Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Reto Jacobs

Inhalt

I. Einleitung 209

II. Kartellzivilrecht 210
1. Gesetzliche Regelung 210
2. Kartellzivilrecht zum Schutz individueller Interessen 211

III. Hindernisse für Kartellzivilprozesse 213
1. Aktivlegitimation 213
2. Beweislast und Beweismass 215
3. Bezifferung des Schadens 220
4. Kostenrisiko 223
5. Dominanz des Verwaltungsverfahrens 224

IV. Aufgabenteilung zwischen WEKO und Zivilgerichten als Voraussetzung zur Weiterentwicklung des Kartellzivilrechts 225

I. Einleitung

Kartellrecht ist in der Schweiz heute weitgehend Kartellverwaltungsrecht. Das Kartellzivilrecht hat sich bisher kaum entwickelt. Dies obwohl es ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers war, mit dem KG 95 die Bedeutung des Zivilrechts zu stärken[1], und er dem zivilrechtlichen Verfahren im Gesetz ein eigenes Kapitel widmete[2]. Zehn Jahre nach Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes muss man feststellen, dass dieses Ziel verfehlt wurde. Die kartellrechtliche Praxis wird dominiert von den durch die Wettbewerbskommission (WEKO) geführten Verwaltungsverfahren. Kartellzivilprozesse sind sehr selten. Mit der Revision 2003 hat der Gesetzgeber an den gesetzlichen Rahmenbedingungen für Kartellzivilprozesse nichts geändert. Diese Revision diente mit der Einführung direk-

1 Botschaft KG 95 (BBl 1995 I), 587.

2 3. Kapitel; Art. 12 ff.

ter Sanktionen einer weiteren Verstärkung des Kartellverwaltungsrechts; das Thema Kartellzivilrecht wurde in der Botschaft nicht einmal thematisiert[3].

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, welche Gründe für das weitgehende Fehlen von Kartellzivilprozessen verantwortlich sind.

II. Kartellzivilrecht

1. Gesetzliche Regelung

Das Verwaltungs- und das Zivilverfahren sind im KG als gleichwertige, je selbständige Verfahren ausgestaltet[4]. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Kartellrecht nicht nur durch die WEKO durchgesetzt werden, sondern auch die behinderten Unternehmen sollen die Möglichkeit haben, kartellrechtliche Ansprüche mit einer Klage bei den Zivilgerichten geltend zu machen. Jedermann, der durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist, kann gegen den Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung klagen[5]. Art. 12 Abs. 1 KG gewährt dem behinderten Unternehmen nicht nur einen Beseitigungs- und einen Unterlassungsanspruch[6], sondern auch Ansprüche auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe[7]. Somit kann das behinderte Unternehmen im Kartellzivilverfahren Ansprüche durchsetzen, die ihm im Kartellverwaltungsverfahren nicht zugesprochen werden können. Denn auch wenn die WEKO zum Schluss kommt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann sie diese zwar untersagen und in gewissen Fällen Bussen aussprechen[8], jedoch hat die WEKO keine Möglichkeit, dem behinderten Unternehmen Schadenersatz zuzusprechen.

---

3 Botschaft revKG (BBl 2002, 2022 ff.).

4 Vgl. YVO HANGARTNER, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, 44.

5 Keine Klage ist notwendig, wenn sich eine Partei auf die (Teil-) Nichtigkeit eines kartellrechtswidrigen Vertrages berufen will. Solche Verträge bzw. Klauseln sind nach heute herrschender Auffassung ex tunc nichtig bzw. teilnichtig, so dass es dazu keines richterlichen Entscheides bedarf (vgl. dazu RETO JACOBS/JOHANNES A. BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004, 151 ff.).

6 Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG.

7 Art. 12 Abs. 1 Bst. b und c KG.

8 Vgl. Art. 49a Abs. 1 KG.

2. Kartellzivilrecht zum Schutz individueller Interessen

Unternehmen sind nur dann bereit, Kartellzivilprozesse zu führen, wenn sie durch eine Wettbewerbsbeschränkung in ihrer wirtschaftlichen Betätigung – d.h. ihren privaten Interessen – tangiert sind. Damit stellt sich die Frage, ob das Kartellgesetz überhaupt dem Schutz solcher privater Interessen dient. Diese Frage ist in der Schweiz umstritten. Nach der einen Meinung ist mit dem KG 95 ein eigentlicher Paradigmenwechsel weg vom Schutz privater Interessen (Individualschutz) und hin zum Schutz des Wettbewerbs als Institution (Institutionsschutz) vollzogen worden. Individuelle Interessen der Wirtschaftsteilnehmer würden vom Kartellgesetz nur gerade insoweit (mit-) geschützt, als die Institution (der Wettbewerb) betroffen sei[9]. Diese Auffassung wird u.a. damit begründet, dass die Verfassung den Gesetzgeber lediglich ermächtige, Massnahmen gegen volkswirtschaftlich und sozial schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu treffen, was eine Betroffenheit der Institution Wettbewerb impliziere. Dass Art. 96 BV in erster Linie den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezweckt, ist zwar zweifellos zutreffend[10]. Jedoch verfügt der Bund neben Art. 96 BV auch über eine umfassende Zivilrechtskompetenz (Art. 122 BV), so dass er aus kompetenzrechtlicher Sicht auch Normen erlassen kann, die der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen – und damit dem Individualschutz – dienen. Aus der Verfassung ergeben sich sogar gewisse Anhaltspunkte, dass der Bund solche Normen nicht nur erlassen kann, sondern dies auch tun soll[11]. In seiner Funktion als Ordnungsprinzip verlangt nämlich das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), dass der Staat Rahmenbedingungen schafft, damit die Privaten von der Wirtschaftsfreiheit tatsächlich Gebrauch machen können[12] und diese Möglichkeiten nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen

---

9 Vgl. etwa MARCEL DIETRICH/MARKUS SAURER, Ist eine Marke ein Markt?, sic! 2001, 597 ff.; FRANZ HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, in: HOMBURGER et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5 KG N 66; aus der Gerichtspraxis vgl. etwa Entscheid des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 13. Dezember 2000, sic! 2001, 835.

10 Vgl. dazu RETO JACOBS, Kommentar zu Art. 96 BV, in: EHRENZELLER et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 96 N 4 ff.

11 Gl.M. YVO HANGARTNER, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 2002, 324.

12 Vgl. Art. 35 Abs. 1 und 3 BV; dazu KLAUS A. VALLENDER, Kommentar zu Art. 27, in: EHRENZELLER et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 27 N 63 ff.; HANGARTNER, (FN 11), 322 ff.

