

Arnold F. Rusch / Susanna Gut

Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?

Art. 12 E-KG hätte explizit auch Konsumenten zur Schadenersatzklage legitimiert. Die Autoren zeigen in ihrer Analyse, dass das schon vorher so war und auch in Zukunft so sein muss, trotz der vorläufig gescheiterten Revision. Das Bekenntnis des Gesetzgebers zu dieser Norm wäre dennoch wertvoll: Es würde zeigen, dass der Gesetzgeber die Klage als Korrektiv wünscht. Damit dies nicht nur ein dürres Lippenbekenntnis bleibt, müsste mit der neuen Norm allerdings ein prozessrechtlicher Paradigmenwechsel einhergehen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht; Kartellrecht; Konsumentenrecht

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch / Susanna Gut, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in: Jusletter 2. Juni 2014

Inhaltsübersicht

- 1 Ausgangslage
- 2 Anspruchsvoraussetzungen
 - 2.1 Forum und anwendbares Recht
 - 2.2 Schaden
 - 2.3 Widerrechtlichkeit
 - 2.4 Kausalzusammenhang
 - 2.5 Verschulden
 - 2.6 Verjährung
- 3 Hürdenreiche Klage
- 4 Anforderungen der neuen Norm an ein effektives Prozessrecht
- 5 Schlusswort

1 Ausgangslage

[Rz 1] Der Veranschaulichung dient folgender Fall: Ein Schweizer Konsument hat sich im April 2012 bei einem Schweizer BMW-Händler einen BMW gekauft. Einen Monat später erfährt er, dass die WEKO gegen Bayerische Motoren Werke AG, München (Deutschland) eine – noch nicht rechtskräftige – Busse von Fr. 156'868'150 wegen Absprachen i.S. von Art. 5 des Kartellgesetzes (KG) verhängt hat. Der Grund dafür war, dass die Händlerverträge mit den BMW-Händlern im EWR Verkäufe an Abnehmer ausserhalb des EWR ausschlossen.¹ Auch der Konsument hat Anhaltspunkte, dass er für seinen Geländewagen im Vergleich zu Deutschland einen um über Fr. 20'000 höheren Preis bezahlt hat.² *Könnte er gegen BMW klagen?* Art. 12 E-KG hätte die Aktivlegitimation im Unterschied zum geltenden Recht nicht mehr an die Behinderung der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs geknüpft: «*Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, hat Anspruch auf: (...) c. Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts; (...).*»³ Kartellrechtsverstösse tangieren auch den Konsumenten in seinen wirtschaftlichen Interessen. Das neue Recht hätte somit eine Klage des Konsumenten klar ermöglicht. Allerdings hat nur der Ständerat das neue Kartellgesetz angenommen. Der Nationalrat als Zweitrat trat darauf nicht ein.⁴ Die Revision geht mit ungewissem Ausgang weiter. Doch wie noch zu zeigen ist, hat die Aktivlegitimation der Konsumenten schon vorher bestanden, woran sich durch den ins Stocken geratenen Revisionsprozess nichts ändert.

2 Anspruchsvoraussetzungen

[Rz 2] Erhebt ein Konsument eine Klage gegen ein Unternehmen, das an einem behördlich festgestellten Wettbewerbsverstoss beteiligt war, so spricht man von einer kartellrechtlichen *Follow-on-*

¹ WEKO, Verfügung vom 7. Mai 2012 gegen Bayerische Motoren Werke AG, München, N 86.

² Dies entspricht ungefähr den Gegebenheiten der WEKO-Untersuchung (Fn. 1), 93 (BMW X5 xDrive50i).

³ Text gemäss BBl 2012 3991.

⁴ AB 2013 346(Ständerat) und AB 2014 130(Nationalrat, 6. März 2014, Geschäft Nr. 12.028).

Klage.⁵ Diese zielt darauf ab, den kartellbedingt überhöhten Preis⁶ im Wege des Schadenersatzes zu liquidieren.⁷ Nach dem heute geltenden Wortlaut von Art. 12 KG sind nur Unternehmen aktiv- und passivlegitimiert; Konsumenten nicht.⁸ Allerdings beschränkt die Norm keine Ansprüche, die sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben.⁹ Die Bedeutung des Kartellverbots gebietet die Gewährung eines deliktsrechtlichen Schutzes für die vom Kartellverstoss betroffenen Personen.¹⁰ Im Fokus steht der Schadenersatzanspruch aufgrund von Art. 41 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR).¹¹ *Vertragsrechtliche* Ansprüche würden nur gegen den Schweizer BMW-Händler als Verkäufer des BMW bestehen, doch hat die WEKO die Beteiligung der Schweizer BMW-Händler an der Absprache nicht weiter untersucht und auch diesbezüglich keinen Verstoss festgestellt.¹² Es wäre somit keine *Follow-on*-Klage. Voraussetzungen der Klage aus Delikt gegen BMW in München sind der Schaden, die Widerrechtlichkeit, die Kausalität und das Verschulden.

2.1 Forum und anwendbares Recht

[Rz 3] Da sich die *Follow-on*-Klage auf eine deliktsrechtliche Norm stützt, bestimmt sich auch der Gerichtsstand nach den prozessualen Bestimmungen über die unerlaubte Handlung. Bei Binnensachverhalten ist Art. 36 der Zivilprozessordnung (ZPO) massgebend. Hat der Kartellant, wie im eingangs erwähnten BMW-Fall seinen Sitz im Ausland, so existiert neben der Zuständigkeit am (Wohn-)Sitz des Beklagten in Deutschland regelmässig ein Gerichtsstand am Handlungs- und Erfolgsort (hier Art. 5 Nr. 3 des Lugano-Übereinkommens [LugÜ], allg. Art. 129 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [IPRG]). Der Erfolgsort liegt bei Absprachen dort, «*wo der Konsument letztlich einen überhöhten Preis hat bezahlen müssen*»,¹³ also in der Schweiz.

