

James Menz / David Mamane

## EU-Richtlinie zu Schadenersatzklagen aus Kartellrechtsverstössen

---

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden in naher Zukunft eine Richtlinie zur Erleichterung von Schadenersatzansprüchen bei Kartellrechtsverstössen umsetzen müssen. Die Richtlinie soll kartellrechtliche Schadenersatzklagen erleichtern und wird voraussichtlich zu einer Zunahme solcher Klagen führen. Sie löst jedoch gewisse Probleme nicht bzw. wirft neue praktische Fragen auf, die der Gestaltung der nationalen Gesetzgebung überlassen bleiben bzw. die erst in den zu erwartenden Gerichtsverfahren geklärt werden können. Der Beitrag beleuchtet die wesentlichen Inhalte der Richtlinie, unter anderem vor dem Hintergrund des schweizerischen Kartellgesetzes und dessen derzeit diskutierten Revision.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Europarecht; Kartellrecht

Zitiervorschlag: James Menz / David Mamane, EU-Richtlinie zu Schadenersatzklagen aus Kartellrechtsverstössen, in: Jusletter 23. Juni 2014

## Inhaltsübersicht

- 1 Einführung
- 2 Ausgangslage
- 3 Wesentliche Bestimmungen der Schadenersatz-RL
  - 3.1 Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5) und Zugang zu Verfahrensakten der Wettbewerbsbehörden (Art. 6)
  - 3.2 Wirkung einzelstaatlicher Entscheidungen
  - 3.3 Verjährung
  - 3.4 Solidarische Haftung
  - 3.5 Schadensabwälzung
  - 3.6 Ermittlung des Schadensumfangs
  - 3.7 Einvernehmliche Streitbeilegung
- 4 Abschliessende Überlegungen

### 1 Einführung

[Rz 1] Am 17. April 2014 hat das Europäische Parlament einen Vorschlag für eine Richtlinie («RL») mit dem Zweck der Unterstützung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch Opfer von Kartellrechtsverstößen<sup>1</sup> gebilligt. Die Vorlage wird, nach formeller Annahme durch den Ministerrat, den EU-Mitgliedstaaten eine Frist von zwei Jahren setzen, um neue Vorschriften zur Vereinfachung und Förderung von Kartell-Schadenersatzklagen ins nationale Recht einzuführen.

[Rz 2] Der vorliegende Beitrag beleuchtet die wesentlichen Inhalte der RL sowie den Kontext zum schweizerischen Kartellgesetz («KG»)<sup>2</sup> und dessen derzeit diskutierten Revision<sup>3</sup>. Die zivilrechtlichen Gesichtspunkte wurden in der Schweiz insbesondere seit der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 thematisiert<sup>4</sup>, aber haben nur beschränkt Einzug in die aktuell diskutierte Revision gefunden. Ob es zur Revision des Kartellgesetzes kommen wird, ist derzeit nicht absehbar. Die in der Revision zur Diskussion stehenden Änderungen mit Einfluss auf das zivilrechtliche Verfahren waren in den Räten bisher nicht umstritten.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Die vom Parlament verabschiedete Version kann hier abgerufen werden: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0451uage=DE=A7-2014-0089#title1>.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu die Dokumentation der Wettbewerbskommission zur Evaluation und Revision des Schweizer Kartellgesetzes, <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de>.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu insbesondere die in diesem Kontext von Prof. ANDREAS HEINEMANNER stellte Studie «Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage», Anhang 11 zum Evaluationsbericht, abrufbar unter [http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_39](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=de#sprungmarke0_39).

<sup>5</sup> Am 6. März 2014 hat der Nationalrat jedoch das Eintreten auf die Revisionsvorlage abgelehnt, währenddessen der Ständerat am 5. Juni 2014 ein zweites Mal auf das Geschäft eingetreten ist. Ein Scheitern der Revision kann nicht ausgeschlossen werden. Der aktuelle Status kann auf [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20120028](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120028) abgerufen werden.

