

Kartellgesetz und Handelsgerichte (KG-Zivilgerichtsbarkeit)

**Tagung des Schweizer Verbandes
der Richter und Richterinnen in Handelssachen**
St. Gallen, 5. Juli 2022

Prof. em. Dr. Roger Zäch

(Professor an der HSG 1977-1989,
ab 1989 an der Universität Zürich)



Universität Zürich

I. Relative Marktmacht

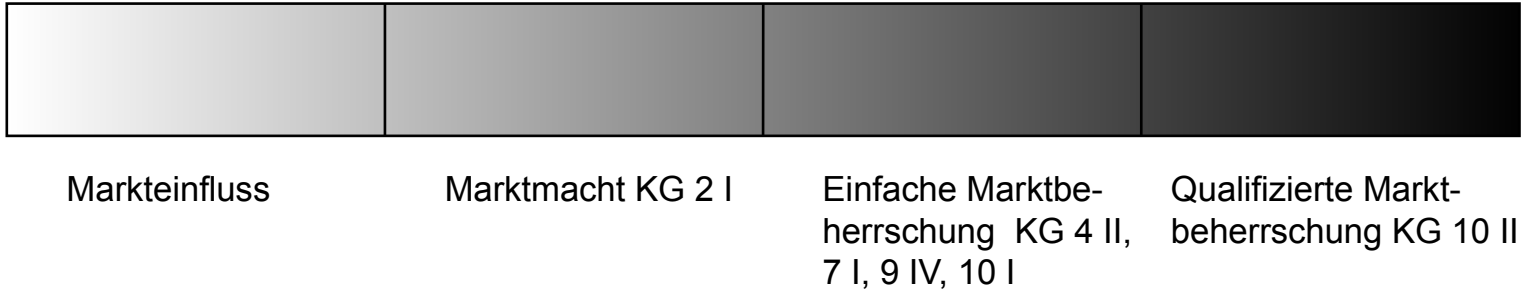
1. Was ist neu? Wie kam es dazu?
2. Anwendungspraxis – insbesondere klare und weniger klare Fälle
3. Würdigung

II. Was ist geplant?

1. Änderung KG
2. Änderung ZPO
3. Hindernisse für Kartellzivilprozesse und Lösungsvorschläge
4. Würdigung

1. Einführung «relativer Marktmacht»

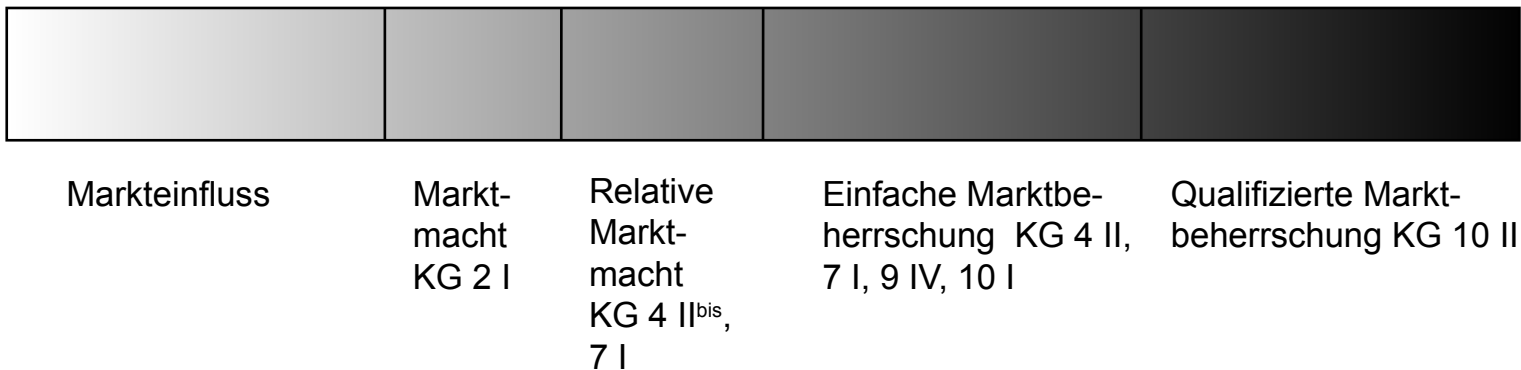
Stufen von Marktmacht früher?