[Rz 4] Das anwendbare Recht bestimmt sich «*...nach dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte unmittelbar betroffen ist*» (Art. 137 Abs. 1 IPRG). DASSER/BREI verlangen eine Betrof-

⁵ ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Bern 2009, Internet: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html?lang=de> (5. April 2014), 108 f.

⁶ Die mit Kartellen bezweckte Angebotsbeschränkung, Marktaufteilung oder Preisanhebung führt regelmässig zu höheren Preisen und einer geringeren Angebotsvielfalt für die Verbraucher, vgl. EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004, C-102/00, BeckEuRS 2004, 287453, Ziff. 53.

⁷ Vgl. THOMAS LÜBBIG, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04bis C-298/04, Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a., EuZW 2006, 536 f., 536.

⁸ HEINEMANN (Fn. 5), 66; a.M. CHRISTOPH LÜSCHER, Die Konzeption privater Kartellrechtsdurchsetzung im Lichte der Kartellgesetz-Revision 2012 «reconsidered», AJP 2013, 1653 ff., 1669, der das Behinderungskriterium nur auf die Ansprüche gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a und c KG bezieht, nicht aber auf lit. b (d.h. Schadenersatz; ebenso PHILIPPE SPITZ, Haftung für Wettbewerbshandlungen, in: Peter Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, 205 ff., N 90).

⁹ ALEXANDER BRUNNER, Konsumentkartellrecht, AJP 1996, 931 ff., 941.

¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 in WM 2012 231 ff., 233, N 25.

¹¹ Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass auch Art. 28 ZGB eine mögliche Grundlage für Klagen von oder gegen Konsumenten darstellt, bejahend BRUNNER (Fn. 9), AJP 1996, 941; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Fribourg 1999, N 692; verneinend insb. in Bezug auf die Begründung der Aktivlegitimation von Konsumenten CHRISTOPH GEORG LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. Bern 1999 = ASR Heft 634, 36 f. Der vorliegende BMW-Fall weist keinen persönlichkeitsrechtlichen Bezug auf. Dieser liegt nur vor, wenn jemand in seiner wirtschaftlichen Entfaltung eingeschränkt wird (vgl. dazu BGE 123 III 193 ff., 198 f.), was bei überhöhten Fahrzeugpreisen nicht der Fall ist.

¹² Vgl. WEKO-Verfügung (Fn. 1), N 90-96; vgl. zu den vertraglichen Ansprüchen SPITZ (Fn. 8), N 21 ff.

¹³ Vgl. BSK-DIETER A. HOFFMANN/OLIVER M. KUNZ, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, LugÜ 5 N 588.

fenheit im Sinne einer Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Geschädigten,¹⁴ was auf die Klage eines Konsumenten nur passt, wenn dieser auch unter den Schutzzweck des Kartellgesetzes fällt. Dies lässt sich mit den untenstehenden Argumenten zur Widerrechtlichkeit gut begründen. Schweizer Recht kommt auch gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG zur Anwendung, wenn sich die Absprache auf dem Schweizer Markt auswirken sollte, was beim BMW-Fall offensichtlich war. Eine Rechtswahl im Bereich des internationalen Kartellprivatrechts schliesst die h.L. aus.¹⁵ Die Schadenersatzklage des Schweizer BMW-Käufers richtet sich somit nach Schweizer Recht.

2.2 Schaden

[Rz 5] Im Gegensatz zum verwaltungsrechtlichen Verfahren, in dem die WEKO eine Busse mit abschreckender Wirkung festsetzt, steht im Zivilverfahren bei der Festsetzung des Schadenersatzes der Kompensationsgedanke im Vordergrund.¹⁶ Der Schadenersatz soll den Geschädigten in die Lage ohne Verstoß gegen das Kartellrecht versetzen. Der *Schaden* ergibt sich deshalb aus der Differenz zwischen dem tatsächlich bezahlten Kartellpreis und einem hypothetischen Marktpreis. Im BMW-Fall muss man dabei berücksichtigen, dass die Fahrzeuge je nach Absatzland zum Teil über unterschiedliche Ausstattungen und Servicepakete verfügen und die Kaufpreise nicht jede Wechselkursänderung sofort reflektieren können.¹⁷ Wegen der komplexen ökonomischen Zusammenhänge ist das Schadensquantum schwierig zu bestimmen.¹⁸ Die Beweisprobleme lassen sich indes durch die Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR teilweise lösen.¹⁹

[Rz 6] Bei der Schadensermittlung zeigt sich erschwerend die sog. *passing-on defense*, wonach der Geschädigte die überhöhten Kartellpreise an eine nachgelagerte Marktstufe durchgereicht habe.²⁰ Die *passing-on defense* – so argumentiert auch die Botschaft zum KG – kann die private Kartellrechtsdurchsetzung in Frage stellen. Tatsächlich kann dieser Einwand dazu führen, dass der Kartelldelinquent niemandem gegenüber haftbar ist. Klagt ein Unternehmen, kann der Kartelldelinquent sich meist darauf berufen, dieses hätte den zu viel bezahlten Preis an die Abnehmer und zuletzt an die Konsumenten weitergereicht.²¹ Bei den Konsumenten verbleiben nur noch Streuschäden, deren Geltendmachung sich nicht lohnt.²² Die Ansprüche der aus dieser Schadens-

¹⁴ BSK-FELIX DASSER/GERALD BREI, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. A., Basel 2013, IPRG 137 N 15, m.w.H.; vgl. DOROTHEE SCHRAMM/AXEL BUHR, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, IPRG 137 N 8.

¹⁵ HEINEMANN(Fn. 5), 92; BSK-DASSER/BREI (Fn. 14), IPRG 137 N 14b, 23.

¹⁶ FRANZ BÖNI, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter 12. August 2013, Rz 12, 16.

¹⁷ Vgl. dazu die Argumente von BMW in der WEKO-Verfügung (Fn. 1), Ziff. 33, 142, 164, 194 f.

¹⁸ HEINEMANN(Fn. 5), 72 f.