## 2 Ausgangslage

[Rz 3] Die RL ist das Ergebnis einer jahrelangen Diskussion<sup>6</sup>, welche die Europäische Kommission mit der Ashurst-Studie zu den Bedingungen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen<sup>7</sup> und dem Green Paper im Jahre 2005 («*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*»)<sup>8</sup> angestossen hatte. Im Verlauf der Entwicklung der Rechtsinstrumente hatten insbesondere Vorschläge zu kollektivem Rechtsschutz (Stichwort «*class actions*») Widerstand hervorgerufen. Die RL enthält zwar nun keinerlei diesbezügliche Regelung, die Kommission verfolgt das Thema aber weiter.<sup>9</sup>

[Rz 4] Erklärte Ziele der RL sind es, (1) die Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts zu optimieren und (2) zu gewährleisten, dass Opfer von Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht Schadenersatz in voller Höhe erhalten können. Die Kommission hofft, dass die RL «*eine Reihe praktischer Hindernisse beseitigen*» wird, die «*Geschädigten bei ihrem Versuch, für den von ihnen erlittenen Schaden Ersatz zu erlangen häufig im Wege stehen.*»<sup>10</sup> Hierdurch soll neben der derzeit vorherrschenden öffentlich-rechtlichen Durchsetzung auch die z.B. in den USA vorherrschende privatrechtliche Durchsetzung gefördert werden.<sup>11</sup>

[Rz 5] Die RL ist auch aus schweizerischer Perspektive relevant: erstens vereinfacht die RL Schadenersatzklagen mit Gerichtsstand in einem EU-Mitgliedstaat. Dies erhöht das Risiko für schweizerische Unternehmen, die gegen europäisches Kartellrecht verstossen haben.<sup>12</sup> Zweitens könnte die RL und darauf aufbauende Erfahrungen der EU-Mitgliedstaaten Anstösse zur Reform von kartellrechtlichen Zivilverfahren in der Schweiz geben, welche über die gegenwärtig diskutierte Revision des KG hinausgehen. In seiner Botschaft zur Revision des KG vom Februar 2012<sup>13</sup> be-

---

<sup>6</sup> Wichtige Unterlagen zur RL sind auf <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> abrufbar.

<sup>7</sup> Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

<sup>8</sup> Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>.

<sup>9</sup> So hat sie am 11. Juni 2013 zeitgleich mit der Vorstellung des RL-Entwurfs eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten zur Einführung und Ausgestaltung kollektiver Rechtsschutzverfahren veröffentlicht, abrufbar hier: [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/130611\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/130611_en.htm).

<sup>10</sup> Pressemitteilung der EU Kommission vom 17. April 2014; «Kommission begrüßt Parlamentsvotum zur Unterstützung von Schadenersatzansprüchen von Opfern von Kartellrechtsverstößen», abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-455\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-455_de.htm). Die Kommission artikuliert den Reformbedarf u.A. so: «*Nur in 25 % der Kartellsachen, in denen die Kommission in den letzten sieben Jahren eine Entscheidung erließ, verlangten die Opfer Schadenersatz. Zudem sind die einzelstaatlichen Vorschriften in Europa sehr unterschiedlich, so dass die Chancen für die Opfer, Schadenersatz zu erlangen, in hohem Maße davon abhängen, in welchem Mitgliedstaat sie wohnen.*» Kartellrecht: Kommission schlägt Rechtsvorschriften vor, um den Opfern von Kartellrechtsverstößen Schadenersatzansprüche zu erleichtern, Pressemitteilung vom 11. Juni 2013, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-525\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-525_de.htm).

<sup>11</sup> Einen guten Überblick liefert Bill Baer, Public and Private Antitrust Enforcement in the United States, Remarks as Prepared for Delivery to European Competition Forum 2014 (11. Februar 2014), abrufbar unter: [www.justice.gov/atr/public/speeches/303686.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/speeches/303686.pdf).

