsfrist abgeleitet.³¹³ Ihnen komme "(quasi-) strafrechtliche" Natur zu, weshalb über Art. 60 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eine fünfjährige Frist gelte. Dem wird aber unter Hinweis auf den verwaltungsrechtlichen Charakter der direkten Sanktionen widersprochen.³¹⁴

³⁰⁹ Baker&McKenzie/Hahn, Art. 13 KG Rn. 9 f.; Lang (oben Fn. 180), S. 114 ff.; Walter (oben Fn. 202), Art. 13 Rn. 31 ff.

³¹⁰ Commentaire Romand/Reymond, Art. 12 LCart Rn. 67.

³¹¹ Stöckli (oben Fn. 179), Rn. 1188.

³¹² S. z.B. Stöckli (oben Fn. 179), Rn. 1095; Zurkinden/Trüeb, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 12 Rn.5.

³¹³ Spitz (oben Fn. 199), 122.

³¹⁴ von Büren (oben Fn. 250), 197 f.

Die (relative) Verjährungsfrist von einem Jahr erscheint schon im allgemeinen Zusammenhang als zu kurz bemessen.³¹⁵ Im kartellrechtlichen Zusammenhang ist sie besonders misslich. In welchem Zeitpunkt hat das Opfer Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt? Nach den allgemeinen Grundsätzen gilt, dass der Schaden sowohl qualitativ als auch quantitativ so weit konkretisiert sein muss, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.³¹⁶ Die Anwendung dieser Kriterien schafft Unsicherheit und zwingt zu frühzeitiger Klageerhebung zwecks Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 Nr. 2 OR). Dies beeinträchtigt die Erfolgsaussichten, da das relevante Beweismaterial in diesem Zeitpunkt möglicherweise noch nicht vorliegt.

Es existiert auch keine Sonderregel über die Unterbrechung der kartelldeliktischen Verjährung für den Fall, dass ein kartellbehördliches Verfahren eingeleitet wird. Wie der Länderüberblick gezeigt hat, weicht dies von der Rechtslage in den USA, in Deutschland und in Grossbritannien ab. Hierdurch werden die *follow on*-Klagen gefährdet: Der Geschädigte hat nicht die Möglichkeit, erst einmal das kartellbehördliche Verfahren abzuwarten. Erlangt er während dieses Verfahrens Kenntnis von Schaden und Schädiger i.S.v. Art. 60 Abs. 1 OR, beginnt die einjährige Verjährungsfrist zu laufen.

In der Literatur wird das geltende Recht als kontraproduktiv kritisiert. So wird darauf hingewiesen, dass der erhebliche Zeitdruck, der durch die einjährige Verjährungsfrist verursacht wird, es "in den meisten Fällen verunmöglicht, ein substantiiertes Klagefundament beim Zivilgericht einzureichen".³¹⁷ Der Verjährungsfrage ist erhebliche Verantwortung für den geringen Stellenwert kartellprivatrechtlicher Klagen beizumessen. Es besteht deshalb Handlungsbedarf. Auch wenn im Prinzip eine enge Anbindung des Kartellzivilrechts an das allgemeine Zivilrecht wünschenswert ist, kann aus kartellrechtlicher Sicht nicht auf eine allgemeine Reform des Haftpflichtrechts gewartet werden.³¹⁸ Die relative Verjährungsfrist kartellrechtlicher Ansprüche sollte auf drei Jahre verlängert werden. Eine spezielle Regel über

³¹⁵ Dies wird am Vorentwurf zur Reform des Haftpflichtrechts deutlich, in welchem eine Verlängerung der relativen Frist auf drei Jahre, der absoluten Frist auf 20 Jahre vorgeschlagen wurde.

³¹⁶ *Schnyder/Portmann/Müller-Chen* (oben Fn. 265), Rn. 554.

³¹⁷ *Borer*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 Rn. 14.

³¹⁸ Unter dem Eindruck der Asbestfälle scheint ein neuer Anlauf zur Reform des Haftpflichtrechts bevorzustehen, s. den Bericht in NZZ v. 13.5.2008, S. 9.

die Unterbrechung der Verjährung bei Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens sollte hinzugefügt werden.³¹⁹

10. Anwendbares Recht

a) Ausgangspunkt

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen wirken sich häufig in mehreren Ländern aus. Es stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Das Schweizer Recht war lange Zeit die einzige Rechtsordnung, die in Art. 137 IPRG über eine besondere, allseitige Kollisionsnorm für das internationale Kartellprivatrecht verfügte.³²⁰ Nach Art. 137 Abs. 1 IPRG unterstehen "Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung [...] dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist." Absatz 2 der Vorschrift enthält eine Rechtsfolgenlimitierung, schränkt nämlich für den Fall der Anwendbarkeit ausländischen Rechts den Umfang des Anspruchs auf das nach schweizerischem Recht Zuzusprechende ein. Die Vorschrift erfasst nur den Fall der Wettbewerbsbehinderung. Ausgeschlossen sind damit Wirkungen des Kartellrechts im Vertragsrecht, insbesondere in der Frage der Wirksamkeit einer Vereinbarung.³²¹ Solche Wirkungen beurteilen sich nach den allgemeinen Vorschriften über Eingriffsnormen, also im Falle ausländischen Kartellrechts nach Art. 9 IPRG.³²² Hinzuzufügen ist, dass nach h.L. die Rechtswahl im Bereich des internationalen Kartellprivatrechts ausgeschlossen ist, wobei streitig ist, ob sich der Ausschluss der Rechtswahl nur auf die Frage der kartellrechtlichen Unzulässigkeit oder aber auch auf die hieraus fliessenden Ansprüche bezieht.³²³

Aufgrund der kartellkollisionsrechtlichen Spezialregel vermied das Schweizer Recht die Schwierigkeiten, in die viele andere Rechtsordnungen beim Thema der Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts im Privatrecht gerieten. Zwar wird in zahlreichen Rechtsordnungen das Auswirkungsprinzip zugrunde gelegt, also die Anwendbarkeit

³¹⁹ So auch *Nagel* (oben Fn. 151), Rn. 554.

³²⁰ S. *Basedow*, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, 627 (632), der ausführt, dass das Schweizer Recht "in Art. 137 wohl weltweit zum ersten Mal eine allseitige Anknüpfung für Teilbereiche des Kartellrechts geschaffen hat." S. auch *Esseiva*, Die Anwendung des EG-Kartellrechts durch den schweizerischen Richter aufgrund des Artikels 137 IPRG, ZVgIRWiss 94 (1995), 80, der die Vorschrift aus diesem Grund "eine 'curiosité' in der Rechtsvergleichung" nennt.

³²¹ *Dutoit* (oben Fn. 203), Art. 137 Rn. 1.

³²² *Dutoit*, ebenda. S. hierzu Handelsgericht Zürich, 21.6.2004, ZR 104 (2005) N. 27, m. Anm. von *Gottschalk*, IPRax 2006, 509.

³²³ Für vollständigen Ausschluss der Rechtswahl *Dutoit* (oben Fn. 203), Art. 137 Rn. 8; für die Möglichkeit einer Rechtswahl für die zivilrechtlichen Ansprüche *Vischer*, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 137 Rn. 16.

derjenigen Rechtsordnung postuliert, in deren Territorium sich eine Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Kartellrecht wurde aber den Eingriffsnormen zugeordnet, wodurch man in den internationalprivatrechtlichen Grundlagenstreit geriet, unter welchen Voraussetzungen ausländische Eingriffsnormen anwendbar sind.³²⁴

b) Rom II-Verordnung und alternative Anknüpfungsmöglichkeiten

In der EG wird ab dem 11.1.2009 die Rom II-Verordnung gelten.³²⁵ In letzter Minute wurden in die Verordnung kartellrechtliche Kollisionsnormen aufgenommen.³²⁶ Die Neuerung schreibt sich in die Bemühungen der EU ein, das Kartellprivatrecht zu stärken.³²⁷ Nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO ist auf ausservertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird. Dies entspricht in etwa dem Inhalt von Art. 137 Abs. 1 IPRG. Art. 6 Abs. 3 lit. b) der Verordnung enthält eine Regelung zu dem schwierigen Problem der "Multistate"-Wirkungen, also dem praktisch wichtigen Fall, dass eine Wettbewerbsbeschränkung Wirkungen in mehreren Staaten zeitigt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Kläger – trotz Beeinträchtigung des Wettbewerbs in mehreren Staaten – seine kartellrechtlichen Ansprüche auf eine einzige Rechtsordnung, nämlich die *lex fori* stützen, wenn er vor einem Gericht im EG-Mitgliedstaat des Beklagten klagt.³²⁸ Eine Rechtswahl ist gem. Art. 6 Abs. 4 Rom II-VO nicht zulässig.

Im Schweizer Recht wird die Problematik der sich in mehreren Ländern zugleich auswirkenden Wettbewerbsdelikte in erster Linie mit Bezug auf das Lauterkeitsrecht diskutiert.³²⁹ Nach h.L. ist das Recht jedes betroffenen Landes anwendbar, auf dessen Markt

³²⁴ S. hierzu *Heinemann*, Die Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts – Probleme der Qualifikation und der Anknüpfung im internationalen Kartellprivatrecht, *Mélanges Dutoit*, 2002, S. 115 ff.

³²⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABL. der EU L 199/40.

³²⁶ Zur Neuregelung s. *Handig*, Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht - Auswirkungen der Rom II-Verordnung, *GRUR Int.* 2008, 24; *Mankowski*, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, *RIW* 2008, 177; *Scholz/Rixen*, Die neue europäische Kollisionsnorm für ausservertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten, *EuZW* 2008, 327.

³²⁷ Vgl. *Europäische Kommission*, Grünbuch (oben Fn. 18), S. 11 f. Die nun verabschiedete Regel in der Rom II-VO entspricht Option 34, letzte Alternative.

³²⁸ Der zweite Halbsatz der Vorschrift betrifft den Fall, dass vor diesem Gericht gegen mehr als einen Beklagten geklagt wird.

³²⁹ S. z.B. *Schibli*, Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht, Diss. Zürich 2004. Die Arbeit betrifft das Lauterkeitsrecht, enthält aber auch Bezüge zum Kartellrecht (s. z.B. S. 134 ff.).

der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.³³⁰ Für jedes Land ist also gesondert zu beurteilen, ob die betreffende Verhaltensweise erlaubt oder verboten ist; Schadenersatzansprüche sind entsprechend zu parzellieren (sog. "Mosaikbetrachtung"). Andere Anknüpfungsmöglichkeiten wären das schwerpunktmässig betroffene Land, das Herkunftslandprinzip,³³¹ oder – wie in Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO – die Anknüpfung an den Sitz des Beklagten.

c) Diskussion

Kartellprivatrechtliche Klagen sind nur dann praktikabel, wenn Klarheit in Bezug auf das anwendbare Recht besteht. Dank der Spezialregel in Art. 137 IPRG (und der Klarstellung in Art. 13 S. 2 IPRG, dass die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts nicht allein dadurch ausgeschlossen wird, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird) kommt dem Schweizer Recht eine Pionierrolle bei der Herstellung kollisionsrechtlicher Rechtssicherheit im Kartellprivatrecht zu. Abschreckend könnte allerdings die von der h.L. befürwortete "Mosaikbetrachtung" bei *Multistate*-Delikten wirken. Der Aufwand für den Kläger steigt, wenn er bei Marktbeeinträchtigungen in mehreren Ländern seine Ansprüche auf eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsordnungen stützen muss.³³² Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich das Schweizer Recht durch die Rom II-Verordnung inspirieren lassen und eine wettbewerbsrechtliche Spezialregel für die kartellrechtlichen *Multistate*-Delikte aufnehmen sollte.

Einer der Vorteile der aktuell geltenden "Mosaikbetrachtung" besteht in der Annäherung an das internationalprivatrechtliche Postulat des internationalen Entscheidungseinklangs. Die Frage des anwendbaren Rechts soll danach nicht von der Tatsache beeinflusst werden, wo die Klage erhoben wird. *Forum shopping* wird so erschwert. Ausserdem wird der Vorwurf der extraterritorialen Anwendung nationalen Kartellrechts vermieden: Eine Kartellrechtsordnung wird auch im Privatrecht nur soweit angewendet, als Auswirkungen im betreffenden Land zu verzeichnen sind. Der Nachteil der "Mosaikbetrachtung" besteht in dem möglicherweise

³³⁰ S. z.B. *Dutoit* (oben Fn. 203), Art. 137 Rn. 6; Commentaire Romand/*Reymond*, Remarques liminaires aux art. 12-17 LCart Rn. 99 m.w.N.

³³¹ S. die Diskussion bei *Schibli* (oben Fn. 329), S. 264 ff., der dieses Konzept ablehnt und die Anerkennung von Art. 10^{bis} PVÜ als Einheitsrecht fordert. Dieser Weg ist im Kartellrecht in Abwesenheit eines weltweit verbindlichen Kartellrechtskodex nicht gangbar.

³³² S. auch Art. 16 Abs. 1 S. 3 IPRG, wonach bei den hier einschlägigen vermögensrechtlichen Ansprüchen die Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Rechts den Parteien überbunden werden kann.

abschreckenden Aufwand, der bei der Ermittlung aller anwendbaren Kartellrechtsordnungen zu betreiben ist.