¹⁹ Vgl. Urteil Handelsgericht AG vom 13. Februar 2003 (RPW 2003, 451 ff.; Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau) mit Schadensquantifizierung mittels geografischem Vergleichsmarktkonzept.

²⁰ Vgl. MARC BÄCHLI, Die «Passing-on Defense», SJZ 2007, 365 ff., 365; ROLAND VON BÜREN, Zur Zulässigkeit der «passing-on defence» in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, 189 ff.; der deutsche BGH entschied in einem richtungsweisenden Grundsatzurteil, dass sich Mitglieder eines Kartells gegen Schadenersatzansprüche mit dem Einwand der *passing-on defense* verteidigen können, BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 in WM 2012 231 ff., 233, N 55 ff.

²¹ Vgl. Botschaft KG, BBl 2012 3948.

²² An der Geltendmachung von Streuschäden haben die Verbraucher meist kein Interesse, was die Praktikabilität des individuellen Rechtsschutzes beeinträchtigt und den Kartellanten entlastet, vgl. ECKARD REHBINDER, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. A., München 2009, § 33 GWB N 16, 40.

abwälzung letztlich geschädigten Konsumenten scheitern sodann an deren teilweise bestrittenen Aktivlegitimation.²³ Anders sieht die Rechtslage in der EU aus. Der EuGH hat entschieden, dass jedermann, der durch einen Kartellrechtsverstoss einen Schaden erlitten hat, die Möglichkeit haben muss, vom Schädiger Schadenersatz zu verlangen. Es handelt sich dabei um die Entscheidung *Courage*²⁴, die er in der Entscheidung *Manfredi*²⁵ bestätigt hat. Eine vom EU-Parlament neu erlassene Richtlinie, deren Genehmigung durch den Ministerrat noch aussteht, nimmt diesen Gedanken auf und will die Durchsetzung des Kartellrechts auf privatrechtlichem Wege im Sinne des *private enforcement* stärken und so die behördliche Durchsetzung, das *public enforcement*, ergänzen.²⁶ Dieses duale System soll insgesamt eine effektivere Durchsetzung des Kartellrechts erreichen. Beide Urteile stützen sich dabei folgerichtig auf den *Effektivitätsgrundsatz*.

2.3 Widerrechtlichkeit

[Rz 7] Da der Konsument regelmässig einen reinen Vermögensschaden geltend macht, muss er zur Begründung der *Widerrechtlichkeit* die Verletzung einer Schutznorm darlegen.²⁷ Als Schutznormen zur Begründung der Widerrechtlichkeit kommen Art. 5 und 7 KG in Betracht. Unbestritten ist, dass das KG *zumindest indirekt* auch den Interessen der Konsumenten dient.²⁸ In ähnlichen Fällen hat sich das Bundesgericht grosszügig gezeigt und Vorschriften, die primär der Öffentlichkeit dienen, auch für individuelle Ansprüche Schutznormcharakter zugesprochen.²⁹ Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1 KG in persönlicher Hinsicht auf Unternehmen Anwendung findet, so schliesst dies nicht aus, dass sich auch Konsumenten auf die Bestimmungen des KG als Schutznormen berufen können. Insbesondere die *teleologische Auslegung* spricht dafür. Wird explizit die Marktgegenseite vor Ausbeutung geschützt und bildet die Konsumentenwohlfahrt ein

²³ Vgl. Botschaft KG, BBl 2012 3948. Zwischen dem Problem der Schadensabwälzung und der Aktivlegitimation indirekter Abnehmer besteht somit ein direkter Zusammenhang. HEINEMANN (Fn. 5), 76 ff., diskutiert vier Handlungsoptionen, wie mit dieser Korrelation umgegangen werden kann und befürwortet die Zulassung der passing-on defense mit der Klagelegitimation des indirekten Abnehmers (77 f.).

²⁴ EuGH, Urteil vom 20. September 2001 – Rs. C-453/99, *Courage Ltd/Bernard Crehan*, EuR 2002, 216 ff., 219, N 26 f.

²⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – C-295/04bis C-298/04 *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, EuZW 2006, 529 ff., 533, N 60.

²⁶ Vgl. dazu den *Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union* vom 11. Juni 2013 (zitiert: Richtlinienvorschlag), 3; vgl. die vom europäischen Parlament am 17. April 2014 angenommene Version bei [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-455_de.htm?locale=FR](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2014-0089uage=DE(22. April 2014; ausstehend ist einzig die Genehmigung des Ministerrats, vgl. Internet: <a href=)). Die Richtlinie wird voraussichtlich Mitte 2016 in Kraft treten (vgl. RENÉ HÖLTSCHI, Die EU stärkt Kartellopfer, NZZ 19. April 2014, 33).

²⁷ Im Gegensatz zum Schweizer Recht ist der deutsche Zivilrichter, der eine Follow-on-Klage beurteilt, an die rechtskräftige Feststellungen des Kartellverstosses der Wettbewerbsbehörde gebunden, vgl. § 33 Abs. 4 S. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und VOLKER EMMERICH, Kartellrecht, 12. A., München 2012, 587, N 23.

²⁸ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 263, m.w.H.; BRUNNER (Fn.9), AJP 1996, 941; BSK-RETO JACOBS/GION GIGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, KG 12 N 129.