<sup>12</sup> Vgl. Artikel 5(3) des Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen). Dabei hat der jüngste Entscheid des Europäischen Gerichtshofs das Klagerisiko für Kartellanten erhöht. In *Kone AG u. a. / ÖBB Infrastruktur AAG*, Rechtssache C-557/12 (5. Juni 2014) hielt der der EuGH fest, dass Artikel 101 AEUV dahin auszulegen sei, dass von den Kartellanten auch der Ersatz des Schadens verlangt werden kann, der einem Kläger durch einen Kartellaussenseiter zugefügt wurde, der im Windschatten der erhöhten Marktpreise seine eigenen Preise für seine Produkte mehr anhebt als er dies ohne das Kartell getan hätte («*Umbrella-Pricing*»). Eine vertragliche Beziehung zwischen dem Geschädigten und dem Kartellbeteiligten ist nicht notwendig.

<sup>13</sup> Abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/25965.pdf>.

tonte der Bundesrat, auch der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung tragen zu wollen.

### 3 Wesentliche Bestimmungen der Schadenersatz-RL

#### 3.1 Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5) und Zugang zu Verfahrensakten der Wettbewerbsbehörden (Art. 6)

[Rz 6] Die nationalen Gerichte sollen unter Voraussetzung der substantiierten Behauptung eines Schadenersatzanspruchs (bzw. -einwands) die Offenlegung von mit hinreichender Genauigkeit bezeichneten einzelnen Beweisstücken oder Kategorien von Beweismitteln anordnen können. Dabei gilt das Prinzip der Verhältnismässigkeit bzw. Interessenabwägung insbesondere auch bezüglich Geheimhaltung von vertraulichen Informationen (Art. 5 der RL).

[Rz 7] Besondere Bestimmungen gelten für die Offenlegung von Beweismitteln, die in den Verfahrensakten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind (Art. 6 der RL). Handelt es sich bei diesen Akten um Unterlagen eines Kronzeugen, so besteht diesbezüglich ein zentraler Interessengegensatz zwischen dem Interesse des Klägers an einem möglichst vollumfänglichen Zugang zu möglichen Beweismitteln und den Interessen der Wettbewerbsbehörden an der Aufrechterhaltung der Attraktivität der Kronzeugenregelungen. Die RL versucht diesen Bedenken Rechnung zu tragen und die Attraktivität der Kronzeugenregelung für Kartellmitglieder nicht zu schmälern. Dieses Risiko würde insbesondere dann bestehen, wenn private Kläger z.B. die Unterlagen der mit den Wettbewerbsbehörden kooperierenden Kartellanten herausverlangen könnten. Unter anderem sollen daher die Gerichte prüfen, ob ein Antrag auf Offenlegung *«eigens hinsichtlich Art, Gegenstand oder Inhalt der betreffenden Unterlagen formuliert wurde und nicht unspezifisch in Bezug auf die der Wettbewerbsbehörde übermittelten Unterlagen oder Unterlagen in den Akten der Wettbewerbsbehörde.»* (Art. 6(4)(a) der RL).

[Rz 8] In *Pfleiderer* (2011)<sup>14</sup> und *Donau Chemie* (2013)<sup>15</sup> entschied der EuGH, dass eine generelle Verweigerung der Offenlegung der durch einen Kronzeugen im Kartellverfahren den Behörden zur Verfügung gestellten Informationen EU-rechtswidrig ist. Die RL (Art. 6(6)) hält nun fest, dass die Gerichte die Offenlegung von Kronzeugenunternehmenserklärungen («leniency statements»)<sup>16</sup> und Vergleichsausführungen («settlement submissions»)<sup>17</sup> nicht anordnen dürfen. Hierbei wird den staatlichen Gerichten die Möglichkeit übertragen, zu prüfen, ob die in diesen Kategorien verzeichneten Akten der Wettbewerbsbehörden effektiv als Kronzeugenunternehmenserklärungen oder Vergleichsausführungen qualifizieren. Diesbezüglich haben die be-

---

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011 in Rs. C-360/09 (*Pfleiderer gegen Bundeskartellamt*).

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013 in Rs. C-536/11 (*Bundeswettbewerbsbehörde gegen Donau Chemie AG*).