Das in Art. 6 Abs. 3 lit. b) Rom II-VO vorgesehene Wahlrecht könnte ein praktikabler Ausweg sein: Der Kläger kann sich für die Anwendbarkeit der *lex fori* auf den gesamten Sachverhalt aussprechen, wenn der Schädiger in seinem Sitzstaat verklagt wird, und Märkte des Sitzstaats durch das unzulässige Verhalten unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt sind.³³³ Dies kann dem Kläger die Substantiierung seiner Klage entscheidend erleichtern, ohne dass er gezwungen wäre, von seinem Wahlrecht Gebrauch zu machen. Er kann es also auch bei der "Mosaikbetrachtung" bewenden lassen. Ausserdem ist dieser Weg auch fair gegenüber dem Beklagten: Macht der Kläger von seinem Wahlrecht Gebrauch, muss sich der Beklagte nicht mit fremden Rechtsordnungen auseinandersetzen. Auch ist das Wahlrecht des Klägers eingeschränkt: Er kann sich entweder für die "Mosaikbetrachtung" oder für die *lex fori* entscheiden, sein Begehren also nicht vollständig der Rechtsordnung eines beliebigen anderen Staates unterstellen, dessen Märkte von der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt wurden.³³⁴

Ein Gegenargument gegen diese Lösung ist die Gefahr einer exorbitanten Anwendung der *lex fori*. Wird der Sitzstaat des Beklagten unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt, führt das Wahlrecht des Klägers dazu, dass auch solche Auswirkungen nach der *lex fori* beurteilt werden, die einen ausschliesslichen Bezug zu Märkten anderer Staaten haben.³³⁵ Wie problematisch eine zu weite Ausdehnung des Anwendungsbereichs nationalen Kartellrechts ist, hat die Diskussion um den *Empagran*-Fall in den USA gezeigt.³³⁶

Die Frage nach der Wünschbarkeit einer Sonderregel für *Multistate*-Verstösse erscheint deshalb noch nicht abschliessend geklärt. Wegen der Vorteile für die Praktikabilität kartellzivilrechtlicher Ansprüche kommt eine ausgewogene Spezialnorm aber ernsthaft als Handlungsoption in Betracht. Zu beachten ist, dass wegen der parallelen Problematik im

³³³ Zur Bestimmung von Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit s. *Mankowski* (oben Fn. 326), 189 f.

³³⁴ Zu einem positiven Urteil über diesen Interessenausgleich gelangen *Mankowski* (oben Fn. 326), 190; *Wagner*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1 (8).

³³⁵ Skeptisch deshalb *Heinemann*, Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, FS Bieber, 2007, S. 681 (700 f.).

³³⁶ S. Nachweise oben Fn. 38.

Lauterkeitsrecht dem europäischen Recht insofern nicht gefolgt werden sollte, als Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO die *Multistate*-Kollisionsnorm auf das Kartellrecht beschränkt.

III. Zivilprozessrecht

Für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung (und für sachlich hiermit zusammenhängende andere zivilrechtliche Ansprüche) existiert gem. Art. 4 KG eine besondere Zuständigkeit: In jedem Kanton entscheidet ein Gericht als einzige kantonale Instanz. In Kantonen mit Handelsgerichtsbarkeit (Aargau, Bern, St. Gallen, Zürich) sind dies die Handelsgerichte, in den anderen Kantonen die Kantons- oder Obergerichte bzw. ihre Äquivalente. Dank der Zuständigkeitskonzentration ist eine gewisse fachliche Spezialisierung möglich, auch wenn die Vorteile angesichts der hohen Zahl von 26 zuständigen Gerichten sehr begrenzt sind.³³⁷ Die örtliche Zuständigkeit richtet sich für innerstaatliche Sachverhalte nach dem Gerichtsstandsgesetz, für internationale Verhältnisse dagegen nach dem IPRG bzw. dem Luganer Übereinkommen.³³⁸

Es wäre zu überlegen, ob angesichts der Komplexität kartellprivatrechtlicher Streitigkeiten in Parallele zu den Plänen für die Errichtung eines Bundespatentgerichts³³⁹ ein Bundeskartellgericht eingerichtet werden sollte.³⁴⁰ Auch Grossbritannien hat mit dem Competition Appeal Tribunal ein spezialisiertes Gericht geschaffen.³⁴¹ Zumindest sollte die Zahl von 26 zuständigen erstinstanzlichen Gerichten durch interkantonale Zusammenarbeit erheblich reduziert werden.³⁴²

In prozessualer Hinsicht sind für das Kartellprivatrecht die Regeln über die Beweisführung, die Kosten des Rechtsstreits, die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren, die vorsorglichen Massnahmen und die Besonderheiten des Schiedsverfahrens von zentraler Bedeutung. Auf das Verhältnis des Zivilverfahrens zur Aktivität der Kartellbehörde wird im nächsten Abschnitt einzugehen sein.

³³⁷ S. Baker&McKenzie/Schleiffer, Art. 15 KG Rn. 4: "Die Kantone sehen zwar spezielle Kartellgerichte vor; diese beschäftigen sich aber nur punktuell mit dem KG und können eine einheitliche Anwendung der entsprechenden materiellrechtlichen Bestimmungen nicht gewährleisten."

³³⁸ S. hierzu näher Baker&McKenzie/Zenhäusern, Art. 14 KG Rn. 13 ff.

³³⁹ S. die Botschaft zum Patentgerichtsgesetz v. 7.12.2007, BBl 2008, 455.

³⁴⁰ S. Art. 191a Abs. 3 BV.

³⁴¹ Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte wird hierdurch zwar nicht ausgeschlossen; in England und Wales wurde aber auch hier die Zuständigkeit bei der Chancery Division des High Court in London konzentriert, s.o. A VII 2.

³⁴² S. Art. 191b Abs. 2 BV.

1. Beweisführung

a) Grundproblematik

Einer der Hauptgründe für die relative Bedeutungslosigkeit der privaten Kartellrechtsklagen in Europa sind die Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Die Regeln über die Verteilung der Beweislast wurden bereits dargestellt.³⁴³ Sie entsprechen den allgemeinen privat- und prozessrechtlichen Grundsätzen. Verschiedene Erleichterungen stehen nach geltendem Recht zur Verfügung: Bei Schadenersatzansprüchen besteht die Möglichkeit der Schadensschätzung nach Art. 4 Abs. 2 OR.³⁴⁴ 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.³⁴⁵

Offensichtlich können diese Regeln aber der generellen Unattraktivität privater Klagen nicht wirksam gegensteuern. Beweisschwierigkeiten bestehen insbesondere in Bezug auf insgeheim praktizierte Wettbewerbsbeschränkungen (Geheimkartelle) und die ökonomisch geprägten Merkmale der kartellrechtlichen Tatbestände (z.B. Marktabgrenzung, Marktbeherrschung), sowie aufgrund der komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge.

b) Handlungsoptionen

In den USA (und den anderen Common Law-Ländern) werden die Beweisschwierigkeiten durch das *Discovery*-Verfahren abgemildert. Die Vorschläge in der EU zielen ebenfalls darauf, den Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei zu erleichtern.³⁴⁶ Auch in der Schweizer Diskussion werden Massnahmen zur Abmilderung der Beweisschwierigkeiten gefordert. Es stehen folgende Handlungsoptionen zur Verfügung, die (teilweise) auch miteinander kombiniert werden können:

³⁴³ S.o. II 1.

³⁴⁴ s.o. II 5 a).

³⁴⁵ *Borer*, in Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 13.45; Baker&McKenzie/*Hahn*, Art. 12 KG Rn. 40; s. auch Art. 83 des Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

³⁴⁶ S.o. A III 3 b).

- (1) *Einführung des Untersuchungsgrundsatzes im Kartellzivilprozess*
- (2) *Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei*
- (3) *Untersuchungskompetenzen der Kartellbehörde*
- (4) *Spezielle Auskunftsrechte*
- (5) *Zusätzliche Vermutungstatbestände bzw. Beweiserleichterungen*

Option (1) würde das Grundprinzip des Kartellverwaltungsverfahrens auf den Zivilprozess übertragen.³⁴⁷ Wie nach Art. 40 KG hätten die Parteien dem Zivilrichter Auskunft zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen.

Option (2) orientiert sich am angloamerikanischen Recht. Nach den dort geltenden Regeln müssen sich die Parteien Listen mit allen relevanten Beweismitteln zukommen lassen. Die andere Partei hat das Recht, die Beweismittel zu inspizieren und Kopien anzufertigen. Dies wird notfalls vom Gericht durchgesetzt.

Eine weniger weitgehende Möglichkeit wäre das Modell, das die Europäische Kommission im Weissbuch für kartellrechtliche Schadenersatzklagen vorgeschlagen hat.³⁴⁸ Der Kläger müsste alle Tatsachen und Beweismittel vorlegen, die ihm vernünftigerweise zugänglich sind. Wenn sich hieraus plausible Gründe für einen kartellrechtswidrig zugefügten Schaden ergeben, und es dem Kläger nicht möglich ist, unter zumutbaren Anstrengungen den vollständigen Beweis zu führen, könnte das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit die andere Seite zur Offenlegung bestimmter Beweismittel verpflichten.

Option (3) steht in engem Zusammenhang mit der weiter unten zu besprechenden Gutachterrolle der Weko.³⁴⁹ In der Literatur wird teilweise angenommen, dass die Weko ihr Vorwissen in die Begutachtung einzubringen hat, z.B. was die Struktur der relevanten Märkte betrifft.³⁵⁰ Nach anderer Auffassung darf die Weko keine Sachverhaltskenntnisse aus einem Verwaltungsverfahren in die Begutachtung nach Art. 15 KG einbringen.³⁵¹ Option (3) würde die Ansicht der erstgenannten Meinung festschreiben. Ausserdem würde die Weko (nach französischem Vorbild) zu ergänzenden Ermittlungen und allgemein zu einer aktiveren Rolle im Zivilprozess ermächtigt oder verpflichtet werden. Option (3) steht also Option (1) nahe,

³⁴⁷ *Zäch/Heizmann*, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private, Essays in Honor of Stanislaw Soltysinski, 2005, S. 1059 (1066); *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 850.

³⁴⁸ S.o. A III 3 b).

³⁴⁹ S.u. IV 3.

³⁵⁰ *Baker&McKenzie/Schleiffer*, Art. 15 KG Rn. 23; *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 15 LCart Rn. 89; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 907.

³⁵¹ *Walter* (oben Fn. 202), Art. 15 Rn. 83.

mit dem Unterschied, dass nicht das Gericht, sondern die konsultierte Kommission nach dem Untersuchungsgrundsatz vorgehen würde.

Option (4) würde den allgemein anerkannten Auskunftsansprüchen weitergehende Auskunftsansprüche hinzufügen. Denkbar wäre z.B. ein Anspruch auf Zugang zu ökonomischen Marktdaten der Gegenseite. Option (4) ist Option (2) ähnlich, nur dass nicht prozessuale Offenlegungspflichten, sondern materiellrechtliche Ansprüche statuiert werden.

Nach Option (5) kämen die Betroffenen in den Genuss bestimmter Beweiserleichterungen. So wird vorgeschlagen, einen Marktmachtmissbrauch zu vermuten, wenn ein Unternehmen sich weigert, auf Anfrage seine Produkte zu den üblichen Konditionen zu liefern. Die Schwelle der Marktbeherrschung könnte vermutungsweise an konkrete Marktanteilsschwellen geknüpft werden.³⁵² Darüber hinaus wird auch befürwortet, das Beweismass ganz allgemein abzusenken: Könne der Kläger ein Tatbestandsmerkmal glaubhaft machen, obliege es dem Beklagten, den Gegenbeweis zu erbringen.³⁵³

c) Diskussion

Wie oben im Zusammenhang mit dem materiellen Recht an mehreren Stellen deutlich wurde, sind die Probleme bei der Beweisführung einer der Hauptgründe für die Praktikabilitätsdefizite privater Kartellrechtsklagen.³⁵⁴ Will man das Gewicht der privaten Klagen stärken, müssen hier Verbesserungen erfolgen. Eine Patentlösung gibt es nicht. Alle Optionen sind dazu geeignet, die Beweisschwierigkeiten zu verringern.

Nach der hier vertretenen Auffassung empfiehlt sich eine Mischung aus Option (2) und Option (5). Der radikalste Einbruch in die Grundprinzipien des Kartellzivilprozesses, nämlich die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes (Option 1) wird vermieden. Gegen diese Option spricht die Tatsache, dass dem Zivilgericht nach dem Untersuchungsgrundsatz ähnliche Aufgaben wie einer Kartellbehörde überantwortet würden. Es ist zweifelhaft, ob ein Zivilgericht ohne den geeigneten kartellbehördlichen Unterbau zur Erfüllung dieser Aufgabe in der Lage wäre.

³⁵² So die Vorschläge von *Zäch/Heizmann* (oben Fn. 347), 1066 f.; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 850.

³⁵³ Ebenda.

³⁵⁴ S.o. II 1.

Auch Option (3) ist problematisch. Zwar sollte die Kartellbehörde Vorwissen in ihre Gutachten für die Zivilgerichte einbringen. Ebenfalls erscheint es empfehlenswert, der Kartellbehörde eine stärkere Rolle im Zivilprozess zuzuweisen, als dies derzeit nach Art. 15 KG der Fall.³⁵⁵ Angesichts ihrer begrenzten Kapazitäten sollte der Weko aber keine Pflicht zu ergänzenden Ermittlungen auferlegt werden.