²⁹ Vgl. BGE 102 II 85ff., 87 f. und BGE 101 Ib 252ff., 256; vgl. BSK-HEIERLI/SCHNYDER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-VERFASSER), OR 41 N 34 ff.; vgl. VITO ROBERTO/JENNIFER RICKENBACH, Was ist eine Schutznorm? ZSR 2012, 185 ff., 187 f.

wesentliches Ziel des Kartellrechts,³⁰ ist nicht einzusehen, weshalb dieser Schutz nicht auch die individuellen Rechte der einzelnen Marktteilnehmer umfasst. Deshalb müssen auch Konsumenten Schadenersatz geltend machen können, weil sonst wegen der *passing-on defense* gar niemand Schadenersatz bekommen würde. Mit dieser Überlegung hat der deutsche BGH gerade einem Endabnehmer die Geltendmachung von Schadenersatz gestützt auf § 823 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) i.V.m. Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gewährt.³¹ Diese Normen entsprechen den Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 5 KG. Wer somit gegen Art. 5 oder Art. 7 KG verstösst, haftet dem dadurch in seinem Vermögen Geschädigten.³² Der Verstoß als solcher begründet die Widerrechtlichkeit der Schädigung.³³ Das Unrecht liegt in einem unerlaubten Eingriff in den unverfälschten Koordinationsmechanismus «Markt», der den Marktbeteiligten, sei es als Unternehmen oder Endverbraucher, zusätzliche Kosten verursacht, denen kein wirtschaftlicher Wert gegenübersteht.³⁴

2.4 Kausalzusammenhang

[Rz 8] Die Haftung nach Art. 41 OR setzt weiter einen *natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang* zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden voraus.³⁵ Die Ursächlichkeit eines kartellrechtlich relevanten Verhaltens für die Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen ist dabei anhand des Preisniveaus zu ermitteln, das sich ohne die kartellbedingte Überteuerung eingestellt hätte. Der erhöhte Preis darf nicht auf andere preisbildende Faktoren, wie zum Beispiel eine bessere Ausstattung oder hohe Schweizer Löhne, zurückgeführt werden können.³⁶ Die vorgeworfene Absprache im BMW-Fall muss also *conditio sine qua non* des überteuerten Preises in der Schweiz sein; sodann muss diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen.

2.5 Verschulden

[Rz 9] Schliesslich verlangt Art. 41 OR ein *Verschulden*.³⁷ Im Bereich von Absprachen besteht zu meist Vorsatz.³⁸ Wer eine Kartellrechtsverletzung begeht, nimmt zumindest in Kauf im Sinne des Eventualvorsatzes, dass sich die Preise auf der Marktgegenseite und die nachgelagerten Markt-

³⁰ CR-VINCENT MARTENET/PIERRE TERCIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. A., Basel 2013 (zitiert: CR-Verfasser), KG 1 N 13, 16 f.

³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 in WM 2012 231 ff., 233, N 23–26.

³² Auch gemäss der neuen EU-Richtlinie fällt der Verbraucher unter den Begriff des Geschädigten, vgl. Art. 4 des Richtlinienvorschlages (Fn. 26).

³³ THOMAS S. MÜLLER, *Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellrecht*, Diss. Bern 2008 = Zürich/St. Gallen 2008, 268; LÜSCHER (Fn. 8), AJP 2013, 1653 ff., 1662, 1669.

³⁴ LÜSCHER (Fn. 8), AJP 2013, 1658.

³⁵ BSK-HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 29), OR 41 N 14, m.w.H.; BSK-JACOBS/GIGER (Fn. 28), KG 12 N 78; MÜLLER (Fn. 33), 312 ff.; zur Formel vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2010 vom 22. März 2011, E. 2.1 f.; vgl. N 55 des Manfredi-Entscheides (Fn. 25).

³⁶ Vgl. MÜLLER (Fn. 33), 312 f. und LANG (Fn. 11), 123.

³⁷ HEINEMANN (Fn. 5), 83 f., 126, fordert für die Schweiz die Einführung einer milden Kausalhaftung.

³⁸ Vgl. BSK-JACOBS/GIGER (Fn. 28), KG 12 N 82.

stufen durch die Schadensabwälzung gesamthaft erhöhen.³⁹ Da Verschulden nicht auf Unrechtsbewusstsein basiert, spielt es keine Rolle, dass sich BMW aufgrund umfangreicher Recherchen im Glauben wähnte, die Absprache falle nicht unter das Kartellgesetz (strittig).⁴⁰

2.6 Verjährung

[Rz 10] Für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche gilt die *Verjährungsfrist* für Ansprüche aus unerlaubter Handlung, d.h. relativ ein Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie absolut zehn Jahre ab der schädigenden Handlung.⁴¹ Die Klage gegen BMW wäre folglich schon verjährt, wenn der Konsument Kenntnis von den Verstössen durch die WEKO-Verfügung vom 7. Mai 2012 erlangt hat, obwohl diese bis heute nicht rechtskräftig ist. Die geplante Revision des Verjährungsrechts sieht eine Deliktsverjährung von drei Jahren relativ und zehn Jahren absolut vor,⁴² was für das Kartellzivilrecht vielleicht auch zu knapp wäre,⁴³ weshalb der vorläufig gescheiterte Entwurf des Kartellgesetzes folgerichtig einen Stillstand der Verjährung bis zum rechtskräftigen Entscheid der Kartellbehörde vorsieht.⁴⁴

3 Hürdenreiche Klage

[Rz 11] Insgesamt lässt sich somit feststellen, dass ein Konsument in materiellrechtlicher Hinsicht bereits heute über die Anspruchsgrundlagen verfügt, um seinen Schaden gegenüber dem Kartellanten geltend zu machen.⁴⁵ Von Interesse ist aber, ob der Endverbraucher *auch faktisch in der Lage ist*, seinen Schadenersatzanspruch im Prozess durchzusetzen. Bei einer Klage gegen BMW in der Schweiz müsste der Konsument mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Gerichtskosten mittels Kautionsvorschiessen (Art. 98 ZPO). Beim vorliegenden Streitwert von ungefähr Fr. 20'000 wären dies bereits Fr. 3'150. Ebenfalls einkalkulieren müsste er die Kosten eines Anwalts, so er einen beizieht. Diese verlangen in der Regel auch einen Vorschuss. Überdies kann er die allfällige Klage gegen BMW nicht einfach mit einem Hinweis auf die WEKO-Verfügung begründen, die ohnehin noch nicht rechtskräftig ist. Wegen der Verjährung kann er auch nicht zuwarten, bis dies der Fall ist. Der Konsument – und zwar jeder Konsument alleine – muss im Bestreitungsfall den Wettbewerbsverstoss beweisen, ebenso den Schaden, die Kausalität und das Verschulden.