<sup>16</sup> Definiert als *«eine mündliche oder schriftliche freiwillige Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw. ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw. ihre Beteiligung daran mitteilt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms für die Anwendung des Artikels 101 AEUV oder der entsprechenden Bestimmung des einzelstaatlichen Rechts bei der betreffenden Behörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen»* (Art. 4(16) der RL).

<sup>17</sup> Definiert als *«eine freiwillige Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, die das Anerkenntnis oder den Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung enthält und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, der betreffenden Behörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen»* (Art. 4(18) der RL).

troffenen Unternehmen ein Anhörungsrecht (Art. 6(7) der RL). Ausserdem dürfen die Gerichte die Offenlegung von zurückgezogenen Vergleichsausführungen sowie Informationen, die «*eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren*» oder «*von einer Wettbewerbsbehörde im Lauf des Verfahrens*» erstellt worden sind, erst dann anordnen, wenn die Wettbewerbsbehörde ihre Verfahren eingestellt oder eine Entscheidung erlassen hat (Art. 6(5) der RL). Schliesslich dürfen Beweismittel, die eine Person allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt hat, in einem Schadenersatzverfahren nur von dieser Person verwendet werden (Art. 7(3) der RL).

[Rz 9] Vergleichbare gesetzliche Bestimmungen finden sich derzeit nicht im Schweizer KG<sup>18</sup>, aber in der Lehre wird überzeugend dargelegt, dass Aktenstücke, welche ein Unternehmen im Rahmen einer Selbstanzeige eingereicht hat, generell der Akteneinsicht durch Dritte entzogen sein müssen.<sup>19</sup> Eine Abweichung hiervon würde die Attraktivität der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG erheblich gefährden und ist somit abzulehnen.

### 3.2 Wirkung einzelstaatlicher Entscheidungen

[Rz 10] Nach Art. 9 RL soll die endgültige Feststellung einer wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung durch eine Wettbewerbsbehörde oder ein staatliches Gericht Bindungswirkung für die Schadenersatzklage vor den Gerichten des betreffenden Mitgliedstaats haben. Diese Bestimmung war in der Vorlage der Kommission noch wesentlich weitreichender und verlangte insbesondere auch eine Bindungswirkung an Entscheide von Behörden anderer Mitgliedstaaten. Das Parlament hat hier eine erhebliche Reduktion der Bindungswirkung herbeigeführt, so dass nur noch Entscheide der nationalen Behörde desselben Mitgliedstaates bindend sind. Entsprechende Entscheide einer Behörde oder eines staatlichen Gerichts eines anderen Mitgliedstaats sollen nur – aber immerhin – einen *prima facie* Beweis für einen Verstoss darstellen.

[Rz 11] Im Schweizer KG besteht mangels gesetzlicher Regelung keine Bindungswirkung an Entscheide der Schweizer Wettbewerbsbehörden.<sup>20</sup> Der Zivilrichter hat grundsätzlich unabhängig auf Basis seiner eigenen rechtlichen Rahmenbedingungen und Beweisregeln zu entscheiden. Aufgrund der Unabhängigkeit der Justizbehörden von der Wettbewerbskommission ist eine solche Bindungswirkung auch weiterhin zu verneinen.<sup>21</sup>

### 3.3 Verjährung

[Rz 12] Die Verjährung für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzansprüche soll mindestens fünf Jahre betragen. Die Verjährungsfrist läuft ab Kenntnis, aber nicht vor Ende der Zuwiderhandlung. Die Untersuchung einer Wettbewerbsbehörde hemmt oder unterbricht die Verjährung und läuft

---

<sup>18</sup> Vgl. grundsätzlich zur Stellung des Kronzeugen in Schadenersatzverfahren: SERAINA DENOTH, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Zürich/St. Gallen 2012.

<sup>19</sup> BSK-KG JACOBS/GIGER, Vor Art. 12–17 Rz 28.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu CHRISTOPH LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. 2000, Bern, S. 207 ff; sowie ARNOLD F. RUSCH / SUSANNA GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 11.