Was Option (4) betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass bereits nach den allgemeinen Regeln Auskunftsrechte bestehen, die nur begrenzt effektiv sind. Es sollten deshalb besser prozessuale Offenlegungspflichten vorgesehen werden. Zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs sollte dabei nicht den *Discovery*-Regeln des US-amerikanischen Rechts gefolgt werden, die zu leicht zu dem führen, was gemeinhin als *fishing expeditions* beschrieben wird.³⁵⁶ Missbräuche werden vermieden, wenn man eine mittlere Lösung wählt, wie sie von der Europäischen Kommission im Weissbuch vorgeschlagen wurde.³⁵⁷

Da prozessuale Offenlegungspflichten aber nur teilweise den spezifisch kartellprivatrechtlichen Beweisproblemen abhelfen (ökonomisch geprägte Tatbestandsmerkmale, Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge), sollten partielle Korrekturen am Ausgangspunkt, nämlich der Beweislastverteilung vorgenommen werden. Dem Vorschlag, ganz generell die bloße Glaubhaftmachung der kartellzivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale ausreichen zu lassen, soll hier nicht gefolgt werden, rückt dieser Vorschlag doch sehr weit von den Grundprinzipien des Zivilprozesses ab.³⁵⁸ Eine angemessene Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem lässt sich aber durch (zusätzliche) Vermutungstatbestände erzielen.³⁵⁹ Im Bereich der Wettbewerbsabreden könnte man für die Klagen indirekter Abnehmer die Vermutung vorsehen, dass wettbewerbswidrige Preisaufschläge auf die indirekten Abnehmer abgewälzt wurden.³⁶⁰ Was den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen betrifft, so könnte man das Vorliegen einer Marktbeherrschung ab bestimmten Marktanteilen vermuten. Man könnte sich hierbei am deutschen und österreichischen Recht orientieren: In Deutschland wird

³⁵⁵ S.u. IV 3.

³⁵⁶ S. hierzu den Überblick bei *Stürmer*, in Basedow (oben Fn. 16), S. 163 ff.

³⁵⁷ S.o. A III 3 b). Zu einer positiven Bewertung einer von Plausibilitätsschwellen abhängigen Offenlegungspflicht gelangt auch *Kersting* (oben Fn. 92), S. 4.

³⁵⁸ Ablehnend auch *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Paper (oben Fn. 19), Tz. 91 f.

³⁵⁹ Zur grossen Bedeutung der Vermutungstatbestände im Kartellzivilprozess s. *Lang* (oben Fn. 180), S. 43, 49.

³⁶⁰ So der Vorschlag der Europäischen Kommission im Weissbuch (S. 9). Zu den Problemen einer solchen Vermutung und den Lösungsmöglichkeiten s. *Bulst* (oben Fn. 68), 86 ff.

Einzelmarktbeherrschung ab einem Marktanteil von einem Drittel (§ 19 Abs. 3 GWB), in Österreich ab einem Marktanteil von 30 % (§ 4 Abs. 2 KartG 2005) vermutet.³⁶¹

2. Kosten des Rechtsstreits

Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, nämlich die Kosten des Verfahrens und die Kosten der Gegenpartei.³⁶² Dieser Grundansatz entspricht der Rechtslage in den meisten anderen Ländern, zumindest teilweise auch in den USA: Dort trägt zwar nach der *American rule* jede Partei ihre Anwaltskosten selbst. Section 4 Clayton Act macht hiervor aber gerade für das Kartellrecht eine Ausnahme und spricht dem erfolgreich klagenden Geschädigten einen Anspruch auf "the cost of suit, including a reasonable attorney's fee" zu.

Die Europäische Kommission hat im Weissbuch u.a. vorgeschlagen, die Höhe der Gerichtskosten zu deckeln und in begründeten Fällen die Möglichkeit zu eröffnen, dass eine nicht mutwillig klagende Partei die Kosten der anderen Seite nicht (vollständig) tragen muss.³⁶³

Entsprechende Regeln sollten auch ins Schweizer Recht aufgenommen werden.³⁶⁴ 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 hier analysierten besonderen Schwierigkeiten konfrontiert ist. Eine Modifikation der Kostenverteilung ist auch nicht systemfremd, sondern aus anderem Zusammenhang bekannt: Gem. Art. 06a 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

³⁶¹ Allerdings ist im deutschen Recht umstritten, ob, und wenn ja, mit welchen Differenzierungen die Marktbeherrschungsvermutungen nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern auch im Zivilprozess gelten sollen. Diskussion und Nachweis des Meinungsstands z.B. bei *Säcker/Gosse/Wolf*, in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2, 2008, § 19 GWB Rn. 24 ff.

³⁶² Zu den Kostenfolgen im Verwaltungsverfahren s. *Lang* (oben Fn. 180), S. 44: Das VwVG sieht keine Parteientschädigung vor. Sie kann erst nach Obsiegen im Beschwerdeverfahren zugesprochen werden.

³⁶³ *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 11.

³⁶⁴ Vgl. die Forderungen von *Kunz*, Wurde das Kartellprivatrecht vergessen? Nutzlose Regelungen und Korrekturmöglichkeiten, NZZ v. 22.11.1994, S. 27; *Lang* (oben Fn. 180), S. 48; *Zäch/Heizmann* (oben Fn. 347), S. 1067; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 850.

Kartellprivatrecht zu: Betroffene sollen durch das hohe Kostenrisiko nicht von der Geltendmachung ihrer Rechte abgeschreckt werden.³⁶⁵

Eine andere Möglichkeit zur Reduzierung des Kostenrisikos wäre die Streitwertanpassung, wie sie z.B. im deutschen Recht (§ 89a GWB) existiert. Wenn eine Partei glaubhaft macht, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, kann der Streitwert vom Gericht auf einen niedrigeren Betrag abgesenkt werden, nach dem sich dann die Kostenerstattungspflicht richtet.

Für den ersten Weg spricht die grössere Effektivität: Bei begründetem Anlass zur Klage kann der Kläger von der Kostenerstattungspflicht völlig freigestellt werden, während er über den Weg der Streitwertanpassung lediglich in den Genuss einer Reduzierung kommt. Beide Wege sind aber auch kombinierbar. Das Kostenrisiko würde dann auf zwei Wegen verringert: Die Berechnungsgrundlage würde in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Klägers abgesenkt werden. Die endgültige Verteilung der Kosten hinge davon ab, ob der Kläger begründeten Anlass zur Erhebung der Klage hatte.

3. Vorsorgliche Massnahmen

Einer der Vorteile des Kartellzivilverfahrens ist die rasche Verfügbarkeit vorsorglicher Massnahmen (Art. 71 KG). Zwar hat auch die Weko die Möglichkeit, im Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.³⁶⁶ Stuft sie aber das öffentliche Interesse der Angelegenheit als gering ein, hilft diese Möglichkeit nicht weiter oder führt zumindest zu grossen zeitlichen Verzögerungen (s. Art. 2 Abs. 2 KG). Vorsorgliche Massnahmen im Zivilverfahren sind demgegenüber rasch erhältlich. Die Voraussetzungen hierfür sind nach den allgemeinen Regeln *fumus boni iuris* und *periculum in mora*, nämlich Hauptsacheprognose und Nachteilsprognose: Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass sein Hauptbegehren wahrscheinlich begründet ist, und dass ihm aus der Verletzung Nachteile drohen, die nicht leicht wiedergutzumachen sind.³⁶⁷

Offensichtlich ist unter dem KG 1995 die Zahl der vorsorglichen Massnahmen im Zivilprozess angestiegen. Hier sind bisher die grössten Erfolge im Bereich des Kartellprivatrechts zu verzeichnen.³⁶⁸ Um so wichtiger ist es, unangemessene Hindernisse in

³⁶⁵ S. den konkreten Änderungsvorschlag von *Zäch/Heizmann* (oben Fn. 347), 1067: "Hatte der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und den Beklagten."

³⁶⁶ Auch wenn im Gesetz eine ausdrückliche Regelung fehlt, s. BGE 130 II 149 (154 f.) m.w.N.

³⁶⁷ *Lang* (oben Fn. 180), S. 181 ff.

³⁶⁸ S. *Lang* (oben Fn. 180), S. 48 f.

diesem Bereich zu beseitigen. So wird die Forderung erhoben, in den Fällen des Art. 13 KG (Anordnung der Ungültigkeit von Verträgen, Kontrahierungszwang) auf die Sicherheitsleistung zu verzichten, da im Regelfall kein Schaden entstehe.³⁶⁹ Da nach Art. 17 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 28d Abs. 3 ZGB die Auferlegung einer Sicherheitsleistung davon abhängt, dass die vorsorgliche Massnahme dem Gesuchsgegner schaden kann, und dieser hierzu nach den allgemeinen Regeln substantiierte Angaben zu machen hat, erscheint die Verabschiedung einer Spezialregel aber nicht unabdingbar. Das Gericht sollte strenge Anforderungen an die Schadensprognose stellen. Besteht die vorsorgliche Massnahme in der Anordnung der Belieferung zu marktüblichen Konditionen, ist kein Schaden ersichtlich.

4. Erfolgshonorare

Die *contingency fees* sind – gemeinsam mit den *class actions*, den *treble damages* und der *pretrial discovery* – eines der Elemente im US-amerikanischen Antitrustdispositiv, welches für den grossen Erfolg der Privatklagen verantwortlich ist. Reformüberlegungen kommen also nicht an der Frage vorbei, ob den Anwälten und Klienten bei ihren Honorarvereinbarungen ein grösserer Spielraum eröffnet werden sollte. Der Vorteil des Erfolgshonorars besteht für den Kläger in der Verringerung des Kostenrisikos: Verliert der Kläger den Prozess, schuldet er seinen Anwälten – je nach Anteil der erfolgsbezogenen Komponente – eine geringere oder gar keine Vergütung, während im Erfolgsfall der Anwalt als Belohnung eine Erfolgsprämie (*pactum de palmario*) oder eine Beteiligung an der eingeklagten Summa (*pactum de quota litis*) erhält. Andererseits erhöhen sich die Anreize für den Anwalt, erfolgversprechende Klagen auf den Weg zu bringen.

Nach geltendem Recht, nämlich Art. 12 lit. e des eidgenössischen Anwaltsgesetzes,³⁷⁰ dürfen Anwälte "vor Beendigung eines Rechtsstreits mit dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten". Verboten ist hiernach nur die Beteiligung am Prozessgewinn (bzw. der Verzicht auf das Honorar bei ungünstigem Ausgang), nicht die Vereinbarung einer Erfolgsprämie.³⁷¹ Auch ist die Beteiligung am Prozessgewinn nur dann verboten, wenn sie als Ersatz für das Honorar dient. Untersagt ist danach nur das reine, ausschliesslich vom Erfolg abhängige Honorar. Zulässig ist hingegen die Vereinbarung eines Honorars, das neben der

³⁶⁹ Zäch/Heizmann (oben Fn. 347), 1068; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 850.

³⁷⁰ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte v. 23.6.2000 (BGFA).

³⁷¹ So ausdrücklich Art. 19 Abs. 3 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands.

Erfolgskomponente auch erfolgsunabhängige Bemessungskriterien aufweist. Der erfolgsunabhängige Anteil muss die Kosten decken und einen angemessenen Gewinn ermöglichen.³⁷²

Es erscheint nicht indiziert, im Kartellzivilrecht von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Das Verbot reiner Erfolgshonorare soll die Unabhängigkeit der Anwaltschaft stärken und die Klientschaft vor Übervorteilung schützen.³⁷³ Spielraum für erfolgsbezogene Honorarkomponenten bleibt dennoch erhalten. Auf der Vergütungsseite bestehen also ausreichende Anreize zur Erhebung privater Kartellklagen.

5. Schiedsverfahren

Aus dem Handels- und Wirtschaftsrecht ist die Schiedsgerichtsbarkeit nicht wegzudenken. Auch kartellzivilrechtliche Ansprüche sind nach heute ganz h.M. schiedsfähig, da es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt.³⁷⁴ Im Hinblick auf das Kartellrecht ist z.B. denkbar, dass kartellrechtliche Schadenersatzansprüche vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden, dass vertraglichen Ansprüchen die kartellrechtliche Nichtigkeit des Vertrags entgegengesetzt wird, oder auch, dass Ansprüche aus einem Kartellvertrag durchgesetzt werden sollen. Der letzte Aspekt hat lange Zeit dafür gesorgt, dass die Schiedsgerichtsbarkeit aus kartellrechtlicher Perspektive als Gefahrenquelle wahrgenommen wurde: Bei entsprechender Wahl der Schiedsrichter und angesichts der Diskretion des schiedsgerichtlichen Wegs kann man es erreichen, dass der Rechtsstreit ohne Berücksichtigung des Kartellrechts entschieden wird. So sind die Schiedsgerichte nach herrschender (allerdings nicht unbestrittener) Meinung nicht verpflichtet, ein Gutachten bei der Weko nach Art. 15 KG einzuholen.³⁷⁵

Das Bundesgericht hat für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit folgende Vorgaben gemacht: Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz sind dazu berufen, ausländisches Kartellrecht anzuwenden, soweit Auswirkungen auf dem Territorium der fremden Rechtsordnung zu verzeichnen sind. Verneinen sie ihre Zuständigkeit hierzu, liegt ein Verstoß gegen Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG vor, der zur Anfechtung des Schiedsentscheids

³⁷² Bundesgericht, 24.7.2006, 2A.98/2006, unter 2.2.

³⁷³ Ebenda.

³⁷⁴ Baker&McKenzie/Hahn, Art. 12 KG Rn. 62.