Die «Grenzen» sind in der Wirklichkeit fließend.

Beispiel:
Tag → Dämmerung

Stufen von Marktmacht heute? ←



Die Verschiebung der Grenze führt zur Erweiterung der 1995 eingeführten Missbrauchskontrolle!

1. Was führte zur Aufnahme «relativer Marktmacht» im Kartellgesetz? (1)

Problemimpuls-Beispiele

- Grand Hotel Bad Ragaz AG
- Grünenfelder AG, Kriessern
- Swiss Fashion Store
- Druckerei-Gewerbe (Druckplatten)
- Herren-Bekleidungsgeschäft in Schaffhausen (SR Germann)

1. Was führte zur Aufnahme «relativer Marktmacht» im Kartellgesetz? (2)

«Schweiz-Zuschläge»:

Viele Unternehmen, die in der Schweiz produzieren, werden gezwungen, benötigte Vorprodukte, Komponenten, Einrichtungsgegenstände in der Schweiz zu beziehen, und zwar zu höheren Preisen als im Ausland.

Die Produktionskosten vieler (noch) in der Schweiz produzierender Unternehmen sind daher höher.

Ihre Konkurrenten im Ausland können die genau gleichen Produkte im Ausland beziehen, und zwar zu tieferen Preisen. Das wird den Unternehmen aus der Schweiz verunmöglicht.

Das vermindert die Wettbewerbsfähigkeit unserer Unternehmen.

Das ist ein **Standortnachteil für die Schweiz!**

Daher stellte sich die Frage, ob das geltende Kartellgesetz nicht für Abhilfe sorgen konnte.

Zu unterscheiden sind zwei Fallkonstellationen.

1. Beurteilung des Kartellgesetzes von 1995/2003 (1)

Einkauf im Ausland wird «vertraglich» untersagt

Ein Produzent vertreibt seine Produkte über Händler, die von ihm unabhängig sind (Grundlage: Vertriebsverträge).

Fälle: Elmex, BMW, Nikon

Verbietet der Produzent in solcher Konstellation seinen Händlern im Ausland «vertraglich», die Produkte in die Schweiz zu verkaufen, weil er das selbst zu höheren Preisen tun will, ist das nach Art. 5 Abs. 4 KG unzulässig und wird mit hohen Bussen sanktioniert.

Das Kartellgesetz funktioniert also, wenn den Händlern im Ausland der Verkauf in die Schweiz «vertraglich» verboten wird.

1. Beurteilung des Kartellgesetzes 1995/2003 (2)

Einkauf im Ausland wird ohne «Vertrag» verhindert

Ein Produzent vertreibt seine Produkte selbst über eigene Filialen/Tochterunternehmen. Er **weist** seine eigenen Filialen/Tochterunternehmen an, nicht in die Schweiz zu verkaufen.

Dann ist Verkauf in die Schweiz nicht «vertraglich» bzw. im Sinn von Art. 5 KG untersagt.

Sondern: Der Verkauf in die Schweiz wird durch einseitiges Verhalten eines Unternehmens verhindert.

Dann ist Art. 5 KG **nicht** anwendbar (wie in den Fällen Elmex, BMW, Nikon).

1. Beurteilung des Kartellgesetzes (1995/2003) aus Sicht der betroffenen Unternehmen – die Missbrauchskontrolle muss erweitert werden

Art. 7 KG regelt zwar einseitiges Verhalten von Unternehmen.

Der geltende Art. 7 KG ist aber nur auf **marktbeherrschende** Unternehmen anwendbar.

Nach der ständigen Praxis der Wettbewerbskommission und der Gerichte sind die meisten Unternehmen nicht marktbeherrschend (Bsp.: Lieferanten von Grünenfelder, des Grand Hotels Bad Ragaz...).

Die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG ging daher nach Meinung der Initianten und einer überwiegenden Mehrheit in den beiden Räten zu wenig weit. Diesbezüglich funktioniert das geltende Kartellgesetz nicht.