<sup>21</sup> So ist ein Zivilrichter auch nicht an allfällige Gutachten der Wettbewerbskommission nach Art. 15 KG gebunden (RPW 2003/2, 471 ff.).

frühestens ein Jahr nach Ende einer solchen Untersuchung ab (Art. 10 der RL).

[Rz 13] Gemäss dem KG-Revisionsvorschlag soll während der Dauer einer Untersuchung nach Art. 27 KG die Verjährung nicht beginnen bzw. stillstehen, falls sie begonnen hat. Dies fördert tendenziell *follow-on* Klagen, hat aber keine Auswirkung auf *stand-alone* Klagen.<sup>22</sup> Gegenwärtig ist von einer Verjährung auf Basis von Art. 60 Abs. 1 OR auszugehen, also (relativ) ein Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie (absolut) zehn Jahre ab der schädigenden Handlung; wobei insbesondere die relative Verjährungsfrist teilweise als zu kurz kritisiert wird.<sup>23</sup>

### 3.4 Solidarische Haftung

[Rz 14] Unternehmen, die durch ein gemeinsames Verhalten gegen das Wettbewerbsrecht verstossen haben, sollen im Aussenverhältnis gesamtschuldnerisch und im Innenverhältnis nach Verursachungsgrad für den gesamten verursachten Schaden haften (Art. 11 der RL). Vorteilhaftere Regeln gelten für Teilnehmer von Kronzeugenprogrammen (Art. 11(3) der RL) und spezielle Schutzregeln gelten für gewisse KMUs (Art. 11(2) der RL).

[Rz 15] In der Schweiz haften gemäss der Lehre mehrere Unternehmen, die gemeinsam – in bewusster Teilnahme – eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben, solidarisch nach Art. 50 Abs. 1 OR, d.h. jedes dieser Unternehmen kann auf den gesamten Schadenersatzbetrag belangt werden.<sup>24</sup> Die Verteilung der Haftung im Innenverhältnis sollte sich gemäss Art. 50 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen anteilmässig nach dem Grad des Verschuldens der einzelnen Teilnehmer bestimmen.<sup>25</sup> Die aktuell diskutierte Revision des Kartellgesetzes sieht in diesem Bereich keine Änderungen vor.

### 3.5 Schadensabwälzung

[Rz 16] Die EU-Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass Schadenersatzansprüche auf allen Ebenen der Vertriebskette (also auch von sog. «indirect purchasers» bzw. mittelbaren Abnehmern) geltend gemacht werden können. Den mittelbaren Abnehmern soll der Schadensnachweis erleichtert werden. Der Abwälzungsbeweis gilt als erbracht, wenn der mittelbare Abnehmer beweist, dass (a) der Beklagte eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, (b) die Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten hatte, und (c) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren, oder aus gegenständlichen Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen waren bzw. solche enthielten (Art. 14 der RL).

[Rz 17] Im Schweizer Recht besteht derzeit aufgrund des Wortlauts von Art. 12 KG eine Aktivlegitimation einzig für Kläger, welche durch die Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Nach herrschender Auffassung schliesst

---

<sup>22</sup> ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Revision des Kartellgesetzes, St. Gallen, 2012, S. 147.

<sup>23</sup> Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Revision des Kartellgesetzes, St. Gallen, 2012, S. 146.

<sup>24</sup> BSK-KG JACOBS/GIGER, Art. 12 N 88; mit Verweis auf BGE 104 II 225E. 4a und BGE 90 II 501E. 3.

<sup>25</sup> Nach JACOBS/GIGER bestimmt sich der Haftungsanteil in erster Linie nach dem Grad des Verschuldens, aber dann auch nach dem Interesse der beteiligten Unternehmen an der Wettbewerbsbeschränkung (a.a.O., Art. 12 N 89, mit weiteren Hinweisen).