³⁷⁵ Baker&McKenzie/Zenhäusern, Art. 14 KG Rn. 20 m.w.N.; a.A. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 947 ff.

berechtigt.³⁷⁶ Dagegen gehört nach Auffassung des Bundesgerichts ausländisches Kartellrecht – in diesem Fall das EG-Wettbewerbsrecht (und das italienische Kartellrecht) – nicht zum *ordre public* i.S. von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG. Ein Schiedsentscheid könne also nicht mit dem Argument angegriffen werden, dass ein ausländisches Kartellgesetz nicht oder nicht richtig angewendet wurde.³⁷⁷ Die wettbewerbspolitischen Vorstellungen in der Welt seien zu unterschiedlich, auch planwirtschaftliche Modelle existierten noch. Fragen des Wettbewerbsrechts gehörten nicht zur universellen Moral.³⁷⁸ Es handele sich um eine technische Materie, bei der das angestrebte Ziel auf verschiedenen Wegen erreicht werden könne.³⁷⁹

Das Bundesgericht überträgt diesen Gedanken auch auf das nationale Kartellrecht: Auch die Nichtanwendung des KG durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz stelle keinen Verstoss gegen den *ordre public* dar.³⁸⁰ Eine Anfechtung nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ist also nach Auffassung des Bundesgerichts ausgeschlossen.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, welchen Einfluss diese Rechtsprechung auf die Wirksamkeit zivilrechtlicher Kartellverfahren in der Schweiz hat. Offensichtlich öffnen sich durch diese Rechtsprechung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit kartellrechtsfreie Räume. Zwar kann gem. Art. 192 IPRG die Anfechtung von Schiedsentscheiden ganz allgemein ausgeschlossen werden, wenn keine Partei ihren Sitz in der Schweiz hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führt aber dazu, dass selbst bei Bestehen einer Anfechtungsmöglichkeit das Rechtsmittel nur auf Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG gestützt werden kann. In faktischer Hinsicht ist zwar schwer vorstellbar, dass Schiedsrichter die kartellrechtlichen Aspekte missachten und damit die Anerkennung und Vollstreckung ihres Schiedsspruchs in der EU oder in denjenigen Ländern gefährden, in denen der *ordre*

³⁷⁶ BGE 118 II 193. S. zu diesem Entscheid *Schnyder*, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, *RabelsZ* 59 (1995) 293.

³⁷⁷ BGE 132 III 389.

³⁷⁸ Ebenda (S. 396): "A dire vrai, il faut bien constater qu'en dépit des efforts accomplis pour faire ressortir une convergence des solutions dans le domaine du droit de la concurrence, cette matière se prête mal à une analyse en termes de morale universelle."

³⁷⁹ "Il s'agit, en effet, d'une matière technique dans laquelle le résultat recherché peut être atteint ou favorisé de diverses manières" (ebenda).

³⁸⁰ BGE 132 III 389 (398): "Les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique." Unter 3.2 am Anfang führt das Bundesgericht ausdrücklich aus, dass sich die Überlegungen sowohl auf das ausländische (nämlich das europäische) als auch auf das nationale Kartellrecht beziehen.

public-Status des Kartellrechts anerkannt ist.³⁸¹ Die Möglichkeit hierzu besteht aber. Ausserdem ist an Schiedssprüche zu denken, die in Ländern vollstreckt werden sollen, die aus der Missachtung des Kartellrechts kein Vollstreckungshindernis ableiten. Der Stärkung des Kartellzivilrechts wäre es dienlich, sich der (weiter oben skizzierten) Rechtsprechung des EuGH und des U.S. Supreme Court anzunähern und die Zugehörigkeit der zentralen kartellrechtlichen Normen zum *ordre public* anzuerkennen.³⁸²

³⁸¹ Zur Rechtsprechung des EuGH s.o. Fn. 69.

³⁸² Für eine Annäherung an die *Eco Swiss*-Entscheidung des EuGH auch *Dutoit* (oben Fn. 203), Art. 190 Rn. 5, S. 669.

IV. Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

Im Ausgangspunkt sind Verwaltungsverfahren und Zivilprozess unabhängig voneinander, können also auch parallel zueinander laufen oder aufeinander folgen. Entgegen den ursprünglichen Gesetzgebungsplänen zum KG 1995 wurde der Wettbewerbskommission nicht die alleinige Zuständigkeit eingeräumt, über die kartellrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen zu entscheiden. Das Zivilgericht ist nach Art. 15 KG lediglich dazu verpflichtet, die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen. Das Gutachten der Weko bindet das Zivilgericht aber nicht. Laufen Verwaltungsverfahren und Zivilprozess parallel zueinander, wird der Zivilrichter gut daran tun, das Klageverfahren bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu sistieren.³⁸³

Im vorliegenden Abschnitt sind die Fragen zu behandeln, die sich aus der Koexistenz von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess ergeben.³⁸⁴ Die Gutachten der Weko sind nicht verbindlich, aber wie verhält es sich mit bestandskräftigen Verfügungen? Welchen Spielraum hat die Wettbewerbskommission, Betroffene auf den Zivilrechtsweg zu verweisen? Sollte der Weko eine aktivere Rolle im Zivilprozess zugewiesen werden? Wie sind die Spannungen zwischen verwaltungsrechtlicher Bonusregelung und zivilrechtlichen Schadenersatzklagen aufzulösen? Allgemein steht also die Frage im Mittelpunkt, wie das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess verbessert werden kann.³⁸⁵

1. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

a) Ausgangspunkt

Die Vorschläge für eine Stärkung des Kartellprivatrechts zielen zwar auf die Emanzipation der zivilrechtlichen Kartellklagen ab: Es soll für die Verletzten in Zukunft leichter werden, unabhängig von behördlichem Einschreiten die eigenen Rechte geltend zu machen (*standalone*-Klagen). Die Folgeklagen werden aber ihre Bedeutung behalten: Es liegt umso

³⁸³ *Hangartner* (unten Fn. 385), 50; *Spitz* (oben Fn. 199), 126; *Stoffel* (oben Fn. 203), 105.

³⁸⁴ S. hierzu auch *Wettbewerbskommission*, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, RPW 1997, 593.

³⁸⁵ S. allgemein hierzu *Hangartner*, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, 43; *Heinemann*, Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, FS Bieber, 2007, S. 681; *Schaub*, Weko oder Zivilrichter?, in: Jusletter 10. September 2007.

näher, den Zivilrechtsweg zu beschreiten, wenn im behördlichen Verfahren der Kartellrechtsverstoss bereits rechtskräftig festgestellt wurde (*follow on*-Klagen).³⁸⁶

Wie gezeigt wurde, sind die Gerichte der EG-Mitgliedstaaten gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 an bereits ergangene Entscheidungen der Europäischen Kommission gebunden.³⁸⁷

Weiter geht § 3 Abs. 4 des deutschen GWB: Das Zivilgericht ist nicht nur an die (bestandskräftige) Feststellung eines Kartellrechtsverstosses durch die deutschen Kartellbehörden oder durch die Europäische Kommission gebunden, sondern auch an die Entscheidungen von Kartellbehörden und –gerichten anderer EG-Mitgliedstaaten. Beim Thema der Bindungswirkung lässt sich ein Trend erkennen: So empfiehlt die Europäische Kommission im Weissbuch, entsprechende Regeln in allen EG-Mitgliedstaaten einzuführen.³⁸⁸

Im schweizerischen Recht existiert in Abwesenheit einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung (und mit Argument aus Art. 3 OR³⁸⁹) keine formelle Bindungswirkung verwaltungsbehördlicher Verfügungen für den Zivilprozess.³⁹⁰ Es wird aber allgemein angenommen, dass von den behördlichen Entscheidungen ein starker faktischer Einfluss ausgeht.³⁹¹

b) Änderungsvorschlag

Die aktuelle Rechtslage ist unbefriedigend. Wenn die Wettbewerbskommission rechtskräftig einen Kartellrechtsverstoss festgestellt hat, sollte der Verletzte sich auf die getroffenen Feststellungen im Zivilprozess verlassen können. Zwei Modelle stehen zur Verfügung: In Anlehnung an das US-amerikanische Recht³⁹² könnte man den kartellbehördlichen Verfügungen den Status einer widerlegbaren Vermutung zuerkennen. In der EU und einigen Mitgliedstaaten (z.B. Deutschland und Grossbritannien) nimmt man dagegen formelle Bindungswirkung (ohne Widerlegungsmöglichkeit) an.

³⁸⁶ Anders *Schaub* (oben Fn. 385), Rz. 36: Die Zahl der Zivilklagen werde nicht substantiell zunehmen, wenn für Fälle überwiegend privaten Interesses der Weg über die Weko weiterhin offen stehe.

³⁸⁷ Ausserdem müssen sie Rücksicht auf bevorstehende Kommissionsentscheidungen nehmen, Art. 16 Abs. 1 S. 2 und 3 VO 1/2003.

³⁸⁸ *Europäische Kommission*, Weissbuch (oben Fn. 19), S. 6 f.

³⁸⁹ Wenn der Zivilrichter nicht einmal an die Feststellungen eines Strafgerichts gebunden ist, kann eine solche Wirkung erst recht nicht für behördliche Verfügungen angenommen werden, vgl. *Spitz*, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, 553 (566).

³⁹⁰ *Lang* (oben Fn. 151), S. 207 ff.

³⁹¹ Für eine weitergehende Bindungswirkung bereits nach geltendem Recht *Bürgi* (oben Fn. 151), S. 241 ff.; *Baker&McKenzie/Hahn*, Art. 12 KG Rn. 7; *ibid.* *Schleiffner* Art. 15 KG Rn. 22; *Hangartner* (oben Fn. 385), 49; *Zäch*, *Schweizerisches Kartellrecht*, Rn. 908.

³⁹² S.o. bei Fn. 47.

Beide Wege sind gangbar. Nach der hier vertretenen Meinung erscheint eine formelle Bindung vorzugswürdig: Die kartellbehördliche Verfügung hat hohe Autorität, da sie in einem Verfahren zustande gekommen ist, das dem Untersuchungsgrundsatz folgt. Behördenentscheidungen unterliegen gerichtlicher Überprüfung, so dass der Grundsatz der Gewaltenteilung respektiert ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Bindungswirkung sachlich auf die festgestellten Tatbestände beschränkt ist, also in erster Linie auf das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Die Bindungswirkung sollte allerdings nicht prinzipiell hierauf beschränkt werden. Hat die Kartellbehörde Feststellungen zu anderen anspruchrelevanten Tatsachen gemacht, sollte sich die Bindungswirkung auch hierauf erstrecken. So wird die Kartellbehörde bei Verhängung einer direkten Sanktion nach Art. 49a KG in der Regel Feststellungen zum Verschulden treffen. Zwar geht die Botschaft zur KG-Revision von 2003 davon aus, dass die Verwaltungssanktionen kein Verschulden voraussetzen.³⁹³ Die Praxis wird aber von der wohl überwiegenden Auffassung beeinflusst, nach der direkte Sanktionen nur bei Verschulden des betroffenen Unternehmens bzw. seiner Mitarbeiter möglich sind.³⁹⁴

Was die Höhe des Schadens bzw. des erzielten Gewinns betrifft, wird die kartellbehördliche Verfügung nur ausnahmsweise präzise Angaben enthalten. Zwar bemisst sich der Betrag einer direkten Sanktion gem. Art. 49a Abs. 1 S. 3 KG nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Auch ist nach Art. 49a Abs. 1 S. 4 KG der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen aufgrund des Verstosses erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. In der Regel werden hierzu aber nur pauschale Angaben gemacht. Diese mögen im zivilrechtlichen Verfahren in die Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR einfließen, eignen sich aber nicht für eine formelle Bindungswirkung.

c) Preisüberwacher

Einen kartellrechtlichen Bezug hat auch das Preisüberwachungsgesetz. Gem. Art. 12 Abs. 1 PüG kann ein Preismissbrauch im Sinne des Gesetzes nur vorliegen, wenn die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Die wettbewerbspolitische Grundausrichtung des Gesetzes ermöglicht es, einen Preismissbrauch i.S. des PüG einer Verletzung des KG gleichzustellen. Rechtskräftige Verfügungen des Preisüberwachers sollten deshalb in die Bindungswirkung behördlicher Verfügungen einbezogen werden.³⁹⁵

³⁹³ Botschaft zur KG-Revision von 2003, BBl 2002, 2034.

³⁹⁴ S. Baker&McKenzie/Reinert, Art. 49a KG Rn. 5.

³⁹⁵ So der Vorschlag von Spitz (oben Fn. 221), Rz. 136 f.

d) Praktische Grenzen der Bindungswirkung

Die Anordnung formeller Bindungswirkung kartellrechtlicher Behördenentscheidungen für den Zivilprozess ist ein juristisches Desiderat. Der Beitrag zur Stärkung der praktischen Bedeutung privater Klagen erscheint allerdings begrenzt: Auch nach geltendem Recht erscheint es kaum wahrscheinlich, dass der Zivilrichter von der kartellbehördlichen Einschätzung abweichen wird. Ausserdem sind die veröffentlichten Behördenentscheidungen häufig nicht hilfreich für die Fundierung von Schadenersatz- oder Gewinnherausgabeklagen: Im Interesse des Geheimnisschutzes (Art. 25 Abs. 4 KG) wird oft auf konkrete Angaben über Umsätze, Gewinn etc. verzichtet, bzw. werden die einschlägigen Angaben geschwärzt.³⁹⁶ Es erscheint wichtig, über den Umfang des Geheimnisschutzes grössere Klarheit zu gewinnen. Für die hierbei anzustellenden Abwägungsvorgänge dürfen die Interessen des Delinquenten nicht übergewichtet werden.

e) Ausblick

Die kartellrechtlichen Behördenentscheidungen sollten die Zivilgerichte binden. Dieser Satz ist nicht umkehrbar: Die Wettbewerbskommission ist nicht an zivilgerichtliche Entscheidungen gebunden und sollte es auch nicht sein. Im Zivilprozess gilt der Verhandlungsgrundsatz. Selbst wenn – wie hier gefordert – beweisrechtliche Offenlegungspflichten eingeführt werden, bietet der Zivilprozess nicht dieselbe Gewähr für eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts wie eine kartellbehördliche Untersuchung. Auch nach einer Entscheidung des Zivilgerichts sollte die Wettbewerbskommission bei der Bewertung des zugrundeliegenden Sachverhalts also frei sein.³⁹⁷

Skeptisch einzuschätzen ist der bisweilen diskutierte Vorschlag eines verwaltungsrechtlichen Adhäsionsverfahrens.³⁹⁸ Schadenersatzansprüche könnten dann im Verwaltungsverfahren geltend gemacht werden. Angesichts der begrenzten verwaltungsbehördlichen Kapazitäten und der spezifischen Fragestellungen eines Schadenersatzanspruchs erscheinen die Zivilgerichte hierfür aber besser geeignet.³⁹⁹

³⁹⁶ S. hierzu das Merkblatt über Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerbskommission v. 30.4.2008, www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Merkblatt-geschaefsgheimnisse.pdf?lang=de.