³⁹ Vgl. MÜLLER(Fn. 33), 314 f. und CR-REYMOND(Fn. 30), KG 12 N 98–101; Die Haftung für das Verhalten der Organe und der zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugten Personen erfolgt bei juristischen Personen über Art. 55 Abs. 2 ZGB sowie Art. 722, 817, 899 Abs. 3 OR, bei Personengesellschaften über Art. 567 Abs. 3, 603 OR.

⁴⁰ LANG(Fn. 11), 129 f.; a.M. BSK-JACOBS/GIGER(Fn. 28), KG 12 N 82 und CR-REYMOND (Fn. 30), KG 12 N 96.

⁴¹ Gemäss Art. 60 Abs. 1 OR, vgl. PHILIPPE SPITZ, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 113 ff., 122.

⁴² Art. 60 Abs. 1 OR gemäss Entwurf in BBl 2014 287.

⁴³ Vgl. TILMAN MAKATSCH/VOLKER ABELE, Das Ende kollektiver Kartellschadenersatzklagen in Deutschland?, WuW 2014, 164 ff., 168 f.

⁴⁴ Art. 12a E-KG in BBl 2012 3991; vgl. zur Verjährung auch Art. 10 des Richtlinienvorschlages (Fn. 26).

⁴⁵ Dieselbe Meinung vertreten BSK-JACOBS/GIGER(Fn. 28), KG 12 N 129 f.; STÖCKLI(Fn. 11), N 692; SPITZ(Fn. 41), SZW 2005, 113, 119. Anderer Meinung sind HEINEMANN(Fn. 5), 66, Fn. 208 (der die Einführung eines solchen Anspruchs aber befürwortet) und ZÄCH(Fn. 28), N 881. Zur Übersicht über die divergierenden Lehrmeinungen vgl. FANNY PAUCKER, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Lukas Fahrländer/Reto Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, APARIUZ Band 15, Zürich/St. Gallen 2013, 643 ff., 665 f. und LÜSCHER (FN. 8), AJP 2013, 1659 f.

Die Akten des WEKO-Verfahrens kann er für seinen Prozess nicht beiziehen lassen,⁴⁶ geschweige denn verfügen der WEKO-Entscheid oder die WEKO-Stellungnahme (Art. 15 Abs. 1 KG) über eine Bindungswirkung, was den Wettbewerbsverstoss angeht.⁴⁷ Die Schadensermittlung und der Kausalitätsbeweis gestalten sich besonders schwierig, wenn BMW sich wie im WEKO-Verfahren darauf beruft, dass die Fahrzeuge im Ausland über unterschiedliche Ausstattungen und Servicepakete verfügen und der Aufwand in der Schweiz aufgrund der Lohnkosten höher sei.⁴⁸

4 Anforderungen der neuen Norm an ein effektives Prozessrecht

[Rz 12] Der Bundesrat begründet die neue Legitimationsnorm mit der stossenden Situation, dass im geltenden Recht niemand zu Schadenersatz berechtigt sei – die Konsumenten nicht, weil ihnen die Aktivlegitimation fehlt, die Händler nicht, weil sie wegen der *passing-on defense* – sie wälzen den Schaden auf den nächsten Abnehmer ab – gar keinen Schaden erleiden.⁴⁹ Da sich an der *passing-on defense* durch den Entwurf nichts geändert hätte, will der Bundesrat den Schadenersatzanspruch in vielen Fällen einzig in die Hände der Konsumenten legen. Dieses Bekenntnis zur Klage ist bemerkenswert. Der Bundesrat will folglich, dass der Kartelldelinquent für sein Verhalten haftbar sein soll, und zwar gegenüber dem Konsumenten als Kläger. Er steht damit auch für das Prinzip des *private enforcement* ein, dessen Stärkung sich Europa verschrieben hat:⁵⁰ «Die Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung könnten durch systemkonforme Änderungen deutlich vergrößert werden. Es geht hierbei nicht darum, das Zivilkartellrecht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt.»⁵¹ Damit übernimmt der Bundesrat in aller Deutlichkeit die Argumentation der Entscheide *Manfredi* und *Courage*.⁵² Doch welcher Konsument wird einen Kartelldelinquenten auf Schadenersatz verklagen, um dem Kartellrecht zu einer besseren Durchsetzung zu verhelfen? Bei einem BMW geht es immerhin um ein paar Tausend Franken, was immer noch zu den *small claims* zählt und deshalb unter das *small claims dilemma* fällt, doch bei einer überbeuerten Tube Elmex geht es um einen oder zwei Franken.⁵³ Diese Klage lohnt sich niemals. Was muss geschehen, damit man auch vom Schweizer Recht sagen kann, dass es die Klage will? Wo genau liegt der Anreiz, der gemäss Botschaft durch «systemkonforme Änderungen»⁵⁴ wächst?

[Rz 13] An dieser Stelle lohnt sich ein Vergleich mit dem amerikanischen Verfahrensrecht, das in der Schweiz einen schlechten Ruf hat,⁵⁵ aber auch eine anerkannt klagefreundliche Ausgestaltung aufweist. Prägend dafür sind die fünf Elemente *contingent fee, American rule, class ac-*

⁴⁶ Vgl. HEINEMANN(Fn. 5), 98 ff., mit Vorschlägen zur Abhilfe der Beweisprobleme.

⁴⁷ Vgl. HEINEMANN(Fn. 5), 109, m.w.H.; vgl. CR-REYMOND(Fn. 30), KG 15 N 6, 98; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_101/2008 vom 4. August 2008, E. 3.1 und BGE 139 II 316ff., 320 f.

⁴⁸ Vgl. dazu die Argumente von BMW in der WEKO-Verfügung (Fn. 1), Ziff. 142, 164, 194.

⁴⁹ Vgl. BBl 2012 3948. Die *passing on defenses* sollte nicht greifen, wenn der Endabnehmer gar nicht zur Klage aktivlegitimiert ist, vgl. dazu den Richtlinienvorschlag (Fn.26), Art. 12 Abs. 2; vgl. HEINEMANN(Fn. 5), 66, 75, 77.