dies den Endkunden (Konsumenten) aus, da dieser keine Wettbewerbsbeschränkung erleiden kann.<sup>26</sup> Dennoch ist es gerade der Endkunde, der als letzte Marktstufe die Folgen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung trägt. Diese «stossende Haftungslücke»<sup>27</sup> sollte mit der Revision des Kartellgesetzes geschlossen werden. Die vorgeschlagene Änderung des Art. 12 KG würde die Möglichkeit zur zivilrechtlichen Klage auf alle von Kartellen Betroffenen ausdehnen.<sup>28</sup> Auch Konsumentenorganisationen wären damit zur Klage legitimiert, wenn sie sich die Forderungen von Endkunden abtreten lassen.<sup>29</sup>

[Rz 18] Eine beklagte Partei soll im Gegenzug aber auch die Einrede erheben können, dass der mögliche Preisaufschlag an die nachgelagerten Ebenen abgewälzt wurde, so dass der Schaden beim direkten Käufer entsprechend zu reduzieren wäre («passing-on defense»). Gemäss Art. 13 RL liegt jedoch die Beweislast für die Weitergabe des Preisaufschlags bei der beklagten Partei, welche hierbei Offenlegungen des Klägers bzw. von Dritten verlangen kann. Gerade auch diese Beweisbestimmung zeigt, wie weitgehend die RL in die nationalen Rechtssysteme eingreifen und auch die Beweislast- und Editionsregeln beeinflussen wird. In jedem Fall muss eine Überkompensation verhindert werden, um zu gewährleisten, dass der Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbusse auf keiner Vertriebsstufe den dort erlittenen Schaden übersteigt.

[Rz 19] Im Schweizer Recht ist ebenfalls davon auszugehen, dass die «passing-on defense» zulässig ist. Dies ergibt sich aus den allgemeingültigen Bestimmungen des OR zur Schadensfestsetzung und dem Konzept, wonach der Geschädigte die infolge des schädigenden Ereignisses erzielten Vorteile vom ursprünglichen Schaden in Abzug bringen muss.<sup>30</sup> Die Revision des Kartellgesetzes würde hieran nichts ändern, aber eine weitere Dimension bezüglich der Konsequenzen des Schadenersatzes einführen. Gemäss Art. 49a Abs. 6 E-KG könnte ein von der Wettbewerbskommission gebüßtes Unternehmen im Falle einer rechtskräftigen Verpflichtung zur Schadenersatzzahlung die Rückerstattung oder Erlassung der ursprünglichen Busse in angemessenem Umfang verlangen. Hierdurch würde eine unbillige Doppelbelastung vermieden.

### 3.6 Ermittlung des Schadensumfangs

[Rz 20] Bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen soll die widerlegbare Vermutung gelten, dass die Zuwiderhandlung einen Schaden verursacht hat. Die Beweislast- und Beweismassregeln für das Quantum sollen derart gestaltet werden, dass sie dem Geschädigten die Ausübung seiner Rechte auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich macht oder übermässig erschwert. Die Gerichte sollen den Schadensumfang schätzen dürfen (Art. 17 der RL).<sup>31</sup> Dies können Schweizer

---

<sup>26</sup> BSK-KG JACOBS/GIGER, Art. 12 N 23, mit weiteren Hinweisen. Siehe aber ARNOLD F. RUSCH / SUSANNA GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 11.

<sup>27</sup> Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (zit. «Botschaft»), BBl 2012 3948.

<sup>28</sup> Botschaft, BBl 2012 3928. Wortlaut des neu vorgeschlagenen Art. 12: «Wer durch einen unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (...).»

<sup>29</sup> Vgl. Botschaft, BBl 2012 3948.

<sup>30</sup> Vergleiche hierzu ausführlich ROLAND VON BÜREN, Zur Zulässigkeit der «passing-on defence», SZW 3/2007, 189 ff. Ebenso ARNOLD F. RUSCH / SUSANNA GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 6.

<sup>31</sup> Hierbei insbesondere von Relevanz ist wohl die «Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union», Abl. C vom 13. Juni 2013, 19.

Gerichte grundsätzlich ebenfalls tun (vgl. Art. 42 Abs. 2 OR).