übermässig eingeschränkt werden[13]. Auf dieser Überlegung basierte bereits die frühere Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 28 ZGB[14] und auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum geltenden Kartellgesetz finden sich Hinweise, dass dieses neben der Institution des Wettbewerbs auch die individuellen Interessen der Wirtschaftsteilnehmer schützen soll[15].

Mit der Revision 2003 hat der Gesetzgeber den Individualschutz tendenziell noch verstärkt. Dies ergibt sich einerseits aus dem expliziten Verweis auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 BV) im Ingress. Dadurch bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass der in Art. 35 Abs. 1 und 3 BV enthaltene Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte (konkret: der Wirtschaftsfreiheit) auch mit Hilfe des Kartellgesetzes umgesetzt werden soll. Andererseits hat der Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 2 KG den Marktbeherrschungsbegriff in einer Art und Weise präzisiert, die auf einen verstärkten Individualschutz hindeutet[16]. Gemäss Botschaft soll mit dieser Präzisierung der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Lieferanten oder Abnehmer von grösseren Unternehmen abhängig sein können. Entsprechend könne ein Unternehmen bereits dann über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, wenn andere Unternehmen von diesem als Nachfrager oder Anbieter abhängig seien[17]. Bei der Überprüfung einer marktbeherrschenden Stellung sei daher nicht mehr allein auf Marktstrukturdaten abzustellen. Umstritten ist, welche Auswirkungen diese Präzisierung von Art. 4 Abs. 2 KG in der Praxis haben soll. Während die einen Autoren mit Hinweis auf die parlamentarische Beratung davon ausgehen, dass der Gesetzgeber gar keine materielle Änderung vorgenommen hat[18], sprechen sich andere Autoren dafür aus, dass die Eingriffsschwelle für die Anwendung von Art. 7

---

13 Vgl. YVO HANGARTNER, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, recht 2002, 56 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge der „neuen" Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, 680 f.

14 Vgl. BGE 86 II 376.

15 „Da dieses [das geltende Kartellgesetz; Anm. des Verfassers] nebst der Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer (Individualschutz) aber auch den Wettbewerb als solchen schützen will (Institutionsschutz), ist die Erheblichkeit nicht mehr allein aus der Optik der einzelnen Unternehmen, sondern in Bezug auf das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs schlechthin zu beurteilen [....]." (BGE 129 II 24); ähnlich auch BGE 130 II 149 ff.

16 Der neue Text lautet: „Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

17 Botschaft revKG (FN 3), 2045.

18 MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung?, sic! 2005, 539 ff.

KG mit der neuen Formulierung generell herabgesetzt worden sei[19] oder dass zumindest im Zusammenhang mit kleinen und mittleren Unternehmen besondere Abhängigkeiten zu berücksichtigen seien[20].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[21], der Praxis der WEKO[22] und nach dem wohl überwiegenden Teil der Lehre[23] ist heute davon auszugehen, dass gestützt auf das Kartellgesetz auch individuelle Interessen verfolgt werden können. Für Kartellzivilprozesse bedeutet dies, dass der Kläger nicht in jedem Fall den Nachweis erbringen muss, dass die zur Diskussion stehende Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb als Institution tangiert, sondern es in der Regel ausreichen sollte, dass die Wettbewerbsposition des Klägers massgeblich beeinträchtigt ist. Wie stark diese Beeinträchtigung sein muss, wird die Praxis noch zu entwickeln haben[24].

III. Hindernisse für Kartellzivilprozesse

1. Aktivlegitimation

Die fehlende Praxis zum Kartellzivilrecht wird z.T. darauf zurückgeführt, dass jene, die durch die Wettbewerbsbeschränkung geschädigt würden, nicht zur Klage legitimiert seien. Insbesondere bei Unternehmen nachfolgender Marktstufen (den sog. „indirect purchaser“) sei fraglich, ob diese zur Klage berechtigt seien[25]. Gemäss Art. 12 Abs. 1 KG ist jeder aktivlegitimiert, der durch die

---

19 Vgl. etwa PATRICK KRAUSKOPF, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, BR 2003, 122; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 277 ff.

20 So MARCEL MEINHARDT/JUDITH BISCHOF, Nachfragemacht nach revidiertem Kartellrecht, jusletter 17. Oktober 2005, Rz 8 ff.

21 Vgl. BGE 129 II 24; BGE 130 II 149 ff.

22 Vgl. Entscheid CoopForte (RPW 2005, 146 ff.).

23 Vgl. für eine umfassende Darstellung der Lehre zu dieser Frage RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, 159 ff.

24 Vgl. dazu auch den bereits unter dem KG 85 gemachten Vorschlag von ZÄCH, wonach dann von einer zivilrechtlich relevanten Beeinträchtigung auszugehen sei, wenn für das behinderte Unternehmen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen würden (ROGER ZÄCH, Bestimmung des Marktes und des Markteinflusses im Zivilprozess, in: ZÄCH [Hrsg.], Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, 10 ff.).

25 Zur aktuellen Diskussion in Deutschland vgl. JENS KOCH, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n. F., WuW 2005, 1210 ff.;

Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Somit ist weder eine unmittelbare Betroffenheit noch ein Konkurrenzverhältnis zum Behinderer erforderlich, um zur Klage legitimiert zu sein[26]. Daher sind auch Unternehmen auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten aktivlegitimiert[27]. Es genügt eine tatsächliche Betroffenheit. Diese ist zu bejahen, wenn zwischen der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und der Behinderung des Klägers andererseits ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.

Einschränkungen bestehen in Bezug auf die Aktivlegitimation in zweierlei Hinsicht. Einerseits können nach herrschender Auffassung die Konsumentinnen und Konsumenten nicht gestützt auf Art. 12 Abs. 1 KG klagen, da die Aktivlegitimation eine Behinderung im Wettbewerb voraussetzt; eine solche kann aber nur bei Unternehmen bestehen[28]. Andererseits sind auch Konsumenten- Wirtschafts- und Berufsverbände – anders als im UWG – nicht speziell aktivlegitimiert. Soweit die Verbände selbst in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, können sie selbstverständlich klagen[29]. Ebenfalls zu bejahen ist die Aktivlegitimation eines Verbandes dann, wenn seine Mitglieder zur Klage legitimiert wären und der statutarische Zweck des Verbandes die Wahrung solcher Interessen umfasst[30]. Denkbar ist zudem, dass sich Verbände – oder auch einzelne Unternehmen – die Ansprüche aktivlegitimierter Unternehmen abtreten lassen, um diese dann durchzusetzen. Auf diesem Weg können die Ansprüche mehrerer Geschädigter gebündelt und in einem Verfahren

Diskussionspapier des Bundeskartellamtes vom 26. September 2005, 6 ff. (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf).