⁵⁰ Vgl. Richtlinienvorschlag (Fn. 49), 4,10 und Präambel, Ziff. 4.

⁵¹ BBl 2012 3928.

⁵² Vgl. die Angaben in den Fn. 24 und 25.

⁵³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 i.S. Gaba International AG.

⁵⁴ Vgl. das Zitat ob Fn. 51.

⁵⁵ Vgl. dazu CHRISTIAN KÖLZ, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, ZBJV 2013, 865 ff., 874 f.

tion, *punitive damages* und *discovery*.⁵⁶ Diese fünf Elemente bilden ein Paket – Erfolgshonorare sind nur sinnvoll, wenn es auch Sammelklagen und *punitive damages* gibt.⁵⁷ Ohne diese lohnt es sich für Anwälte nicht, einzusteigen;⁵⁸ sie sind auch für den Kläger wichtig, weil in Amerika das Anwaltshonorar vom Schadenersatz abgeht und somit kein voller Schadenersatz mehr denkbar wäre. Ohne Erfolgshonorar wiederum riskiert kein Konsument eine derart komplexe Klage.⁵⁹ Eine Sammelklage ohne *American rule*⁶⁰ funktioniert wegen des höheren Kostenrisikos kaum; dabei baut meist schon die *discovery* den für die Sammelklage notwendigen Druck auf und verschafft Zugang zu den Beweisen, die man vorher gar nicht kennt.⁶¹ Es ist fraglich, ob dieses austarierte Paket noch funktioniert, wenn man Teile davon entfernt. In der Schweiz gilt in allen fünf Bereichen das Gegenteil: Verbot des Erfolgshonorars (Art. 12 lit. e des Anwaltsgesetzes [BGFA]);⁶² volle Kostentragungspflicht gegnerischer Kosten bei Prozessverlust (Art. 106 ZPO) mitsamt Kautionsleistung (Art. 98 ff. ZPO);⁶³ keine kollektive Rechtsdurchsetzung,⁶⁴ was die Durchsetzung von *small claims* illusorisch macht;⁶⁵ reiner Schadensausgleich ohne Straf- und Abschreckungswirkung;⁶⁶ Edition von Beweismitteln nur in engem Rahmen und unter strengen Voraussetzungen (Art. 158 ff. ZPO).⁶⁷ Hinzu kommt eine lähmende Rechtsunsicherheit, da wegen der rationalen Klageunlust⁶⁸ und des grassierenden Vergleichsdrucks nur wenige oder gar keine Präjudizen mit Begründung zu wichtigen Fragen existieren. Dieses «Schweizer Paket» erschwert Klagen mit *systematischer Gründlichkeit*. Wenn der Bundesrat in der Botschaft zum neuen KG von *systemkonformen Änderungen* spricht, lässt dies folglich nichts Gutes erahnen.

[Rz 14] Wäre es möglich, den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz auch für die Schweiz fruchtbar zu machen? Dieser lässt sich aus Art. 4 Abs. 3 AEUV ableiten⁶⁹ und fand diverse Kon-

⁵⁶ Vgl. SEBASTIAN JUNGERMANN, US-Discovery zur Unterstützung deutscher Kartellschadenersatzklagen, WuW 2014, 4 ff., 6.

⁵⁷ Vgl. HEINEMANN(Fn. 5), 9, 70, 80 f., 104 f. und ROMY NICOLE FLEISCHER, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, Diss. Philipps-Universität Marburg 2012 = FIW, Heft 243, 161 f.; differenzierend KÖLZ(Fn. 55), ZBJV 2013, 873.

⁵⁸ Vgl. KÖLZ(Fn. 55), ZBJV 2013, 872.

⁵⁹ Vgl. ALBERT A. FOER, The Ideal Model for Private Enforcement of Competition Law, in: Jürgen Basedow/Jörg Philipp Terhechte/Luboš Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011, 203 ff., 215.

⁶⁰ Allerdings gilt die *American rule* im Kartellrecht gerade nicht, vgl. 15 U.S. Code § 15 (a) und HEINEMANN(Fn. 5), 102.

⁶¹ Vgl. FOER(Fn. 59), 212 f., HEINEMANN(Fn. 5), 14, 98 ff., JUNGERMANN(Fn. 56), WuW 2014, 6 f.

⁶² Vgl. dazu ADRIAN FISCHBACHER/ARNOLD RUSCH, Der Bruno Steiner-Fall, AJP 2013, 525 ff., 527 ff.

⁶³ Vgl. die Kritik dazu bei LEANDRO PERUCCHI, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, 489 ff., 502 (speziell für den Bereich des kollektiven Rechtsschutzes).

⁶⁴ Dazu eingehend PERUCCHI(Fn. 63), AJP 2011, 489 ff. und KÖLZ(Fn. 55), ZBJV 2013, 865 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu PERUCCHI(Fn. 63), AJP 2011, 490, mit Verweis auf Eisen v. Carlisle & Jacqueline, 417 U.S. 156, 161: «*A critical fact in this litigation is that petitioner's individual stake in the damages award he seeks is only \$70. No competent attorney would undertake this complex antitrust action to recover so inconsequential an amount. Economic reality dictates that petitioner's suit proceed as a class action or not at all.*»; HEINEMANN(Fn. 5), 67 f.; dies anerkennt auch der Bundesrat in seinem Bericht vom 3. Juli 2013, 2, 12 (Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>, 5. April 2014); vgl. KÖLZ(Fn. 55), ZBJV 2013, 868 f.

⁶⁶ Vgl. PERUCCHI(Fn. 63), AJP 2011, 493; spezifisch kartellrechtlich FOER(Fn. 59), 214 f. und HEINEMANN(Fn. 5), 80 ff.