³⁹⁷ So auch *Hangartner* (oben Fn. 385), 50; a.A. *Commentaire Romand/Reymond*, Remarques liminaires aux art. 12-17 LCart Rn. 39 f.: Bindungswirkung *inter partes*, ausser die Behörde fördert dank des Untersuchungsgrundsatzes neue Tatsachen zu Tage.

³⁹⁸ S. z.B. *Bürgi* (oben Fn. 151), S. 245 f.

³⁹⁹ So auch *Spitz* (oben Fn. 199), 124.

2. Verweis auf den Zivilrechtsweg als Grund für die Nichteinleitung eines Verwaltungsverfahrens?

a) Opportunitätsprinzip

Kartellbehördliche Verfahren unterliegen dem Opportunitätsprinzip. Angesichts der begrenzten Kapazitäten und der Notwendigkeit wettbewerbspolitischer Schwerpunktsetzung sind die Kartellbehörden nach herrschender Meinung nicht dazu verpflichtet, auf Antrag Betroffener ein Verwaltungsverfahren durchzuführen.⁴⁰⁰ Sie müssen aber ihr Ermessen in der Frage der Verfahrenseinleitung korrekt ausüben. Im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage von Interesse, welchen Einfluss die Möglichkeit zivilrechtlicher Klagen auf die Ausübung des Behördenermessens hat.

b) Verweis auf den Zivilrechtsweg

Im KG 1985 gab es eine ausdrückliche Regelung zu diesem Thema: Nach Art. 28 Abs. 3 KG 1985 war das Kriterium des "Gesamtinteresses" ausschlaggebend. Lag dieses vor, hatte das Sekretariat die Angelegenheit der Kommission vorzulegen, die dann darüber entschied, ob eine Untersuchung einzuleiten sei. Fehlte es am Gesamtinteresse, hatte das Sekretariat den Meldenden an den Zivilrichter zu verweisen.

Die Praxis zum KG 1995 verfährt ähnlich: Die Wettbewerbskommission legt ihrer Beurteilung die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Interesse zugrunde. Werden private Interessen verfolgt, verweist die Weko die Betroffenen auf den Zivilrechtsweg. Behördliches Tätigwerden setzt voraus, dass das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb dies erfordert.⁴⁰¹ Dieser Ausgangspunkt wurde vom Bundesgericht in der Rechtssache *Sellita Watch/ETA* gebilligt.⁴⁰²

c) Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Interesse

Die Literatur schliesst sich dem teilweise an.⁴⁰³ Es wird aber auch Kritik geübt.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ *Martenet*, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, AJP/PJA 2008, 963 (975 ff.).

⁴⁰¹ S. *Wettbewerbskommission*, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission (oben Fn. 384, 596): Das Sekretariat wird regelmässig auf die Eröffnung einer Vorabklärung verzichten, "wenn es der Ansicht ist, dass der Fall ein zivilrechtliches Problem (Wahrung individueller Rechte) und nicht ein solches verwaltungsrechtlicher Natur (generelle, den Wettbewerb betreffende Probleme) aufwirft."

⁴⁰² BGE 130 II 149 (156 f., 160 f.); das Urteil betrifft einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Die hier relevanten Aussagen wurden bestätigt in BGE 130 II 521 (529 f.); 131 II 497 (514).

⁴⁰³ S. z.B. *Commentaire Romand/Carron*, Art. 39 LCart Rn. 78; *Jacobs/Bürgi* (oben Fn. 155), 151.

⁴⁰⁴ *Hangartner* (oben Fn. 385), 44 f.; *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 851.

In der Tat erscheint die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Interesse als Leerformel, der jegliche Trennschärfe abgeht. Das Kartellgesetz schützt sowohl den Wettbewerb als Institution als auch die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer.⁴⁰⁵ Wird die Kartellbehörde tätig, fördert sie nicht nur das wettbewerbliche Ordnungssystem, sondern verteidigt auch individuelle Interessen. Umgekehrt dient die privatrechtliche Klage eines Einzelnen nicht ausschliesslich seinem eigenen Schutz, sondern stärkt gleichzeitig den Wettbewerb als öffentliches Gut.⁴⁰⁶ Jede unzulässige Wettbewerbsbeschränkung verletzt gleichzeitig die Interessen einzelner Wirtschaftsteilnehmer und das öffentliche Interesse an einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung i.S. von Art. 1 KG.⁴⁰⁷

Die Verneinung des öffentlichen Interesses und die Verweisung auf den Zivilrechtsweg führt ausserdem zu folgendem Widerspruch: Es erscheint nicht angemessen, einen Antragsteller auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, wenn allgemein bekannt ist, dass dieser Weg nach geltendem Recht zahlreiche, in dieser Studie thematisierte Defizite hat und offensichtlich nach den bisher gemachten Erfahrungen nicht zufriedenstellend funktioniert.⁴⁰⁸ In den meisten Fällen bedeutet die "Verweisung auf den Zivilrechtsweg", dass kein Verfahren zustande kommen wird.

d) Begründungspflicht

Es sollte deshalb wie folgt verfahren werden: Die Einleitung eines Verfahrens sollte nicht begründungsbedürftig sein. Wird hingegen das Begehren eines Betroffenen auf Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt, muss eine hinreichende Begründung gegeben werden. Der abstrakte Hinweis auf mangelndes öffentliches Interesse erscheint nicht ausreichend. Konkrete Argumente sind zu verwenden, welche eine nachvollziehbare Begründung für den Verzicht auf behördliches Einschreiten liefern. Das öffentliche Interesse sollte beispielsweise immer dann bejaht werden, wenn die zugrunde liegende Rechtsfrage noch nicht behandelt wurde. Es besteht ein allgemeines Interesse an der Fortbildung des Kartellrechts, welche

⁴⁰⁵ S.o. bei Fn. 155.

⁴⁰⁶ S. *Hangartner* (oben Fn. 385), 44: "Die beiden Gesichtspunkte – privates bzw. öffentliches Interesse – verhalten sich nämlich zueinander wie die zwei Seiten ein und derselben Medaille."

⁴⁰⁷ Differenzierend *Schaub* (oben Fn. 385), Rz. 27 ff., der zwar auch von der doppelten Schutzrichtung des KG ausgeht, die Trennbarkeit von privaten und öffentlichen Interessen aber nicht prinzipiell ausschliesst.

⁴⁰⁸ So bereits *Kunz* (oben Fn. 364), NZZ v. 22.11.1994, S. 27: Der Verweis auf den Zivilrechtsweg "erscheint indes absolut inakzeptabel, wenn sich das zivilrechtliche Abwehrinstrumentarium als praktisch nutzlos erweist und der Weg des Zivilverfahrens in eine eigentliche Sackgasse mündet." Anders *Jacobs* (oben Fn. 3), 225 f.; *Schaub* (oben Fn. 385), Rz.36: Der Hauptgrund für die Schwäche des Kartellzivilrechts seien nicht die materiellrechtlichen und prozessualen Fallstricke, sondern die Attraktivität des kartellbehördlichen Wegs.

gerade auch durch Leitentscheidungen der Kartellbehörde erfolgt.⁴⁰⁹ Daneben ist es schwer vorstellbar, das öffentliche Interesse zu verneinen, wenn die Sache grosses wirtschaftliches Gewicht hat.⁴¹⁰

Im Kontext dieser Studie sind nicht die weiteren Details zur Einleitung eines behördlichen Verfahrens von Interesse.⁴¹¹ Es stehen vielmehr die Auswirkungen auf den zivilrechtlichen Weg im Mittelpunkt. Hier besteht folgender Zusammenhang: Eine intensive Verwaltungspraxis schafft erst die tragfähige Grundlage für erfolgreiche Zivilklagen, nicht nur wegen der Möglichkeit von *follow on*-Klagen, sondern allgemein wegen der Fortbildung des Kartellrechts und des Beitrags zur Weiterentwicklung der Wettbewerbskultur. Kartellbehördliche Verfahren und die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts korrelieren also positiv und sollten nicht gegeneinander ausgespielt werden. Die Stärkung der kartellzivilrechtlichen Klagen führt also nicht zu einem Bedeutungsverlust der Kartellbehörden.⁴¹² Es ist höchstens vorstellbar, dass der zivilrechtliche Weg eines Tages zu einer echten Entlastung der Kartellbehörden führt. Dies setzt allerdings substantielle Verbesserungen voraus.

3. Gutachten der Wettbewerbskommission nach Art. 15 KG

a) Ausgangspunkt

Gem. Art. 15 KG haben die Zivilgerichte einen Fall der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Eine gewisse Koordination soll hierdurch erreicht werden. Zwar bindet das Gutachten der Weko das Zivilgericht nicht; zumindest kann die Kartellbehörde auf diesem Weg aber ihre Sichtweise einbringen und *persuasive authority* ausüben.

⁴⁰⁹ *Hangartner* (oben Fn. 385), 45 f.; *Zäch/Heizmann* (oben Fn. 347), 1068.

⁴¹⁰ Eine systematische Aufschlüsselung positiver und negativer Kriterien für eine Behördenintervention findet sich bei *Martenet* (oben Fn. 400), 969 ff. Positive Kriterien sind hiernach die wirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung, ihre Schwere, das Vorliegen einer Grundsatzfrage und das Bedürfnis nach einer Leitentscheidung; negative Kriterien sind der ausschliesslich private Charakter der Beschränkung, die realistische und effektive Möglichkeit, den Zivilrechtsweg einzuschlagen, die Geringfügigkeit, nur eingeschränkt aber der Mangel an behördlichen Ressourcen.

⁴¹¹ Zur (umstrittenen) Frage der separaten Anfechtbarkeit verfahrensleitender Verfügungen s. z.B. *Baker&McKenzie/Frick*, Art. 27 KG Rn. 2 ff.

⁴¹² Anders *Schaub* (oben Fn. 385), Rz. 35 f., der die Auffassung vertritt, "dass die Zahl der Zivilklagen wahrscheinlich nicht substantiell zunehmen würde, wenn der Weg über die Weko weiterhin offen stünde."

Die Grundlagen der Begutachtung wurden in zwei Verwaltungsmitteilungen niedergelegt.⁴¹³ Die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung steht nur dann "in Frage", wenn der Richter mangels ausreichender Praxis oder in Abwesenheit einer herrschenden Lehre Beurteilungszweifel hat, die Lösung also nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. Ausserdem muss die Frage entscheidungsrelevant sein.⁴¹⁴ Die Zivilgerichte haben zunächst den Sachverhalt festzustellen, wozu gegebenenfalls die Durchführung eines Beweisverfahrens gehört. Dem bereinigten Sachverhalt sind konkrete Fragen hinzuzufügen. Die Weko erstellt anschliessend ein *Rechtsgutachten*. Sie nimmt keine eigenen Sachverhaltsermittlungen vor, sondern erstellt "bei allfälligen Sachverhaltslücken das Gutachten ohne weitere Nachforschungen beim auftraggebenden Zivilrichter".⁴¹⁵ Gegebenenfalls werden entsprechende Vorbehalte hinzugefügt. Legt der Zivilrichter pflichtwidrig die Sache der Wettbewerbskommission nicht vor, so können die Parteien dies im Zivilprozess als Verfahrensfehler geltend machen.⁴¹⁶

b) Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung der Gutachten ist gering. Laut Angaben in den Weko-Jahresberichten werden nur ganz vereinzelt solche Gutachten angefordert und erstellt (2004: 3; 2005: 2, 2006: 1, 2007: 1). Dies ist nicht erstaunlich, da die Anzahl der Gutachten von der Anzahl der kartellrechtlichen Zivilstreitigkeiten insgesamt abhängt. Zu einer Zunahme der Gutachten würde es also dann kommen, wenn es insgesamt zu einem Anstieg der kartellrechtlichen Zivilprozesse käme.

c) Die Wettbewerbskommission als *amica curiae*

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. 5 KG, für das keine weiteren

⁴¹³ *Wettbewerbskommission*, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, RPW 1997/4, 593; *Wettbewerbskommission*, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG, RPW 1998/4, 621.

⁴¹⁴ Vgl. BGer, 12.6.2008, 4A_16/2008, unter 3.3: Da im konkreten Fall der geltend gemachte Anspruch entweder vertraglich oder (im Fall der kartellrechtlichen Nichtigkeit der Vereinbarung) bereicherungsrechtlich begründet war, kam es auf die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit nicht an, so dass die Einholung eines Berichts bei der Wettbewerbskommission unterbleiben konnte.

⁴¹⁵ *Wettbewerbskommission*, Grundsätze (oben Fn. 413), 622.