### 3.7 Einvernehmliche Streitbeilegung

[Rz 21] Die RL will einvernehmliche Streitbelegungen erleichtern. Die Verjährungsfrist für Schadenersatzklagen soll für die Dauer der einvernehmlichen Streitbeilegung – jedoch für maximal zwei Jahre – gehemmt sein. Ausserdem sollen die staatlichen Gerichte das Schadenersatzverfahren während der Streitbeilegung suspendieren können. Kommt ein Vergleich zustande, so können die nicht am Vergleich beteiligten Unternehmen grundsätzlich vom vergleichenden Unternehmen keinen Ausgleichsbetrag für den verbleibenden Anspruch verlangen (Art. 18–19 der RL).

## 4 Abschliessende Überlegungen

[Rz 22] Mit der RL versucht die EU, Schadenersatzklagen bei Kartellrechtsverstößen zu erleichtern und damit den aus Wettbewerbsverstößen vermuteten Vermögensvorteil zum Teil in die Hände der geschädigten Unternehmen und Verbraucher zu steuern. Dies soll auch als ergänzendes Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts dienen. Die RL wird – insbesondere aufgrund der weitgehenden Eingriffe in materielles Recht und Verfahrensregeln – in den Mitgliedstaaten unterschiedlichen, aber teilweise erheblichen Umsetzungsbedarf hervorrufen.<sup>32</sup>

[Rz 23] Wichtig zu verzeichnen ist sicherlich der Versuch, die offenen Fragen aus *Pfleiderer* zu den Kronzeugenunternehmenserklärungen zu regeln, um so diesbezüglich Rechtssicherheit herzustellen. Weiter von Relevanz sind sicherlich die Bestimmungen zur Wirkung einzelstaatlicher Verfahren, zur gesamtschuldnerischen Haftung, zu den Schadensvermutungen und dem Effekt von einvernehmlichen Streitbelegungsverfahren. Insgesamt werden diese Instrumente voraussichtlich wie erhofft die Durchsetzung privater Schadenersatzklagen erleichtern. Dies wird jedoch auch von der konkreten innerstaatlichen Umsetzung und insbesondere von der Anwendung durch die einzelstaatlichen Gerichte abhängen. Die zu Recht anerkannte «passing-on defense» erschwert den Direktabnehmern die Klage, obwohl auch hier die Beweislast beim Beklagten liegt – sie stellt jedoch richtigerweise sicher, dass es bei den Klägern nicht zu einer Überkompensation kommt. Ohne eine umfassende Regelung des kollektiven Rechtsschutzes – welche ihre eigenen Probleme hervorruft – bleibt jedoch die Schadensdiffusion in der Abnehmerkette. Dies wird weiterhin eine Schwelle für die privatrechtliche Durchsetzung darstellen.

[Rz 24] Die RL löst jedoch zahlreiche praktische Probleme nicht bzw. wirft viele praktische Fragen auf, die der Gestaltung der nationalen Gesetzgebung überlassen bleiben. Deren konkrete Ausgestaltung wird sodann allenfalls erst in den zu erwartenden nationalen Gerichtsverfahren geklärt werden. Das Risiko der «over-compensation» erscheint aller Absichtsbekundungen zum Trotz real, und die Schadenberechnung bzw. -schätzung wird die Gerichte vor erhebliche Herausforderungen stellen.

[Rz 25] Der Schweizer Gesetzgeber tut gut daran, die Entwicklungen in der EU im Zusammenhang mit der Umsetzung und Anwendung der RL genau zu beobachten. Eine rasche Übernahme

---

<sup>32</sup> WOLFGANG MEDERER, Richtlinienvorschlag über Schadenersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847, 851.

ist angesichts der heute noch teilweise unklaren Voraussetzungen *de lege lata* kritisch zu prüfen und allenfalls abzulehnen, weil nicht vorhersehbar ist, ob und in welchem Umfang Anpassungen überhaupt notwendig sind.<sup>33</sup>

---

DAVID MAMANE, LL.M. (Bruges), Partner und JAMES MENZ, J.D., Counsel bei Schellenberg Wittmer AG, Zürich.

---

<sup>33</sup> Siehe dagegen ARNOLD F. RUSCH / SUSANNA GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 16.