26 Vgl. REGULA WALTER, Kommentar zu Art. 12–17 KG, in: HOMBURGER (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 12 N 14.

27 Vgl. dazu etwa den summarischen Entscheid des HGer Aargau (RPW 1997, 102), in dem die Aktivlegitimation eines Heilmittelherstellers bejaht wurde, der geltend machte, die Krankenversicherer hätten eine Absprache getroffen, welche Heilmittel sie den Versicherten vergüten würden. Vgl. dazu auch CHRISTOPH G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, 69 ff.

28 Vgl. LANG (FN 27), 72 f.; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, 157; WALTER (FN 26), Art. 12 N 29 ff.; siehe aber auch PHILIPPE SPITZ, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 119.

29 JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 12 N 3.

30 Vgl. dazu LANG (FN 27), 73 ff.; WALTER A. STOFFEL, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: ZÄCH (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 101 f.; a.M. WALTER (FN 26), Art. 12 N 37.

durchgesetzt werden, woraus sich eine gewisse Annäherung an die „class actions“ nach amerikanischem Vorbild ergeben kann[31].

Probleme bei der Aktivlegitimation scheinen daher in der Schweiz nicht für die geringe Zahl von Zivilprozessen verantwortlich zu sein.

2. Beweislast und Beweismass

Gemäss Art. 8 ZGB muss jeder die Tatsachen nachweisen, auf die er seinen Anspruch stützt. Dieser Grundsatz gilt auch im Kartellzivilprozess[32]. Der Kläger muss beweisen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und dass er dadurch in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Macht der Kläger neben dem Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch auch Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe geltend, so muss er zusätzlich die Voraussetzungen für diese Ansprüche beweisen. Der Kläger trägt somit für die entscheidenden Elemente nicht nur die objektive Beweislast im dem Sinne, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trägt, sondern auch die Beweisführungslast. Der Kläger hat die Beweismittel zu sammeln und dem Gericht vorzulegen. Das Gericht ist nicht berechtigt, von sich aus Beweismittel zu beschaffen oder von den Parteien nicht vorgebrachte Beweismittel seinem Urteil zugrunde zu legen. Diesen Beweis zu führen, kann für den Kläger anspruchsvoll sein. Das Kartellgesetz unterstützt den Kläger aber dabei mit substantiellen Beweiserleichterungen:

Zu nennen sind insbesondere die gesetzlichen Vermutungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Für die dort genannten Abredetypen[33] vermutet das Gesetz, dass sie den Wettbewerb beseitigen. Der Kläger muss somit lediglich die Vermutungsbasis – das Vorliegen eines der in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG genannten Abredetyps – beweisen. Die konkreten Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb müssen dagegen nicht bewiesen werden; dazu statuiert das Gesetz die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als Vermutungsfolge. Dies bewirkt eine

---

31 So weit ersichtlich, sind in der Schweiz noch keine solchen Verfahren durchgeführt worden. Dagegen ist etwa in Deutschland ein Fall beim Oberlandsgericht Düsseldorf hängig, in dem mehrere von einem Zementkartell geschädigte Unternehmen ihre Ansprüche an einen Dritten abgetreten haben, der nun gegenüber den Zementherstellern einen Schadenersatzanspruch von EURO 210 Mio. geltend macht (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17. Januar 2006).

32 Vgl. LANG (FN 27), 150; WALTER (FN 26), Art. 12 N 92.

33 Horizontale Preis-, Gebiets-, Mengen- und Kundensprachen (Art. 5 Abs. 3 KG) sowie Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietsschutz in Vertriebsverträgen (Art. 5 Abs. 4 KG).

Umkehr der Beweislast, und der Beklagte hat den Beweis des Gegenteils zu erbringen, indem er nachweist, dass trotz der Abrede ausreichender Innen- oder Aussenwettbewerb besteht.

Für die Abreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG stellt das Gesetz zwar keine Vermutungen auf. Jedoch besteht auch für Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, faktisch eine Beweiserleichterung. Der Kläger hat zu beweisen, dass der Wettbewerb durch die Abrede erheblich beeinträchtigt ist. Gelingt dem Kläger dieser Beweis, so hat anschliessend der Beklagte den Beweis zu erbringen, dass die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist[34].

Ähnlich dürfte in der Praxis die Beweislast bei Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 7 KG verteilt sein. Der Kläger muss beweisen, dass der Beklagte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Eine Beweiserleichterung besteht für den Kläger in jenen Fällen, in denen ein Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt ist. Auch wenn in Bezug auf die dort genannten Tatbestände keine gesetzliche Vermutung für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens besteht, dürfte der Nachweis, dass ein Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt ist, faktisch zu einer Umkehr der Beweislast führen[35]. Vom Kläger kann das Fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) nicht strikte bewiesen werden, da es sich dabei um ein unbestimmtes Negativum handelt[36]. Daher muss der Beklagte beweisen, dass sein Verhalten sachlich gerechtfertigt ist.

Die Bekanntmachungen und Verordnungen, die gestützt auf Art. 6 KG von der WEKO oder dem Bundesrat erlassen werden können, haben ebenfalls einen Einfluss auf die Beweislast. Nach dem Wortlaut von Art. 6 KG sollen in solchen Bekanntmachungen und Verordnungen zwar nur die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel gerechtfertigt sind, womit die Bekanntmachungen und Verordnungen primär die Beweisführung des Beklagten erleichtern würden. In ihrer bisherigen Praxis hat sich die WEKO in den Bekanntmachungen aber keineswegs auf die Umschreibung möglicher Effizienzgründe beschränkt, sondern auch einen Katalog von Abreden aufgestellt, die nach Auffassung der WEKO

34 Vgl. STÖCKLI, (FN 28), 115.

35 Vgl. LANG (FN 27), 154; STÖCKLI, (FN 28), 126 f.

36 Vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 260 f.

eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen[37]. Auch wenn die Bekanntmachungen der WEKO keine gesetzlichen Rechtsvermutungen darstellen[38] und für die Zivilgerichte nicht bindend sind[39], werden sie die Zivilverfahren massgeblich beeinflussen. Insbesondere ist zu erwarten, dass ein Zivilgericht die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede als bewiesen erachtet, wenn dies in einer Bekanntmachung festgehalten ist. Entsprechend hat dann der Beklagte das Vorliegen von Effizienzgründen zu beweisen[40].

Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Beweislast das Akteneinsichtsrecht im Verwaltungsverfahren zu berücksichtigen. In all jenen Fällen, in denen die WEKO bereits ein Verwaltungsverfahren durchgeführt hat, kann das Akteneinsichtsrecht dem potentiellen Kläger die Beweisführung im anschliessenden Zivilprozess erheblich erleichtern. Nach dem auf die Verfahren der WEKO anwendbaren Verwaltungsverfahrensrecht gilt jede Person als Partei, deren Rechte oder Pflichten durch die Verfügung berührt werden oder die gegen die Verfügung ein Rechtsmittel ergreifen kann[41]. Die WEKO räumt in der Praxis den durch die Wettbewerbsbeschränkung behinderten Unternehmen regelmässig Parteistellung ein[42]. Mit der Parteistellung verknüpft ist das Akteneinsichtsrecht[43]. Dieses ist umfassend mit Ausnahme der Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen. Da die Anforderungen an Geschäftsgeheimnisse in der Praxis aber hoch sind[44], erhalten die behinderten Unternehmen Einsicht in praktisch alle relevanten Akten. Diese Akten können von den behinderten Unternehmen anschliessend auch in Zivilverfahren verwendet werden, was die Beweisführung erheblich erleichtert.

---

37 Vgl. etwa Ziffer 3 der Bekanntmachung vertikaler Abreden (RPW 2002, 404 ff.); Ziffer 11–17 Bekanntmachung Kraftfahrzeughandel (RPW 2002, 770 ff.).

38 Vgl. WALTER (FN 26), Art. 12 N 95.

39 Vgl. BORER (FN 29), Art. 6 N 3.

40 Vgl. dazu auch LANG (FN 27), 153, der den Verordnungen und Bekanntmachungen generell den Charakter von Rechtsvermutungen zuerkennt.

41 Art. 6 VwVG.

42 Vgl. aus der jüngeren Praxis der WEKO etwa Swico/Sens (RPW 2005, 265 Rz 15); ETA (RPW 2005, 130 Rz 21 ff.); Feldschlösschen (RPW 2005, 117 Rz 31 ff.); Swisscom Directories AG (RPW 2005, 61 Rz 49).

43 Art. 26 VwVG.

44 Vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung der WEKO i.S. Zusatzversicherungen Kanton Aargau (RPW 2001, 375 ff.).

Die Möglichkeit der Verwendung von Akten des Verwaltungsverfahrens in Zivilprozessen kann negative Auswirkungen auf die neu in das KG aufgenommene Bonusregelung[45] haben. Muss ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige einreicht, damit rechnen, dass die vorgelegten Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt in einem Zivilprozess – z.B. auf Zahlung von Schadenersatz – gegen das Unternehmen verwendet werden, so droht die Bonusregelung leer zu laufen. Die europäische Kommission hat aus dem gleichen Grund kürzlich eine Änderung ihrer entsprechenden Mitteilung angekündigt[46]. In der Schweiz bedarf es meines Erachtens keiner Gesetzesänderung, um die Geheimhaltung von Akten, die unter Inanspruchnahme der Bonusregelung der WEKO vorgelegt werden, zu gewährleisten. Gemäss Art. 27 VwVG kann das Akteneinsichtsrecht verweigert werden, sofern wesentliche öffentliche Interessen dies erfordern. Das Funktionieren der Bonusregelung stellt nach der hier vertretenen Auffassung ein solches Interesse dar, soll doch die Bonusregelung gerade dazu dienen, die besonders schädlichen und verdeckt operierenden Kartelle aufzudecken. Dieses öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse eines Dritten, Einsicht in die Akten zu erhalten, um diese in einem Zivilprozess zu verwenden. Das Verwaltungsverfahren dient nicht der Beweisbeschaffung für Zivilprozesse, sondern dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Hinzu kommt, dass Unternehmen, die sich selbst anzeigen und mit der WEKO kooperieren, in Zivilverfahren nicht schlechter gestellt werden dürfen als Kartellmitglieder, welche die Zusammenarbeit verweigern. Diese Ziele können nur durch eine umfassende Geheimhaltung der Akten erreicht werden, die der WEKO im Rahmen der Bonusregelung zur Verfügung gestellt werden.

Trotz der heute bereits bestehenden Beweiserleichterungen wird in der Literatur die Beweislast z.T. als übermässig bezeichnet und verschiedene Massnahmen zur Erleichterung der Beweisführung vorgeschlagen[47]. Gefordert wird u.a. der Übergang von der Verhandlungs- zur Untersuchungsmaxime, die Reduzierung des Beweismasses für den Kläger auf die Glaubhaftmachung und die Einführung weiterer gesetzlicher Vermutungen. Diese Forderungen sind de lege fe-

45 Art. 49a Abs. 2 KG.

46 Die noch geltende Mitteilung (Mitteilung der Kommission vom 19. Februar 2002 über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen [ABl 2002 C 45/3]) soll ergänzt werden (vgl. http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/leniency.html).

47 Vgl. etwa ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private – Vorschläge zur Erleichterung der Prozessführung, in: KEPINSKI et al. (Hrsg.), Prawo prywatne czasu prezemian, Poznan 2005, 1065 ff.

renda sicher zu prüfen. Dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass man die Zivilgerichte mit der Untersuchungsmaxime wohl überfordern würde. Die Untersuchungsmaxime bedeutet nicht nur, dass die Sammlung des Prozessstoffes neben den Parteien auch dem Gericht obliegt, sondern auch, dass der Richter dem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen darf, von deren Richtigkeit er sich überzeugt hat[48]. Die Untersuchungsmaxime würde aber nichts daran ändern, dass dem Gericht kein eigentlicher Untersuchungsapparat zur Verfügung steht, so dass die Gerichte kaum in der Lage wären, grössere Untersuchungen durchzuführen. Weiter ist zu beachten, dass im Bereich der Untersuchungsmaxime das Prinzip der materiellen Wahrheit gilt. Dieses ist nur dort am Platz, wo ein öffentliches Interesse an der Wahrheitsfindung besteht[49]. Dies ist bei Kartellzivilverfahren nicht der Fall, da diese primär den Individualinteressen des im Wettbewerb behinderten Unternehmens dienen. Für die Verfolgung der öffentlichen Interessen hat der Gesetzgeber mit der WEKO eine unabhängige Behörde geschaffen und diese mit weit reichenden Kompetenzen ausgestattet[50]. Aus dem gleichen Grund sind auch gegenüber einer generellen Herabsetzung des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung Vorbehalte angebracht[51]. Unternehmen, die ihre individuellen Interessen verfolgen, sollten für ihren Anspruch grundsätzlich den strikten Beweis führen müssen[52]. Warum in Kartellzivilprozessen, die der Verfolgung individueller Ziele dienen, von dieser Regel abgewichen werden soll, ist nicht ersichtlich, zumal das KG bereits verschiedene Beweiserleichterungen kennt. Den strikten Beweis führen zu müssen, bedeutet nicht, dass der Indizienbeweis ausgeschlossen ist[53]. Daher kann etwa auch der Beweis für das Bestehen einer Abrede durch Indizien erbracht werden.