⁴¹⁶ *Wettbewerbskommission*, Beziehungen (oben Fn. 413), 595. Zu weiteren Einzelheiten s. *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 895 ff.

Sachverhaltsaufklärungen getroffen werden. Deutlich aktiver ist beispielsweise die Rolle des französischen Conseil de la concurrence und des deutschen Bundeskartellamts ausgestaltet.

Es erscheint wünschenswert, der Wettbewerbskommission vergleichbare Befugnisse einzuräumen. Oben wurde die Option verworfen, der Wettbewerbskommission Ermittlungspflichten im Zivilprozess aufzuerlegen.⁴¹⁷ Eine Aufwertung der *amicus curiae*-Funktion wäre aber mit dem bestehenden System vereinbar. 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.

d) Einbeziehung des Bundesgerichts

Zu diesem Zweck erscheint es auch erforderlich, eine weitere Änderung vorzunehmen. Art. 15 KG wird von der ganz herrschenden Meinung – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift – dahingehend reduziert, dass das Bundesgericht von der Pflicht befreit sein soll, ein Gutachten bei der Wettbewerbskommission einzuholen.⁴¹⁸ Das Bundesgericht entscheide letztinstanzlich und bedürfe (deshalb) keiner Rechtsgutachten der Weko zu diesen Fragen. In der Regel liege bereits das Gutachten der Weko zum erstinstanzlichen Verfahren vor. Es sei paradox, das Bundesgericht zur Einholung eines Gutachtens bei einer Verwaltungsbehörde zu verpflichten, deren Entscheidungen es letztinstanzlich kontrolliere.⁴¹⁹

Die h.M. kann in diesem Punkt nicht überzeugen. Der rechtsvergleichende Überblick hat gezeigt, dass das Auftreten der Kartellbehörde in den höheren Instanzen von besonderer Bedeutung ist. Die Eingaben beispielsweise des OFT im *Courage/Crehan*-Fall vor dem House of Lords oder des Bundeskartellamts im Vitaminverfahren vor dem Bundesgerichtshof sind als wichtige Beiträge zur Rechtsfortbildung anzusehen. Das Ziel einer besseren Abstimmung zwischen Zivilprozess und Behördenpraxis kann nur erreicht werden, wenn die Wettbewerbskommission gerade auch vor dem wichtigsten Gericht ihre Position einbringen

⁴¹⁷ S.o. III 1 c).

⁴¹⁸ S. z.B. *Walter* (oben Fn. 202), Art. 15 Rn. 49. Unberührt bleibe das Recht des Bundesgerichts, bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten nach Art. 47 KG einzuholen, s. *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 15 LCart Rn. 34.

⁴¹⁹ *Commentaire Romand/Reymond*, Art. 15 LCart Rn. 33.

kann. Die Tatsache, dass das Bundesgericht in letzter Instanz auch über die Rechtmässigkeit der Verfügungen der Wettbewerbskommission entscheidet, steht nicht entgegen, da die Erstellung eines Gutachtens im Zivilprozess an dieser Hierarchie nichts ändert.⁴²⁰ Die Wettbewerbskommission verbürgt die Kohärenz der Wettbewerbspolitik; ihr Fachwissen ist für die rechtliche Meinungsbildung gerade auch vor dem höchsten Zivilgericht unentbehrlich. Ein in früherer Instanz erstelltes Gutachten kann die Stellungnahme vor dem Bundesgericht nicht ersetzen, da möglicherweise neue rechtliche Fragen aufgeworfen werden.

Art. 15 KG sollte deshalb – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Vorschrift – bereits nach geltendem Recht so ausgelegt werden, dass auch das Bundesgericht der Wettbewerbskommission unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen Fragen zur Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen vorlegt.

e) Umwandlung der Konsultationspflicht in ein Interventionsrecht

Da die praktischen Erfahrungen auf dem Gebiet des Kartellprivatrechts derzeit noch gering sind, erscheint es angemessen, dass die Gerichte durch Art. 15 KG zur Einholung eines Gutachtens bei der Weko verpflichtet sind. Sollte es zu einer Bedeutungszunahme der kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten kommen, könnte die allgemeine Begutachtungspflicht allerdings mit dem Bedürfnis der Kartellbehörde nach Schwerpunktsetzung kollidieren. *De lege ferenda* ist deshalb zu überlegen, ob man die Konsultationspflicht des Gerichts in ein Beteiligungsrecht der Behörde umwandeln sollte. Die Weko könnte dann die Entscheidung über die Teilnahme am Zivilprozess in den Gesamtzusammenhang ihrer Prioritäten stellen.

4. Bonusregelung

a) Ausgangspunkt

Problematisch ist das Verhältnis von Verwaltungssanktionen und privaten Schadenersatzklagen. In vielen Rechtsordnungen wurden sog. "Kronzeugen"-Regeln vorgesehen, wonach denjenigen Unternehmen Geldbussen erlassen oder zumindest ermässigt werden können, welche aus eigener Initiative die Existenz verbotener Wettbewerbsbeschränkungen offenbaren.⁴²¹ Die Rechtsgrundlage für das Schweizer Recht

⁴²⁰ In Deutschland übt das Bundeskartellamt seine *amicus curiae*-Funktion auch vor dem Bundesgerichtshof aus, obwohl dieser in letzter Instanz die Rechtmässigkeit der kartellbehördlichen Verfügungen beurteilt.

⁴²¹ Für die EU s. *Europäische Kommission*, Mitteilung über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, ABl. der EU 2006, C 298/17. S. ausserdem die Länderüberblicke oben Teil A.

findet sich in Art. 49a Abs. 2 KG.⁴²² Kartelle sollen hierdurch destabilisiert werden: Da die Vorteile aus der Bonusregelung um so höher sind, je früher man im Vergleich zu den anderen Kartellanten Beweismittel vorlegt, besteht ein Anreiz, möglichst schnell die verbotenen Praktiken der Kartellbehörde zu melden. Dieser Anreiz sinkt oder verschwindet gänzlich, wenn der Hinweisgeber Gefahr läuft, anschliessend auf der Grundlage der von ihm gelieferten oder vermittelten Informationen mit einer privaten Schadenersatzklage konfrontiert zu werden. Solche Klagen drohen ihm nicht nur im eigenen Land, sondern u.U. auch im Ausland einschliesslich der USA mit der dort vorgesehenen Möglichkeit dreifachen Schadenersatzes. Es stellt sich deshalb die Frage, wie dieser Wirkungsgegensatz ausgeräumt oder abgemildert werden kann. Denkbar sind Massnahmen auf zwei Seiten, d.h. sowohl im Schadenersatzrecht als auch im Bussgeldverfahren.

b) Privilegierung des Kronzeugen im Haftpflichtrecht?

Die Europäische Kommission hat im Grünbuch (in Anlehnung an den US-amerikanischen Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act⁴²³) den Vorschlag zur Diskussion gestellt, Schadenersatzansprüche gegen Kronzeugen zu reduzieren (z.B. zu halbieren) und/oder diese vom Risiko gesamtschuldnerischer Haftung freizustellen.⁴²⁴ Dahinter steht die Überlegung, dass der Geschädigte ohne den Kronzeugen von seinen Ansprüchen möglicherweise keine oder zumindest keine so frühe Kenntnis erlangt hätte. Eine Belohnung des Hinweisgebers sei deshalb gerechtfertigt, zumal im Kartell andere voll haftende Schädiger uneingeschränkt zur Verfügung stünden.

Der Verfasser vermag seine Skepsis nicht zu überwinden. Die Argumentation überträgt auf bedenkliche Weise typisch strafrechtliche Aspekte der Strafzumessung in das privatrechtliche Haftungssystem. Es ist mit dem Kompensationsgedanken des Schadenersatzrechts nicht vereinbar, dem Geschädigten seinen Schadenersatzanspruch teilweise zu nehmen oder einzuschränken, weil der Schädiger mit einer Behörde kooperiert hat.⁴²⁵ Ausserdem ist es

⁴²² Umgesetzt durch die Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung. S. allgemein hierzu *Zimmerli*, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der 'Bonusregelung' im Kartellrecht, 2007.

⁴²³ S.o. A II 3 a).

⁴²⁴ Grünbuch (oben Fn. 18), S. 11 Option 29 und 30, in Verbindung mit dem Annex zum Grünbuch, Tz. 235 f. Gegen eine Reduzierung von Schadenersatzansprüchen, aber für eine Eingrenzung auf unmittelbar zurechenbare Schäden *Böge* (oben Fn. 258), S. 223 f. S. demgegenüber den Vorschlag von *Kersting* (oben Fn. 92), S. 9 ff.: Kürzung des privatrechtlichen Schadenersatzanspruchs um den Prozentsatz, um den die Behörde im Rahmen der Kronzeugenregelung die Geldbusse reduziert hat.

⁴²⁵ Es sei auch auf einen Unterschied zum US-amerikanischen Recht hingewiesen: Soweit ersichtlich hängen in den europäischen Rechtsordnungen die Vorteile der Bonusregelung nicht von Anstrengungen des Täters zur Entschädigung der Opfer ab. Zur Lage in den USA s.o. A II 3 a).

zweifelhaft, ob die Gefahr zivilrechtlicher Haftung tatsächlich grossen Einfluss auf die Nutzung des Kronzeugenprogramms hat: Jeder Kartellbeteiligte muss befürchten, dass ihm ein anderer Kartellant zuvor kommt. Tat und Täter werden dann bekannt, so dass anschliessend in jedem Fall mit zivilrechtlicher Haftung gerechnet werden muss.

Spannungen zwischen Bussgeld- und Schadenersatzsanktionen sollten deshalb nicht zivilrechtlich, sondern verwaltungsrechtlich, nämlich durch eine geeignete Ausgestaltung der Kronzeugenregelung ausgeräumt werden.

c) Vertraulichkeit von Unternehmenserklärungen

Nach den von der Europäischen Kommission veröffentlichten Regeln hat der Kronzeuge die Möglichkeit, seine Erklärung mündlich bei der Kommission abzugeben. Diese protokolliert die Aussage. Einsicht wird nur den Beschuldigten im Bussgeldverfahren gewährt, die sich zur Wahrung der Vertraulichkeit verpflichten müssen.⁴²⁶ Eine Weitergabe an die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten erfolgt nur dann, wenn diese denselben Schutz vor Offenlegung garantieren.⁴²⁷

Die Wettbewerbskommission praktiziert ein ähnliches Verfahren: Sie garantiert den meldenden Unternehmen absolute Vertraulichkeit. Die Bonusmeldung wird nur im Verfahren vor der Weko verwendet und ist für andere Unternehmen und Verfahren nicht zugänglich.⁴²⁸

In Ausnahmefällen kann die Selbstanzeige mündlich zu Protokoll gegeben werden. Der Kronzeuge kann dann nicht in anderen Verfahren (insbesondere in Zivilprozessen im Ausland) zur Herausgabe eingereichter Dokumente verpflichtet werden.⁴²⁹

Die bestehenden Möglichkeiten erscheinen zufriedenstellend. Wird die Vertraulichkeit von Unternehmenserklärungen geschützt, stehen die internen Informationen nicht für einen Zivilprozess zur Verfügung. Allerdings ändert diese Vorgehensweise nichts daran, dass am Ende des Verfahrens eine kartellbehördliche Verfügung steht, welche in den privaten Schadenersatzprozess gegen den Kronzeugen eingebracht werden kann. Das Problem widerstreitender Interessen zwischen Benutzung der Bonusregelung und privatrechtlicher Haftungsgefahr lässt sich also nur abmildern, nicht aber vollständig beseitigen. Dies hat letztlich mit der rechtsstaatlichen Problematik von Kronzeugenregelungen im Allgemeinen zu

⁴²⁶ Unter Anwendung der Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Kartellfällen, ABl. der EU 2005 C 325/7 v. 22.12.2005.

⁴²⁷ *Europäische Kommission* (oben Fn. 421), Rn. 31 ff.

⁴²⁸ *Wettbewerbskommission*, Die Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, S. 2 f. (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/news/00015/Bonusregelung.pdf?lang=de).

⁴²⁹ Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 2 der Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abrufbar unter: www.weko.admin.ch/publikationen/00213/33.pdf?lang=de.

tun: Aus utilitaristischer Motivation wird Strafe erlassen oder gemildert, obwohl das spätere Wohlverhalten das schuldhafte Verhalten nicht ungeschehen machen kann. Solche Erwägungen mögen für die Bemessung von Verwaltungs- oder Strafsanktionen in engen Grenzen ihre Berechtigung haben. Sie sollten aber nicht in das Zivilrecht eingeführt werden.

5. Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen

Im Februar 2007 hat die Europäische Kommission eine Geldbusse in Höhe von fast einer Milliarde Euro gegen die vier Unternehmensgruppen verhängt, die ein Aufzug- und Rolltreppenkartell gebildet hatten.⁴³⁰ Als Kunde betroffen war insbesondere auch die Europäische Union: Vom Kartell erfasste Fahrstühle und Rolltreppen waren in Gebäude der Europäischen Kommission und anderer EU-Organe eingebaut worden. Die Europäische Kommission hat nun eine zivilrechtliche Schadenersatzklage vor einem belgischen Zivilgericht erhoben, mit der Ersatz für die überhöhten Preise auf diese Aufzüge und Rolltreppen (samt Installation und Wartung) verlangt wird.⁴³¹ Die Europäische Kommission wird hier also nicht hoheitlich tätig, sondern klagt auf privatrechtlichem Weg den Schaden ein, welcher der Gemeinschaft entstanden ist. Die Kommission folgt damit der Anregung, welche sie selber im Zusammenhang mit ihrer Bussgeldentscheidung den betroffenen Kunden gegeben hat: Jeder Geschädigte hat die Möglichkeit, die am Kartell beteiligten Lieferanten vor dem zuständigen Zivilgericht auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen.⁴³² Da zentrale schadensrechtliche Fragen zu klären sein werden (insbesondere was die Quantifizierung des Schadens betrifft), ist diese Vorgehensweise tatsächlich dazu geeignet, die Praktikabilität kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche zu stärken.⁴³³

Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch den Staat ist auch für die Schweiz ein geeignetes Mittel, den Weg für das Kartellzivilrecht zu ebnen. Die Wettbewerbskommission hat die Submissionskartelle zu einem der künftigen Schwerpunkte der Wettbewerbspolitik

⁴³⁰ *Europäische Kommission*, 21.2.2007, PO/Elevators and Escalators, COMP/E-1/38.823 (nicht rechtskräftig).