⁶⁷ Vgl. ARNOLD RUSCH, Der Chevrolet Malibu, sein Tank und das «Ivey Memo», AJP 2014, 137 ff., 137 f.; vgl. ALEXANDER BRUNS, Private Enforcement of Competition Law: Evidence, in: Jürgen Basedow/Jörg Philipp Terhechte/Luboš Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011, 127 ff., 133 f. und HEINEMANN(Fn. 5), 98 ff.; vgl. BGE 138 III 76 ff., 81 f.

⁶⁸ Vgl. FRANCA CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, 217 ff., 219.

⁶⁹ Vgl. KATRIN KULMS, Der Effektivitätsgrundsatz: eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Diss. Greifswald 2013 = Nomos Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft; Band 374, 31, m.w.H.

kretisierungen in den einzelnen Richtlinien.⁷⁰ Er besagt, dass nationales Recht die Umsetzung des europäischen Rechts nicht vereiteln oder übermässig erschweren darf. Der Effektivitätsgrundsatz hat mehrere bahnbrechende Änderungen bewirkt, die auch der Schweiz gut anstünden. So hat er beispielsweise nebst der oben beschriebenen kartellrechtlichen Klagelegitimation die Unzulänglichkeit des italienischen Verjährungsrechts im Kartellzivilrecht beseitigt;⁷¹ Gerichte dürfen bei AGB keine geltungserhaltende Reduktion vornehmen⁷² und müssen die Missbräuchlichkeit von AGB *ex officio* beachten, mit Rechtskrafterstreckung.⁷³ Für das vorliegende Thema besonders treffend verlangt der konkretisierte Effektivitätsgrundsatz, dass im AGB-Bereich Verbandsklagen zur Verfügung stehen müssen.⁷⁴ Dadurch zeigt er auch einen Bezug zur effizienten Rechtsdurchsetzung im Rahmen eines kollektiven Rechtsschutzes, auch wenn er vielleicht noch keine Sammelklagen oder neue Formen der Rechtsdurchsetzung verlangt.⁷⁵

[Rz 15] Ein ähnlich *dynamisches Umsetzungsinstrument* fehlt in der Schweiz. Es müsste ein Grundsatz sein, der einschreitet, wenn zivilprozessuale Hürden die Durchsetzung des Zivilrechts zu fest erschweren. Bis zur Einführung der eidgenössischen ZPO im Jahre 2011 konnte man den Vorrang des Bundeszivilrechts vor dem kantonalen Prozessrecht noch mit der *derogatorischen Kraft des Bundesrechts* (Art. 49 der Bundesverfassung [BV]) durchsetzen, die auch die übermässige Erschwerung der Durchsetzung erfasste.⁷⁶ Jetzt stehen Zivil- und Zivilprozessrecht auf derselben Stufe.⁷⁷ Es wäre deshalb nötig, den Effektivitätsgrundsatz mit übergeordnetem Recht herzuleiten. In Frage kommen die Verfahrensgarantien in Art. 29 BV, indem sie neu neben der formellen Rechtsverweigerung auch den *bloss faktisch versperrten Zugang zum Recht* erfassen, doch müssten diese auch auf Bundesgesetze anwendbar sein und damit Zivilprozessrecht als dienendes Vollziehungsinstrument dem Zivilrecht unterwerfen. Beides kann Art. 29 BV vom Inhalt her und auch wegen des Anwendungsgebots (Art. 190 BV) nicht gewährleisten. Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) erfasst zwar auch den materiellen Zugang zum Recht und genießt gegenüber der ZPO Priorität, doch lässt die Rechtsprechung diverse prozessuale Barrieren (Kosten, Fristen, Formvorschriften etc.) zu und hat, soweit ersichtlich, noch nie das System der kumulierten Klagehindernisse, wie es in der Schweiz besteht, einer Prüfung unterzogen.⁷⁸ Auch verlangt Art. 6 EMRK keinen kollektiven Rechtsschutz, obwohl sich der Zugang zum Recht in vielen Fällen ohne diesen nicht realisieren lässt.

⁷⁰ Vgl. Art. 3 des Richtlinienvorschlags (Fn. 26); vgl. Art. 7 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

⁷¹ Vgl. N 77–82 des Manfredi-Entscheides (Fn. 25); vgl. HEINEMANN (Fn. 5), 19.

⁷² EuGH (1. Kammer), Urteil vom 14. Juni 2012 C-618/10 (Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino), NJW 2012, 2257 ff., 2260, Rz. 69–71.

⁷³ EuGH (1. Kammer), Urteil vom 26. April 2012 C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt), EuZW 2012, 786 ff., 788, Rz. 38–40 (Rechtskrafterstreckung) und 41–43 (Nichtigkeit ist *ex officio* zu beachten).

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Juni 2000 – C-J024/98 (Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero; C-240/98 bis C-244/98), BeckEuRS 2000, 242238, N 27; vgl. Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Art. 7 Abs. 2.

⁷⁵ Vgl. KULMS (Fn. 69), 45, m.w.H.; vgl. EuGH, Urteil vom 13. März 2007 – C-432/05, Unibet [London] Ltd. u.a./Justizminister, EuZW 2007, 247 ff., 249, N 40–42.

⁷⁶ BGE 123 III 140ff., 144; BGE 118 II 479ff., 483; BGE 116 II 215ff., 218 f.; BGE 115 II 129ff., 131; BGE 110 II 44ff., 48; BGE 104 Ia 105ff., 108.

⁷⁷ Die dienende Funktion des Prozessrechts gilt aber nach wie vor, vgl. BGE 127 III 461ff., 466, Urteil des Bundesgerichts 5A_221/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 4.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_346/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.4.3.3; vgl. aber den unhaltbaren BGE 139 III 190ff., 193 f.

⁷⁸ Vgl. dazu eingehend JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., Baden-Baden 2011, EMRK 6 N 36–40, m.w.H.; vgl. auch EGMR, Urteil vom 11. März 2014 (Howald Moor et autres c. Suisse), N 70 ff.