48 Vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 168.

49 Dies ist vor allem im Familienrecht der Fall, wenn es z.B. gilt, das Kindeswohl zu wahren.

50 So besteht gegenüber der WEKO eine umfassende Auskunftspflicht (Art. 40 KG), und die WEKO kann Zeugen einvernehmen und Hausdurchsuchungen durchführen (Art. 42 KG).

51 Als glaubhaft gemacht gilt eine Tatsache, wenn der Richter sie für überwiegend wahr hält, auch wenn noch gewisse Zweifel bestehen (vgl. VOGEL/SPÜHLER [FN 36], 256).

52 Der strikte Beweis ist erbracht, wenn der Richter von einer Tatsache mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überzeugt ist (vgl. VOGEL/SPÜHLER [FN 36], 256).

53 Der Indizienbeweis (auch mittelbarer Beweis) erlaubt Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsache (vgl. VOGEL/SPÜHLER [FN 36], 255).

3. Bezifferung des Schadens

Ein Anreiz, Kartellzivilprozesse zu führen, besteht für das im Wettbewerb behinderte Unternehmen in der Möglichkeit, für den entstandenen Schaden Ersatz zu erhalten[54]. Damit ein solcher Anspruch gutgeheissen wird, muss der Schaden vom Kläger beziffert werden können. So muss etwa das Unternehmen, das von einem Preiskartell geschädigt wurde, nachweisen, zu welchem Preis es ohne die Preisabsprache hätte einkaufen können; denn nur die Differenz zwischen dem Kartellpreis und dem Wettbewerbspreis bildet die Basis für die Berechung des Schadens. Oder das von einem marktbeherrschenden Unternehmen boykottierte Unternehmen muss belegen können, welchen Gewinn es erzielt hätte, wenn es beliefert worden wäre[55]. Diese Nachweise zu erbringen, kann in der Praxis schwierig sein[56].

Aber auch in Bezug auf den Schadensnachweis kennt das schweizerische Recht eine Beweiserleichterung. Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR kann der Richter den Schaden, der sich ziffernmässig nicht nachweisen lässt, schätzen[57]. Diese Bestimmung wird auch dann angewendet, wenn sich nicht strikte nachweisen lässt, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist[58]. Art. 42 Abs. 2 OR entbindet den Geschädigten aber nicht von jeglichem Nachweis des Schadenseintritts und des Umfangs des Schadens. Der Geschädigte muss die Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben, soweit möglich und zumutbar behaupten und beweisen[59]. Folglich kann es trotz Art. 42 Abs. 2 KG recht schwierig sein, den Schaden ausreichend nachzuweisen. In diesem Zusammenhang ist aber auch auf einen Entscheid des Handelsgerichts

---

54 Vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG.

55 Bei der Bestimmung des Schadenersatzes ist auch die Schadensminderungspflicht des Geschädigten zu berücksichtigen, also etwa die Möglichkeit, bei anderen Quellen zu beziehen (vgl. LANG [FN 27], 124).

56 Vgl. zu den verschiedenen Problemen, die sich im Zusammenhang mit dem Schadensnachweis stellen SPITZ (FN 28), 115 ff.

57 Zu den Voraussetzungen vgl. ANTON K. SCHNYDER, Kommentar zu Art. 41–61 OR, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 42 N 10 f.

58 Vgl. BGE 122 III 221.

59 „Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen." (BGE 122 III 221).

des Kantons Aargau hinzuweisen, in dem das Handelsgericht in einem Kartellzivilprozess an den Nachweis des Schadens keine hohen Anforderungen stellte, sondern sich mit einer plausiblen Schätzung begnügte[60].

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit dem Schadensnachweis kann sich stellen, wenn das geschädigte Unternehmen in der Lage war, den erlittenen Schaden ganz oder teilweise auf seine Kunden zu überwälzen. Sofern dies der Fall ist, stellt sich die Frage, ob der Kläger auch jenen „Schaden" geltend machen kann, den er an seine Kunden weitergeben konnte oder ob der Beklagte einem solchen Anspruch die so genannte „passing-on defense" entgegenhalten kann. Nach klassischem Verständnis kann der Kläger nur jenen Teil des Schadens geltend machen, der effektiv bei ihm verblieben ist[61]. Dies ergibt sich aus der Kompensationsfunktion und dem Bereicherungsverbot des Schadenersatzrechts[62]: Entstandene Schäden sollen zwar ersetzt werden, jedoch soll der Geschädigte nicht überkompensiert werden. Zum gleichen Ergebnis gelangt man über das Institut der Vorteilsanrechnung. Der Geschädigte hat sich Vermögensvorteile, die als Folge des schädigenden Ereignisses entstehen, anrechnen zu lassen[63]. Gelingt es dem Geschädigten, den Schaden (teilweise) auf andere abzuwälzen, so ist bei ihm im Umfang der Abwälzung kein Schaden entstanden. Denn der Schaden besteht nach klassischem Verständnis in der effektiven Differenz zwischen dem Vermögen des Geschädigten und dem Vermögen, wie es ohne schädigendes Ereignis wäre. Da Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG für den Schadenersatzanspruch explizit auf das Obligationenrecht verweist, ist auch in Kartellzivilprozessen von diesem Schadensbegriff auszugehen und die „passing-on defense" somit zuzulassen[64]. Dabei ist aber zu beachten, dass der Beklagte beweisen muss, dass der Geschädigte einen Teil des Schadens abwälzen konnte, was in der Praxis regelmässig schwierig sein dürfte[65]. Gelingt dieser Beweis, so

60 Das HGer anerkannte als Basis für die Berechnung des Schadens den Marktanteil des behinderten Unternehmens in anderen Märkten, da es plausibel sei, dass das behinderte Unternehmen in dem abgeschotteten Markt ohne die Wettbewerbsbeschränkung einen vergleichbaren Marktanteil erreicht hätte (RPW 2003, 475).