⁴³¹ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/08/998 v. 24.6.2008. Berichtet wird auch über Pläne der Europäischen Kommission, zivilrechtliche Klage gegen die Beteiligten am belgischen Kartell der Umzugsunternehmen zu erheben, s. *Financial Times*, 25.6.2008, S. 3.

⁴³² *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/07/209 v. 21.2.2007, S. 4. Die Kommission führt dort aus, dass jede betroffene Person "vor den Gerichten der Mitgliedstaaten" auf Schadenersatz klagen kann. Die Beschränkung auf Gerichte der Mitgliedstaaten erklärt sich aus dem Kontext der Pressemitteilung. Es verhält sich aber selbstverständlich so, dass vor *jedem* zuständigen Gericht auf Schadenersatz geklagt werden kann. So ist es z.B. denkbar, dass eine solche Klage vor einem Schweizer Zivilgericht erhoben wird, das über Art. 137 IPRG möglicherweise zur Anwendbarkeit ausländischen, beispielsweise europäischen Kartellrechts gelangt.

⁴³³ Hingewiesen sei auch auf die Schadenersatzklagen staatlicher Stellen in den Niederlanden, s.o. bei Fn. 124.

erklärt.⁴³⁴ Diese Kartelle schädigen gerade auch die öffentlichen Auftraggeber. Zivilrechtliche Schadenersatzklagen sind ein geeignetes Mittel, um zu einem Ausgleich des Schadens zu gelangen.⁴³⁵ Kartellrechtliche Geldbussen haben demgegenüber Straffunktion und sollen über den erlittenen Schaden hinausgehen. Kartellzivilrechtliche Klagen der Gebietskörperschaften können eine Vorreiterfunktion übernehmen und einen wichtigen Beitrag zum Ausbau der privatrechtlichen Wettbewerbskultur leisten. Die Wettbewerbskommission sollte hier die Koordination übernehmen.

⁴³⁴ *Wettbewerbskommission*, Jahresbericht 2007, S. 2.

⁴³⁵ Das Kartellrecht ist neben den Regeln über die öffentliche Auftragsvergabe zur Anwendung berufen. Zu der Konstellation, dass sich die Anbieter wettbewerbswidrig gegenüber der Beschaffungsstelle verhalten, s. *Hess-Odoni*, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, in: Jusletter 24. Mai 2004, Rz. 49 f.

V. Fazit

Die Forderung nach einer Stärkung des Kartellzivilrechts ist weit verbreitet, in der Schweiz und in Europa. Wie die Untersuchung gezeigt hat, stehen zahlreiche, sehr unterschiedliche Faktoren diesem Ziel entgegen. Eine Aufwertung des Privatrechtswegs setzt eine Änderung des allgemeinen Rahmens voraus: Dieser ist so anzupassen, dass die Betroffenen unter dem Strich einen Anreiz zur privatrechtlichen Geltendmachung ihrer Rechte haben. Die Änderungen sollen sich in das bestehende Rechtssystem einfügen. Die zentralen Pfeiler des hier gemachten Vorschlags sind die Erweiterung der Aktivlegitimation (insbesondere auf Verbraucher und Verbände), Erleichterungen bei der Beweisführung und die Verringerung des Kostenrisikos. Weitere Einzelvorschläge treten hinzu. Um Übertreibungen zu vermeiden, sollte auf mehrfachen Schadenersatz und *class actions* verzichtet werden.

Der privatrechtliche Weg steht nicht in Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren, sondern soll als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts hinzutreten. Das Nebeneinander von Zivil- und Verwaltungsverfahren ist zwar nicht spannungsfrei. Die Reibungen können aber auf ein Minimum reduziert werden.

C. Empfehlungen und Handlungsoptionen

Die in Teil B herausgearbeiteten Empfehlungen und Handlungsoptionen lassen sich in zwölf Punkten zusammenfassen.⁴³⁶

Materielles Recht

1. Anpassung der Art. 12 und 13 KG

a) Unzulässigkeit *ex tunc* kartellrechtswidriger Verhaltensweisen

Die herrschende Lehre und das Bundesgericht gehen (im Gegensatz zur Botschaft zum KG 1995) zu Recht von der *ex tunc*-Unzulässigkeit kartellrechtswidriger Verhaltensweisen aus. Art. 13 lit. a KG ist entsprechend anzupassen: Es sollte nicht von der *Anordnung* der *Ungültigkeit* von Verträgen, sondern von der *Feststellung* der *Nichtigkeit* solcher Verträge die Rede sein.

b) Erstreckung der zivilrechtlichen Ansprüche auf Verstöße gegen die Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

Art. 12 KG ist nach überwiegender Auffassung lediglich auf unzulässige Wettbewerbsabreden und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen anwendbar. Es besteht kein sachlicher Grund, das Fusionskontrollrecht von den allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsfolgen auszuschliessen. Die Vorschrift ist entsprechend anzupassen.

c) Kartellrechtliches Übermassverbot

Nach Art. 2 Abs. 3 KG können kartellzivilrechtliche Ansprüche selbst bei zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, nämlich dann, wenn Behinderungen praktiziert werden, die über das Mass hinausgehen, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist. Die Vorschrift ist systemwidrig. Behinderungen, welche das für eine Rechtfertigung notwendige Mass übersteigen, sind Kartellverstöße und unterliegen den allgemeinen Regeln. Der Sonderregel des Art. 12 Abs. 3 KG bedarf es deshalb nicht. Die Vorschrift ist zu streichen.

⁴³⁶ Rein redaktionelle Verbesserungsvorschläge (s. oben unter B II 4 a) sind nicht im Katalog enthalten.

d) Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit mit Beseitigungsfunktion

In Anlehnung an Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG und Art. 28a Abs. 1 Nr. 3 ZGB (und in Anknüpfung an das KG 1985) sollte in Art. 12 KG ein Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufgenommen werden.

e) Urteilsveröffentlichung

Es ist für den Kartellzivilprozess allgemein anerkannt, dass der obsiegenden Partei bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsschutzinteresses ein Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils auf Kosten der anderen Seite zusteht. Eine ausdrückliche Vorschrift in diesem Sinn sollte – in Parallele zum Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht – in das Kartellgesetz aufgenommen werden.

2. Beweislastverteilung

Momentan herrscht Einigkeit, dass bei Art. 5 KG die Existenz einer Wettbewerbsabrede, die wirksamen Wettbewerb beseitigt, bzw. die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, von derjenigen Partei zu beweisen ist, die diesen Vorwurf erhebt. Die Rechtfertigung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung mit dem Argument der Effizienzvorteile ist hingegen von demjenigen zu beweisen, der sich hierauf beruft. In Bezug auf das Kartellverwaltungsverfahren ist eine Diskussion entstanden, ob diese Art der Beweislastverteilung angemessen ist. Die Diskussion könnte schnell auf das Kartellprivatrecht übergreifen. Der augenblickliche Rechtszustand ist befriedigend und sollte deshalb (in Parallele zum europäischen Kartellrecht) durch eine ausdrückliche Regel über die Beweislastverteilung festgeschrieben werden.

3. Aktivlegitimation

a) Berufs- und Wirtschaftsverbände

Im Gegensatz zum KG 1985 enthält das geltende Recht keine ausdrückliche Bestimmung zum Klagerecht gewerblicher Verbände. In der Literatur wird die Frage kontrovers diskutiert. Im Interesse der eigenständigen Bedeutung zivilrechtlicher Verfahren sollten die Verbände nicht auf ihre Beteiligungsrechte im Verwaltungsverfahren verwiesen werden. Die

Aktivlegitimation von Berufs- und Wirtschaftsverbänden sollte ausdrücklich im Gesetz verankert werden.

b) Konsumenten

Es ist paradox, die Ordnung der Wirtschaft auf das Wohlergehen des Verbrauchers auszurichten, ihm aber bei rechtswidrigen Eingriffen in den Wettbewerbsmechanismus eigene Ansprüche zu verwehren. In das KG sollte deshalb (in Parallele zum UWG) eine ausdrückliche Bestimmung über die Aktivlegitimation der Verbraucher aufgenommen werden. Im Ingress des KG sollte folglich auf den gesamten Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung und nicht lediglich auf Art. 97 Abs. 2 BV verwiesen werden.

c) Konsumentenorganisationen

Die Nachteile kartellrechtswidriger Verhaltensweisen sind häufig so fein fragmentiert, dass die Geltendmachung eigener Ansprüche durch den einzelnen Verbraucher ineffizient ist. Die Konsumentenorganisationen sollten deshalb das Recht erhalten, die Interessen der Verbraucher auch auf dem Gebiet des Kartellrechts wahrzunehmen. Zu diesem Zweck sind den Konsumentenorganisationen nicht nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, sondern auch Schadenersatzansprüche einzuräumen. Der im Fall des Obsiegens erzielte Schadenersatz sollte an die betroffenen Verbraucher ausgeschüttet werden.

4. Schadenersatz

a) Schadensabwälzung (*passing on defence*)

Eines der meist diskutierten Probleme des Kartellprivatrechts ist die Problematik der Schadensabwälzung. Kann sich der Schädiger gegenüber dem Schadenersatzanspruch des direkten Abnehmers darauf berufen, dass dieser den Schaden über eine Erhöhung seiner Verkaufspreise auf die nachgelagerte Marktstufe abgewälzt habe? Die Problematik der Schadensabwälzung ist eng mit dem Problem verknüpft, ob indirekte Abnehmer eigene Schadenersatzansprüche haben sollten. Vier Optionen stehen für die Lösung dieses Doppelproblems zu Verfügung:

- (1) *Ablehnung des passing on-Einwands; keine Ansprüche für indirekte Abnehmer*
- (2) *Ablehnung des passing on-Einwands; eigene Ansprüche für indirekte Abnehmer*
- (3) *Anerkennung des passing on-Einwands; keine Ansprüche für indirekte Abnehmer*

(4) Anerkennung des passing on-Einwands; eigene Ansprüche für indirekte Abnehmer

Es wird empfohlen, Option (4) zu folgen. Dies entspricht der Auslegung des geltenden Rechts durch die herrschende Lehre. Im Gesetz sollte ausdrücklich festgeschrieben werden, dass der *passing on*-Einwand erhoben werden kann, und dass seine Voraussetzungen von demjenigen zu beweisen sind, der diesen Einwand erhebt. Das derzeit geltende Recht enthält allerdings auch Elemente der strikt abzulehnenden Option (3), indem nämlich den Verbrauchern eigene kartellrechtliche Schadenersatzansprüche versagt werden. Empfehlung 3 b) ist deshalb aus schadensrechtlicher Perspektive zu ergänzen: Den Verbrauchern sollten nicht nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, sondern auch Schadenersatzansprüche zustehen, die auch von den Konsumentenorganisationen geltend gemacht werden können.

b) Mehrfacher Schadenersatz (*punitive damages*)?

Die Regel über dreifachen Schadenersatz ist einer der Gründe für den Erfolg des US-amerikanischen Kartellprivatrechts. Strafschadenersatz existiert auch im Vereinigten Königreich und in Irland. Sollte diesen Modellen gefolgt werden? Auch wenn diese Frage intensiver Diskussion bedarf, wird hier Ablehnung empfohlen. Zu fremd ist die Pönalfunktion dem System des geltenden Haftpflichtrechts. Um so wichtiger ist es allerdings, Fortschritte in den anderen hier diskutierten Fragen zu erzielen.

c) Verschulden

In der Literatur wird das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung teilweise an hohe Voraussetzungen geknüpft, z.B. von der Existenz einer eingespielten kartellrechtlichen Praxis oder gar der Verabschiedung einschlägiger Verordnungen abhängig gemacht. Im Gegensatz hierzu sollte ein Verschulden des Verletzers nur dann verneint werden, wenn er alle notwendigen Massnahmen ergriffen hat, um sich der Rechtmässigkeit seines Handelns zu versichern, wozu auch die Einholung kompetenten rechtlichen Rats und die Kontaktaufnahme mit der Kartellbehörde gehört. Die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs haben abschreckende Wirkung auf die Erhebung kartellrechtlicher Schadenersatzklagen. Zur Herstellung von Prognosesicherheit sollte eine milde Kausalhaftung eingeführt werden, das Verschulden des Verletzers also widerlegbar vermutet werden.

d) Verjährung

Die einjährige (relative) Verjährungsfrist des ausservertraglichen Haftungsrechts ist eine Gefahr für die Praktikabilität kartellrechtlicher Ausgleichsansprüche. Es steht nicht genug Zeit für die Vorbereitung einer Klage zur Verfügung. Es empfiehlt sich, diese Frist in einer kartellrechtlichen Spezialregel auf drei Jahre zu verlängern. Ausserdem sollten die Opfer eines Wettbewerbsverstosses die Möglichkeit haben, den Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens abzuwarten, bevor sie zivilrechtliche Klage erheben. Es sollte deshalb eine Vorschrift eingefügt werden, nach welcher die Verjährung kartellrechtlicher Ausgleichsansprüche durch die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens unterbrochen wird.