[Rz 16] Die Revision des KG hatte zum Ziel, das Binnenrecht dem Recht der europäischen Union anzugleichen.⁷⁹ Wer solches Recht autonom nachvollziehen möchte, sollte im Zuge der Übernahme die Möglichkeit der Überprüfung anhand des Effektivitätsgrundsatzes als mitübernommen betrachten, *weil der Nachvollzug sonst auf halbem Weg stecken bleibt*. Harmonisiertes Recht ist auch harmonisiert auszulegen.⁸⁰ Hier wäre indes nicht nur die harmonisierte Auslegung notwendig, sondern auch die harmonisierte Überprüfung und Anpassung des übrigen Rechts. Die optimale Wirkung kann der Effektivitätsgrundsatz deshalb nur erzielen, wenn dessen Nachvollzug auf höherrangiger Gesetzesstufe stattfindet. Denkbar wäre auch, nach dem Vorbild in BGE 115 II 129 ff., 131,⁸¹ jede Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes als Verletzung des nachvollzogenen Rechts zu betrachten. Die so verstandene Auslegung käme indes einer *Revolution* gleich. Bedeutend realistischer wäre es, dass auch die Schweiz ihre Gesetze anpasst. Passend dafür scheint die neue EU-Richtlinie, welche die oben genannten Probleme adressiert und den Effektivitätsgrundsatz teilweise umsetzt. So sieht diese vor, dass bei den Wettbewerbsbehörden befindliche Beweise mit Ausnahme von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsverhandlungen den Klägern zugänglich sein müssen,⁸² unter Androhung abschreckender Sanktionen (Kapitel II, Art. 5–8). Die Verletzung des Wettbewerbsrechts führt sodann zu einer Schadensvermutung; weiter dürfen die Anforderungen bei der Schadensermittlung die Geltendmachung des Anspruchs nicht praktisch verunmöglichen (Kapitel IV, Art. 16). Den kollektiven Rechtsschutz adressiert die neue Richtlinie nicht, weil sie diesen für alle Rechtsgebiete, also nicht nur für das Wettbewerbsrecht, als notwendig erachtet; dazu existieren davon unabhängige Projekte.⁸³ Einzig punitive Schadenselemente sieht kein Vorschlag vor.⁸⁴ Die Massnahmen der neuen Richtlinie sind insgesamt nicht mit der anerkannten Klagefreundlichkeit des umstrittenen amerikanischen Rechts gleichzusetzen. Die Schweiz sollte dennoch in Erwägung ziehen, diesen europäischen Weg autonom mitzugehen.

5 Schlusswort

[Rz 17] Die eingangs gestellte Forderung nach einem Paradigmenwechsel im Zivilprozessrecht scheint nicht nur berechtigt, sondern dringend geboten. Jedenfalls ist es nicht getan, die ohnehin schon gegebene Klagelegitimation explizit festzuschreiben und zu glauben, damit die private Rechtsdurchsetzung zu stärken, wie es die Botschaft vorgibt.⁸⁵ Dies zeigt gerade, dass der Gesetzgeber einer übergeordneten gerichtlichen Kontrollinstanz bedarf, weil er sonst wirkungslose Symbolgesetze schafft. Der Bundesrat kennt die Defizite des Schweizer Rechts und die enormen

⁷⁹ Vgl. Botschaft KG, BBl 2012 3907, 3916, Ziff. 1.1.5.

⁸⁰ Vgl. BGE 129 III 335ff., 350.

⁸¹ BGE 115 II 129ff., 131.

⁸² Bei den Kronzeugen zeigt sich ein Effizienz-Widerspruch: Es gibt keine Geständnisse mehr, wenn es auch für das Zivilverfahren zur Verfügung stünde und zu einer umfassenden solidarischen Haftung führte. Deshalb bedarf es einer Verwendungseinschränkung der Kronzeugenerklärungen im Kartellzivilrecht; vgl. Richtlinienvorschlag (Fn. 26), 19 f. Ziff. 4.3.3, Präambel, Ziff. 19 sowie Art. 6 und 11 Abs. 3; zum Problem der zivilprozessualen Zugänglichkeit der behördlich erlangten Beweise vgl. HEINEMANN(Fn. 5), 98.

⁸³ Vgl. Richtlinienvorschlag (Fn. 49), 8; vgl. HÖLTSCH(Fn. 26), NZZ 19. April 2014, 33. Vgl. dazu das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, öffentliche Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz vom 4. Februar 2011, Ziff. 21, Internet: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/de.pdf(5. April 2014).

⁸⁴ Die neue EU-Richtlinie (Fn. 26) schliesst in Art. 12 Abs. 1 sogar eine Überkompensation explizit aus.

⁸⁵ Vgl. das Zitat ob Fn. 51.

Anstrengungen in Europa der letzten Jahre – dennoch begnügt er sich, dieses Problem mit der Einräumung der Klagelegitimation einer Scheinlösung zuzuführen. Wo sind die flankierenden zivilprozessualen Massnahmen, wie z.B. die Regelung des Zugangs zu den Beweisen, der kollektive Rechtsschutz oder die Kostenregelung? Die prozessualen Anpassungen zur besseren Verwirklichung des Kartellrechts dürfen sich indes nicht auf das Kartellrecht beschränken oder auf den Finanzmarkt, für den es schon diverse Verbesserungsvorschläge gibt. Die prozessrechtlichen Hürden betreffen in der Schweiz *restlos alle zivilrechtlichen Ansprüche*. Es darf nicht für jede Branche eine andere Lösung geben. Die Lösungen zur Behebung der prozessrechtlichen Ineffizienz und Ineffektivität bedürfen deshalb einer allgemein anwendbaren Lösung *in der Zivilprozessordnung selbst*. Die noch ergebnisoffene Revision des Kartellgesetzes bietet Gelegenheit, dies zu überdenken, denn die Antwort auf die eingangs gestellte Frage muss lauten, wiederum als besonders schöne Alliteration: *Klaro können Konsumenten kartellrechtlich klagen!*

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Fribourg. Dr. des. SUSANNA GUT ist Rechtsanwältin in Zürich.