61 Vgl. LANG (FN 27), 124 f.

62 Vgl. WALTER (FN 26), Art. 12 N 76 f.

63 Zur Vorteilsanrechung vgl. SCHNYDER (FN 57), Art. 42 N 7 f.

64 Gl.M. LANG (FN 27), 124 f.; differenzierend SPITZ (FN 28), 116 f., der eine Einzelfallbetrachtung fordert, da immer überprüft werden müsse, ob die Verminderung des Schadens durch Überwälzung auf die nächste Marktstufe auch adäquat kausal sei. Zum Stand der Diskussion in Deutschlang vgl. Diskussionspapier des Bundeskartellamts (FN 25), 10 ff.

65 Vgl. SPITZ (FN 28), 117.

wird der durch die Wettbewerbsbeschränkung entstandene Schaden vom Verursacher kaum je vollumfänglich ersetzt werden müssen; die direkt geschädigten Unternehmen werden meist in der Lage sein, die Schäden zumindest teilweise zu überwälzen, so dass sie letztlich von den Konsumenten getragen werden. Diese sind aber wegen der fehlenden Aktivlegitimation von einer Geltendmachung des Schadens ausgeschlossen[66]. Erachtet man dies als unbefriedigend, so müsste man entweder den Konsumenten die Aktivlegitimation zusprechen oder dem Schadenersatzrecht in Kartellzivilverfahren generell eine über die Kompensation entstandener Schäden hinausgehende Funktion zuerkennen. Sieht man die Funktion des Schadenersatzrechts auch in der Prävention, in dem es Unternehmen davon abhalten soll, sich kartellrechtswidrig zu verhalten, so wäre eine andere Auslegung des Schadensbegriffs denkbar. In diese Richtung scheint die Rechtsprechung des EuGH zu tendieren, nach dessen Auffassung der Schadenersatzanspruch die Durchsetzungskraft des Wettbewerbsrechts erhöht und damit wesentlich zur Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs beiträgt[67]. Auch die europäische Kommission möchte die verhaltenssteuerende Funktion des Schadenersatzrechts verstärken und hat dazu verschiedene Massnahmen zur leichteren Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen vorgeschlagen[68]. Da nach schweizerischem Verständnis die Hauptfunktion des Deliktsrechts in der Reparation entstandener Schäden besteht und die Prävention lediglich ein Nebeneffekt ist[69], wäre in der Schweiz für eine derartige Ausweitung des Schadenersatzrechts in Kartellzivilverfahren eine Gesetzesänderung notwendig.

66 Vgl. dazu aber auch SPITZ (FN 28), 119 f., der davon ausgeht, dass Konsumenten Schadenersatzansprüche unter gewissen Umständen gestützt auf Art. 41 OR durchsetzen können. Ähnlich auch STOFFEL (FN 30), 102.

67 „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“ (EuGH – Courage/Crehan, C-453/99, Slg. 2001, I-6297 ff. N 26).

68 Vgl. Grünbuch der europäischen Kommission vom 19.12.2005 zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (KOM[2005] 672 endgültig).

69 Vgl. dazu BEAT ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Bern 2003, 62 ff. m.w.H.; vgl. aber auch SPITZ (FN 28), 114 f., der die präventive Funktion kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche zu befürworten scheint.

4. Kostenrisiko

Im Falle des Unterliegens hat der Kläger die Gerichtskosten zu tragen und dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen[70]. Obsiegt keine Partei vollständig, entscheidet der Richter in der Regel nach freiem Ermessen über die Kostenverteilung. Die Höhe der Gerichtskosten und der Parteientschädigung wird üblicherweise nach dem Streitwert bemessen. In kartellrechtlichen Auseinandersetzungen ist der Streitwert regelmässig hoch, was für den Kläger – aber auch für den Beklagten – ein erhebliches Kostenrisiko impliziert[71]. Das Kostenrisiko kann den Kläger davon abhalten, einen Kartellzivilprozess einzuleiten[72]. Dies vor allem auch aufgrund der Tatsache, dass der Kläger als Alternative zum Zivilprozess eine Anzeige bei der WEKO einreichen kann[73]. Im Verwaltungsverfahren besteht für den Anzeiger keinerlei Kostenrisiko, selbst wenn sich die Anzeige als unbegründet erweisen sollte[74].

Um in Zivilverfahren das Kostenrisiko für den Kläger zu verringern, wird in der Literatur vorgeschlagen, de lege ferenda den Richter zu ermächtigen, die Kosten nach seinem Ermessen auf die Parteien zu verteilen, wenn der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte[75]. Eine solche Regel kennt das schweizerische Recht bereits für gewisse gesellschaftsrechtliche Klagen (Art. 756 Abs. 2 OR). Auch wenn mit diesem Vorschlag das Kostenrisiko gesenkt werden könnte, wäre es für den Kläger aber nach wie vor schwierig, das Kostenrisiko vorgängig abzuschätzen, da dieses von der Wertung des Richters abhängt. Weiter ist zu beachten, dass die Regel von Art. 756 Abs. 2 OR eingeführt wurde, weil der klagende Aktionär ohne eine entsprechende Regelung zwar das gesamte Kostenrisiko trägt, ihm jedoch der Prozesserfolg nur im Umfang seiner Beteiligungsquote an der Gesellschaft zu Gute kommt. Im Falle des Unterliegens hat der Beklagte an die Gesellschaft – und

---

70 Vgl. dazu VOGEL/SPÜHLER (FN 36), 291 ff.

71 Vgl. dazu etwa die Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 22. April und 9. Mai 1997, in denen die im vorsorglichen Massnahmeverfahren unterlegene Gesuchstellerin verpflichtet wurde, den verschiedenen Gesuchsgegnerinnen allein für das summarische Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt rund CHF 156'000.– zu bezahlen (RPW 1997, 284 f., 295).

72 Vgl. dazu ZÄCH/HEIZMANN (FN 47), 1063, 1067, die im Kostenrisiko einen der Hauptgründe für das Fehlen von Kartellzivilprozessen sehen.