5. Anwendbares Recht

Die Geltendmachung kartellprivatrechtlicher Ansprüche setzt in Fällen mit Auslandsbezug die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts voraus. Das Schweizer Recht enthält zu diesem Zweck in Art. 137 IPRG eine allseitig ausgestaltete Kollisionsnorm. Probleme entstehen bei Wettbewerbsbehinderungen, die sich gleichzeitig in mehreren Ländern auswirken. Nach h.L. hat in diesen Fällen eine "Mosaikbetrachtung" stattzufinden: Die Rechtsordnungen der betroffenen Staaten sind parallel anwendbar, und zwar jeweils für die im betreffenden Land verursachten Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Die gleichzeitige Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen kann kartellrechtliche Ansprüche unpraktikabel machen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob dem Kläger – in Anlehnung an Art. 6 Abs. 3 lit. b) der Rom II-Verordnung – das Recht eingeräumt werden sollte, die Anwendung einer einzigen Rechtsordnung zu verlangen. Die Praktikabilität kartellrechtlicher Zivilklagen würde hierdurch verbessert. Von Nachteil ist die Tatsache, dass der Anwendungsbereich der berufenen Rechtsordnung sehr weit gezogen würde.

Prozessrecht

6. Beweisführung

Einer der Hauptgründe für die geringe praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Privatklagen sind Beweisschwierigkeiten. Sie werden durch spezifische Aspekte des Kartellrechts verursacht, nämlich durch das Phänomen der Geheimstrategien, die ökonomische Prägung der kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmale und die Komplexität der

wirtschaftlichen Zusammenhänge. Folgende Handlungsoptionen stehen zur Verfügung, um die Beweisschwierigkeiten zu verringern:

- (1) *Einführung des Untersuchungsgrundsatzes im Kartellzivilprozess*
- (2) *Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei*
- (3) *Untersuchungskompetenzen der Kartellbehörde*
- (4) *Spezielle Auskunftsrechte*
- (5) *Zusätzliche Vermutungstatbestände bzw. Beweiserleichterungen*

Es wird empfohlen, den Optionen (2) und (5) zu folgen. Die Grundmaximen des Zivilprozessrechts bleiben gewahrt. Der Kläger erhält eine realistische Chance, seine kartellrechtlichen Ansprüche zu beweisen, ohne dass die Rechte des Beklagten unangemessen eingeschränkt werden. Der Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei soll dabei nicht den Common Law-Regeln über die *pretrial discovery* folgen, sondern sich an den Vorschlägen der Europäischen Kommission orientieren. Der Gefahr von *fishing expeditions* wird durch die Kriterien der Plausibilität, Zumutbarkeit und Verhältnismässigkeit begegnet. In geeignetem Umfang sind neue Vermutungstatbestände einzuführen.

7. Kosten des Rechtsstreits

Nach aktienrechtlichem Vorbild sollte eine Kostentragungsregel für den Kartellzivilprozess geschaffen werden, nach welcher der unterlegene Kläger nicht die (gesamten) Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, wenn er begründeten Anlass zu Klage hatte. Zusätzlich könnte dem Richter die Möglichkeit eingeräumt werden, den Streitwert an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers anzupassen.

8. Zuständigkeitskonzentration

Kartellrechtliche Streitigkeiten zeichnen sich durch ihre hohe Komplexität aus. Zumindest auf mittlere Sicht wäre zu überlegen, die Zuständigkeit für kartellrechtliche Streitigkeiten bei einem neu zu schaffenden Bundeskartellgericht zu konzentrieren. In der Zwischenzeit sollten die Kantone von der Möglichkeit der interkantonalen Zusammenarbeit Gebrauch machen und die erstinstanzliche Zuständigkeit bei ausgewählten Gerichten konzentrieren. Es ist auch an eine grössere Spezialisierung beim Bundesverwaltungsgericht durch Einrichtung einer kartellrechtlichen Abteilung zu denken.

9. Schiedsverfahren

Die Streiterledigung durch Schiedsgerichte bietet gerade auch auf dem Gebiet des Handels- und Wirtschaftsrechts grosse Vorteile. Die Staatsferne der Schiedsgerichte sollte aber nicht zu einer Schwächung des Kartellrechts einschliesslich der zivilrechtlichen Aspekte führen. Der Begriff des *ordre public* i.S. von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG sollte deshalb – entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts – um die zentralen kartellrechtlichen Vorschriften angereichert werden.

Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

10. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen

Die Beweisführung im Zivilprozess wird erleichtert, wenn in derselben Sache bereits eine kartellbehördliche Verfügung vorliegt (*follow on*-Klagen). Nach geltendem Recht sind diese Erleichterungen aber lediglich faktischer Natur. Die Zivilgerichte sollten auch formell an bestandskräftige Behördenverfügungen gebunden werden. Die Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen sollte deshalb gesetzlich festgeschrieben werden. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, den rechtskräftigen Behördenfeststellungen den Status einer widerlegbaren Vermutung zuzuerkennen.

11. Die Aufgaben der Wettbewerbskommission im Zivilprozess

Nach geltendem Recht haben die Zivilgerichte einen Fall der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Weitere Befugnisse der Wettbewerbskommission im Zivilprozess sind nicht vorgesehen. Dies erscheint nicht ausreichend. Der Wettbewerbskommission sollte ein aktiverer Part im Zivilprozess eingeräumt werden: Sie sollte an der Verhandlung teilnehmen, Stellungnahmen abgeben und auf Tatsachen und Beweismittel hinweisen dürfen. Die Wettbewerbskommission sollte auch in Verfahren vor dem Bundesgericht einbezogen werden. *De lege ferenda* ist im Interesse der Prioritätensetzung zu überlegen, ob man die Konsultationspflicht der Gerichte in ein Recht der Wettbewerbskommission zur Stellungnahme umwandeln sollte.

12. Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen

Der Staat (und seine Untergliederungen) sollte konsequent Schadenersatzansprüche geltend machen, wenn er selbst durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen betroffen ist. Die Koordination könnte die Wettbewerbskommission übernehmen.

In der Reihe „Strukturberichterstattung“ des Staatssekretariats für Wirtschaft sind seit 2000 erschienen:

1	Arvanitis, S. u.a. (2000) Die preisliche Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaftszweige	22.-
2	Arvanitis, S. u.a. (2001) Untersuchung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaftszweige anhand einer „Constant Market Shares“-Analyse der Exportanteile	18.-
3	Raffelhüschchen, B. u.a. (2001) Zur Nachhaltigkeit der schweizerischen Fiskal- und Sozialpolitik: Eine Generationenbilanz (ohne Software GAP)	21.-
4	Arvanitis, S. u.a. (2001) Unternehmensgründungen in der schweizerischen Wirtschaft	26.-
5	Arvanitis, S. u.a. (2001) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft. Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationserhebung 1999	34.-
6	Crivelli, L. u.a. (2001) Efficienza nel settore delle case per anziani svizzere	26.-
7	Hollenstein, H. (2001) Die Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und Osteuropa	23.-
8	Henneberger, F. u.a. (2001) Internationalisierung der Produktion und sektoraler Strukturwandel: Folgen für den Arbeitsmarkt	21.-
9	Arvanitis, S. u.a. (2002) Finanzierung von Innovationsaktivitäten. Eine empirische Analyse anhand von Unternehmensdaten	22.-
10	Arvanitis, S. u.a. (2002) Qualitätsbezogene und technologische Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Industriezweige. Beurteilung auf Grund der Export- bzw. Importmittelwerte und der Hochtechnologieexporte	18.-
11	Ott, W. u.a. (2002) Globalisierung und Arbeitsmarkt: Chancen und Risiken für die Schweiz	28.-
12	Müller, A. u.a. (2002) Globalisierung und die Ursachen der Umverteilung in der Schweiz. Analyse der strukturellen und sozialen Umverteilungen in den 90-er Jahren mit einem Mehrländer-Gewichtsmodell	24.-
13	Kellermann, K. (2002) Eine Analyse des Zusammenhangs zwischen fortschreitender Globalisierung und der Besteuerung mobiler Faktoren nach dem Äquivalenzprinzip	18.-
14	Infras (2002) Globalisierung, neue Technologien und struktureller Wandel in der Schweiz	28.-
15	Fluckiger, Y. u.a. (2002) Inégalité des revenus et ouverture au commerce extérieur	20.-
16	Bodmer, F. (2002) Globalisierung und Steuersystem in der Schweiz	22.-
17	Arvanitis, S. u.a. (2003) Die Schweiz auf dem Weg zu einer wissensbasierten Ökonomie: eine Bestandesaufnahme	28.-
18	Koch, Ph. (2003) Regulierungsdichte: Entwicklung und Messung	23.-
19	Iten, R. u.a. (2003) Hohe Preise in der Schweiz: Ursachen und Wirkungen	36.-
20	Kuster, J. u.a. (2003) Tourismusdestination Schweiz: Preis- und Kostenunterschiede zwischen der Schweiz und EU	23.-
21	Eichler, M. u.a. (2003) Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU. Eine empirische Untersuchung zum Ausmass, zu Erklärungsansätzen und zu volkswirtschaftlichen Konsequenzen	34.-
22	Vaterlaus, St. u.a. (2003) Liberalisierung und Performance in Netzsektoren. Vergleich der Liberalisierungsart von einzelnen Netzsektoren und deren Preis-Leistungs-Entwicklung in ausgewählten Ländern	37.-
23	Arvanitis, S. u.a. (2003) Einfluss von Marktmobilität und Marktstruktur auf die Gewinnmargen von Unternehmen – Eine Analyse auf Branchenebene	23.-
24	Arvanitis, S. u.a. (2004) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft – Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationserhebung 2002	28.-
25	Borgmann, Ch. u.a. (2004) Zur Entwicklung der Nachhaltigkeit der schweizerischen Fiskal- und Sozialpolitik: Generationenbilanzen 1995-2001	20.-
26D	de Chambrier, A. (2004) Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen: Grundlagenbericht zur Revision des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt	19.-
26F	de Chambrier, A. (2004) Les professions réglementées et la construction du marché intérieur: rapport préparatoire à la révision de la loi sur le marché intérieur	19.-
27	Eichler, M. u.a. (2005) Strukturbrüche in der Schweiz: Erkennen und Vorhersehen	23.-
28	Vaterlaus, St. u.a. (2005) Staatliche sowie private Regeln und Strukturwandel	32.-
29	Müller, A. u.a. (2005) Strukturwandel – Ursachen, Wirkungen und Entwicklungen	24.-
30	von Stokar Th. u.a. (2005) Strukturwandel in den Regionen erfolgreich bewältigen	22.-

31	Kellermann, K. (2005) Wirksamkeit und Effizienz von steuer- und industriepolitischen Instrumenten zur regionalen Strukturanpassung	22.-
32	Arvanitis, S. u.a. (2005) Forschungs- und Technologiestandort Schweiz: Stärken-/Schwächenprofil im internationalen Vergleich	25.-
33E	Copenhagen Economics, Ecoplan, CPB (2005) Services liberalization in Switzerland	31.-
34	Arvanitis, S. u.a. (2007) Innovationsaktivitäten in der Schweizer Wirtschaft - Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationsserhebung 2005	34.-
35/1	Brunetti, A., und S. Michal (eds.) - 2007 - Services Liberalization in Europe: Case Studies (vol. 1)	37.-
35/2	Brunetti, A., und S. Michal (eds.) - 2007 - Services Liberalization in Europe: Case Studies (vol. 2)	26.-
36/1	Balastèr, P., et C. Moser (éd.) - 2008 - Sur la voie du bilatéralisme: enjeux et conséquences (vol.1)	38.-
36/2	Balastèr, P., et C. Moser (éd.) - 2008 - Sur la voie du bilatéralisme: enjeux et conséquences (vol. 2)	41.-
37	Kellermann, K. (2007) Die öffentlichen Ausgaben der Kantone und ihrer Gemeinden im Quervergleich	25.-
38	Ecoplan (2008) Benchmarking: Beispiel öffentlicher Regionalverkehr	15.-
39	Filippini, M. & M. Farsi (2008) Cost efficiency and scope economies in multi-output utilities in Switzerland	18.-
40	Kuster, J., und H.R. Meier (2008) Sammlung von Altpapier durch die Gemeinden - statistische Benchmarking-Methoden im Test	12.-
41	Frick, A. (2008) Benchmarking öffentlicher Leistungen anhand des Fallbeispiels "Berufsbildung": Vergleich der kantonalen Ausgaben für die Berufsbildung	14.-
42	Schoenenberger, A. u.a. (2008) Efficacité de la production de bois des entreprises forestières suisses	<i>offen</i>
43	Arvanitis, S. u.a. (2008) Innovation und Marktdynamik als Determinanten des Strukturwandels	14.-
44/1	Worm, H. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Volkswirtschaftliche Outcome-Analyse	28.-
44/2	Hüschelrath, K. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes	36.-
44/3	Baudenbacher, C. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Institutionelles Setting Vertikale Abreden Sanktionierung von Einzelpersonen Zivilrechtliche Verfahren - with an English summary	36.-
44/4	Heinemann, A. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts	22.-

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

Effingerstrasse 31, 3003 Bern
Vertrieb: Tel. +41 (0)31 324 08 60, Fax +41 (0)31 323 50 01, 03.2009 100
www.seco.admin.ch, wp-sekretariat@seco.admin.ch
ISBN 3-907846-78-8