73 Vgl. Art. 26 Abs. 1 KG.

74 Vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b KG-Gebührenverordnung.

75 Vgl. ZÄCH/HEIZMANN (FN 47), 1067.

nicht an den Kläger – zu leisten[76]. In diesem Sinne handelt der klagende Aktionär als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Gesellschaft[77]. Dies ist im Kartellrecht anders: Für die Verfolgung des öffentlichen Interesses am Schutz des wirksamen Wettbewerbs hat der Gesetzgeber eine unabhängige Behörde – die WEKO – geschaffen. Dagegen dienen Kartellzivilverfahren primär den privaten Interessen des klagenden Unternehmens[78]. Folglich ist es nach der hier vertretenen Auffassung auch richtig, dass der Kläger das mit seiner Klage verbundene Kostenrisiko trägt. Auch aus ökonomischer Sicht erscheint eine substantielle Reduktion des Kostenrisikos als fragwürdig, da dies einen Anreiz setzen würde, Klagen mit (zu) geringen Erfolgschancen zu führen. Nur wenn der Kläger im Falle des Unterliegens tatsächlich auch die durch das Verfahren verursachten Kosten tragen muss, wird er vor der Klageeinleitung eine sorgfältige Chancenbeurteilung vornehmen. Ein zu tiefes Kostenrisiko führt tendenziell zu unbegründeten Klagen. Dies zeigen die bei der WEKO eingehenden Anzeigen. Da der Anzeiger keinerlei Kostenrisiko trägt, fehlt eine Hemmschwelle, die den Anzeiger vor unbegründeten Anzeigen abhalten würde. Auch wenn die WEKO solche Anzeigen nach ersten Abklärungen in der Regel nicht weiter verfolgt, entstehen daraus für das angezeigte Unternehmen regelmässig beachtliche Kosten etwa im Zusammenhang mit der Beantwortung der Fragebogen der WEKO.

5. Dominanz des Verwaltungsverfahrens

Ein Anreiz, anstelle einer Klage beim Zivilgericht eine Anzeige bei der WEKO einzureichen, besteht nicht nur wegen des fehlenden Kostenrisikos. Die WEKO nimmt dem Anzeigenerstatter die Beweisführung praktisch vollständig ab, da im Verwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt. Gegenüber der WEKO besteht eine umfassende Auskunftspflicht[79], und die WEKO kann Zeugen einvernehmen und Hausdurchsuchungen durchführen[80]. Hinzu kommt, dass die WEKO in der Vergangenheit durchaus bereit war, auch Fälle an die Hand zu nehmen, in denen individuelle Interessen einzelner Unternehmen im Mittel-

---

76 Vgl. PETER WIDMER/OLIVER BANZ, Kommentar zu Art. 754–760 OR, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 756 N 14.

77 WIDMER/BANZ (FN 76), Art. 756 N 15.

78 Womit nicht in Abrede gestellt werden soll, dass erfolgreiche Kartellzivilprozesse auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb als Ganzes haben können.

79 Art. 40 KG.

80 Art. 42 KG.

punkt standen und der Wettbewerb als Institution – wenn überhaupt – nur marginal beeinträchtigt war[81].

Dem Anzeigenerstatter kann im Verwaltungsverfahren zwar kein Schadenersatz, keine Genugtuung und keine Gewinnherausgabe zugesprochen werden. Alle anderen Ziele erreicht der Anzeigenerstatter mit einer Anzeige bei der WEKO aber wesentlich einfacher und kostengünstiger als mit einem Kartellzivilverfahren. Sofern die Verjährung noch nicht eingetreten ist[82], kann das behinderte Unternehmen seine monetären Ansprüche auch erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens geltend machen und zwar gestützt auf den Entscheid der WEKO und unter Nutzung der von der WEKO beschafften Beweise. All diese Vorteile des Verwaltungsverfahrens sind derart gross, dass ein im Wettbewerb behindertes Unternehmen heute kaum bereit ist, einen Kartellzivilprozess zu führen.

IV. Aufgabenteilung zwischen WEKO und Zivilgerichten als Voraussetzung zur Weiterentwicklung des Kartellzivilrechts

Die obigen Überlegungen führen zu dem auf den ersten Blick überraschenden Ergebnis, dass es nicht die häufig zitierten Probleme im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation, der Beweisführung oder des Schadensnachweises sind, welche die Kläger von Kartellzivilprozessen abhalten, sondern die (zu) attraktive Alternative einer Anzeige bei der WEKO. Diese Feststellung scheint durch die Praxis bestätigt zu werden: So weit ersichtlich gibt es kaum Kartellzivilklagen, die an der fehlenden Aktivlegitimation oder der übermässigen Beweislast gescheitert sind; vielmehr fehlen die Kartellzivilklagen generell. So lange die WEKO bereit ist, Fälle an die Hand zu nehmen, in denen das individuelle Interesse einzelner Unternehmen im Vordergrund steht, wird sich in der Schweiz kein Kartellzivilrecht entwickeln können, da es keine Kläger geben wird. Die zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wird erst an Bedeutung

---

81 Vgl. z.B. vorsorgliche Massnahme i.S. Valet Parking (RPW 2004, 102 ff.); Vorabklärung i.S. Plakatierung in der Stadt Luzern (RPW 2003, 75 ff.); Untersuchung i.S. Intensiv (RPW 2001, 95 ff.).

82 Die Ansprüche verjähren gemäss Art. 60 Abs. 1 OR nach einem bzw. zehn Jahren (vgl. STÖCKLI, [FN 28], 248 f.); vgl. aber auch SPITZ (Fn 28), 122, der in Anwendung von Art. 60 Abs. 2 OR für jene Tatbestände, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit Bussen geahndet werden können, von einer fünfjährigen Frist ausgeht, da diese Tatbestände strafrechtlichen Charakter hätten und während fünf Jahren nach Beendigung noch gebüsst werden könnten (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

gewinnen, wenn sich die WEKO bei der Annahme von Fällen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt.

Diese Zurückhaltung sollte nach der hier vertretenen Auffassung darin bestehen, dass die WEKO die Fälle, in denen individuelle Interessen im Vordergrund stehen, nicht mehr an die Hand nimmt, sondern den Anzeigenerstatter an die Zivilgerichte verweist[83]. Dies impliziert, dass die WEKO nur Sachverhalte untersucht, die eine volkswirtschaftliche Bedeutung haben, also den Wettbewerb als Institution tangieren. Eine speziell geschaffene und mit allgemeinen Mitteln finanzierte Behörde sollte – wie in anderen Bereichen des Bundesverwaltungsrechts – nur dann aktiv werden, wenn öffentliche Interessen tangiert sind. Stehen dagegen private Interessen auf dem Spiel, so hat der Betroffene selbst für die Durchsetzung seiner Interessen zu sorgen. Dafür stehen ihm die Zivilgerichte zur Verfügung. Auch aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss[84], ergibt sich, dass sich die WEKO nicht um Fälle kümmern sollte, in denen private Interessen im Vordergrund stehen; die knappen Ressourcen der WEKO sollten für Fälle mit volkswirtschaftlicher Bedeutung reserviert sein[85]. Diese Aufgabenteilung postuliert auch das Bundesgericht[86].

Somit sollte das Verwaltungsverfahren der Verfolgung öffentlicher Interessen vorbehalten sein und private Interessen auf dem zivilrechtlichen Weg durchgesetzt werden müssen. Die Grenze zwischen öffentlichen und privaten Interessen ist allerdings fliessend, und im Einzelfall kann es schwierig sein, sie zu zie-

---

83 So auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, 170 f.; der ein hinreichendes öffentliches Interesse als Voraussetzungen für die Eröffnung eines Verfahrens durch die WEKO bezeichnet; vgl. auch LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, 115 ff.; kritisch dazu HANGARTNER (FN 4), 44 ff., der davon ausgeht, dass die WEKO grundsätzlich auch Fälle, in denen private Interessen im Vordergrund stehen, an die Hand nehmen muss, es sei denn, die Durchführung eines Verfahrens wäre geradezu unverhältnismässig. Ebenfalls ablehnend ZÄCH (FN 19), 465.

84 Art. 5 Abs. 2 BV.

85 A.M. HANGARTNER (FN 4), 46.

86 „Das verwaltungsrechtliche Verfahren dient aber vor allem dem öffentlichen Interesse, einen wirksamen Wettbewerb zu schützen, und kommt insoweit allenfalls beiläufig privaten Interessen von Unternehmen zugute. (…); stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten. […] Es liegt daher nicht im Belieben der angeblich kartellrechtswidrig beeinträchtigten Unternehmen, den Zivil- oder den Verwaltungsweg zu wählen. Vielmehr haben die Verwaltungsbehörden nur dann einzuschreiten, wenn das erwähnte öffentliche Interesse dies erfordert.“ (BGE 130 II 149 ff.).

hen[87]. So werden bei volkswirtschaftlich relevanten Fällen immer auch Unternehmen betroffen sein, deren private Interessen tangiert werden. Das Umgekehrte ist dagegen nicht zwingend der Fall: Auch wenn einzelne Unternehmen in ihren privaten Interessen spürbar tangiert werden, impliziert dies noch nicht, dass der Wettbewerb als Ganzes in relevanter Art und Weise tangiert ist. Vertreibt etwa ein Lieferant seine Produkte über ein selektives Vertriebssystem[88] und verweigert er einem Händler die Belieferung mit der Begründung, dass dieser die qualitativen Standards nicht erfülle, so kann die Nichtbelieferung für den betroffenen Händler zwar negative Auswirkungen haben. So lange aber ein ausreichend dichtes Händlernetz für die Produkte des Lieferanten besteht, wird der Wettbewerb als Ganzes dadurch nicht beeinträchtigt, selbst wenn man den Markt sehr eng abgrenzen würde. Folglich sollte die WEKO einen solchen Fall nicht prüfen, sondern es dem Zivilgericht überlassen zu entscheiden, ob die Nichtbelieferung im konkreten Fall zulässig ist.

In der Literatur wird z.T. gefordert, dass ein Rückzug der WEKO auf die volkswirtschaftlich relevanten Fälle erst dann stattfinden könne, nachdem die WEKO Leitentscheide gefällt oder Bekanntmachungen publiziert habe, an denen sich die Zivilgerichte orientieren könnten[89]. Leitentscheide und Bekanntmachungen können die Arbeit der Zivilgerichte zwar erleichtern. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass sich kartellrechtliche Sachverhalte in der Praxis nur beschränkt verallgemeinern lassen. Im soeben genannten Fall des selektiven Vertriebs ist die entscheidende Frage, ob der betroffene Händler die qualitativen Standards effektiv erfüllt oder nicht. Diese Frage kann nicht anhand eines Leitentscheides oder einer Bekanntmachung, sondern nur aufgrund einer vertieften Prüfung des Einzelfalls beantwortet werden. Auch die Fragen, wie stark der Wettbewerb durch eine Abrede beeinträchtigt wird, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann oder ob sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung von Kunden eines marktbeherrschenden Unternehmens bestehen, setzen eine detaillierte Prüfung der Märkte und der wirtschaftlichen Zusammenhänge voraus; diese Prüfung kann nicht mit Leitentscheiden oder Bekanntmachungen vorweggenommen werden. Die Zivilgerichte sind bei der Beurteilung aber keineswegs auf sich alleine gestellt. Gemäss Art. 15 KG müssen sie den zu beurteilenden Sachverhalt ohnehin der

87 Vgl. HANGARTNER (FN 4), 44, der davon ausgeht, dass sich der Schutz der Wettbewerber und der Schutz des Wettbewerbs gar nicht trennen lassen.

88 Zum Begriff des selektiven Vertriebs vgl. Ziff. 2 vertBM (FN 37).

89 Vgl. ZÄCH/HEIZMANN (FN 47), 1068; ähnlich auch HANGARTNER (FN 4), 46.

WEKO zur Begutachtung vorzulegen haben, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen ist.

Die hier vorgeschlagene Aufgabenteilung zwischen der WEKO und den Zivilgerichten drängt sich nach der Revision 2003 noch stärker auf. Wegen des mit der Revision verstärkten Individualschutzes wird die WEKO in Zukunft wahrscheinlich noch vermehrt Fälle vorgelegt erhalten, in denen der Anzeiger ausschliesslich seine privaten Ziele verfolgt. Solche Fälle sollten an die Zivilgerichte verwiesen werden, damit die WEKO ihre knappen Ressourcen für die volkswirtschaftlich relevanten Fälle einsetzen kann. Schliesslich könnte diese Aufgabenteilung auch dazu beitragen, die heftig geführte Kontroverse über den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens gemäss dem revidierten Art. 4 Abs. 2 KG etwas zu entschärfen. Ein vertretbarer Mittelweg zwischen den beiden Positionen könnte darin bestehen, besondere (strukturelle) Abhängigkeitsverhältnisse zwar zu berücksichtigen, jedoch nur in Zivilverfahren. Dagegen hätte die WEKO ihren Verfahren den klassischen Marktbeherrschungsbegriff zu Grunde zu legen. Damit würde man zwar die Einheitlichkeit des materiellen Kartellrechts in diesem Punkt teilweise aufgeben. Jedoch könnte damit der sonst kaum überbrückbare Widerspruch zwischen den beiden Marktbeherrschungsbegriffen zumindest teilweise aufgelöst werden.