Das war aus Sicht vieler der **grosse Mangel** des Kartellgesetzes.

Dieser sollte nun durch die Ergänzung von Art. 4 und Art. 7 KG behoben sein.

1. Die neuen Bestimmungen

Art. 4 Begriffe

(...)

² Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mittbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

^{2bis} Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

1. Die neuen Bestimmungen

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender *und relativ marktmächtiger* Unternehmen

¹ Marktbeherrschende *und relativ marktmächtige* Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
(...)
- g. *die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen.*

2. Anwendungspraxis – Wer kann im Sinn von Art. 4 Abs. 2^{bis} abhängig sein?

Sowohl nachfragende wie anbietende Unternehmen (z.B. die Lieferanten der grossen Detailhändler)

2. Anwendungspraxis – Was sind «ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten»?

Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist in vielen Fällen klar (1)

Es gibt viele Fälle, bei denen es nach Art. 4 Abs. 2^{bis} klar an «ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten» fehlt, «auf andere Unternehmen auszuweichen». Hohe «Schweiz-Zuschläge» sind ein starkes Indiz für Abhängigkeitsverhältnisse. Denn ein Anbieter wird nur dann einen «Schweiz-Zuschlag» verlangen, wenn er weiss, dass der Abnehmer nicht ausweichen kann (Hans Merz)!

Und wenn ein Nachfrager jahrelang wissend «Schweiz-Zuschläge» bezahlt, ist das doch Beweis dafür, dass «keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen» (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG).

Fehlen solche Ausweichmöglichkeiten für Nachfrager oder Anbieter, ist das andere Unternehmen «relativ marktmächtig».

2. Anwendungspraxis – Was sind «ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten»?

Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

Einzelfälle fehlender Ausweichmöglichkeit – locked in-Fälle (2)

Ersatzteile bzw. Ersatz von Einrichtungsteilen

Ersatzteile für Maschinen/Einrichtungen im Gastgewerbe, in Spitälern, bei vielen KMU:

- Updates für IT-Systeme
- Restaurant- und Küchengeschirr, Besteck, Stühle, Tische, Sonnenschirme, Bettwäsche
- Reparaturwerkstätten/Wartungsunternehmen benötigen Originalersatzteile und oft auch Diagnosegeräte samt Infos dazu.
- Ersatzteile für Spitaleinrichtungen
- Standardisierte Produktionsmittel (z. B. Ventile), Verbrauchsmaterial (z. B. Druckplatten)
- MEM-Unternehmen: benötigen viele Vorprodukte, die nicht austauschbar sind.
Nur ein Beispiel: gewisse Ventile.

2. Anwendungspraxis – Was sind «ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten»?

Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

Klare Fälle fehlender Ausweichmöglichkeit – Spezifikationen von Kunden (3)

Bekannt ist der Fall der Firma Grünenfelder: Wenn ein Kunde einen Anhänger für einen Lastwagen bestellt und verlangt, dass das Bremssystem X eingebaut wird, kann Grünenfelder nicht das Bremssystem Z einbauen.

Universitäten: Gegenstände für die Forschung

Med-Tech-Branche: Einzelne Bauteile, Rohmaterialien, Produktionsverfahren:
All dies ist vereinbart und Grundlage für die Zulassung. Das darf in der Folge nicht geändert werden, sonst geht zudem die Zulassung verloren.

2. Anwendungspraxis – Welche Fälle bleiben klärungsbedürftig?

Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

Fälle, in denen die Ausweichmöglichkeit weniger klar ist

Bekannt aus der Praxis in Deutschland sind:

- Sortimentsbedingte bzw. unternehmensbedingte Abhängigkeiten (Bsp: Nivea, Coca Cola, Franchising, Automobilvertrieb); ist ein Detailhändler auf Nivea Creme angewiesen?
- Nachfragebedingte Abhängigkeit: Viele Markenartikelhersteller in der Schweiz sind der Meinung, dass sie von Coop abhängig sind.

2. Anwendungspraxis – Was heisst zu dortigen Marktpreisen?

Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG ist klar

- Bst. g macht den Unternehmen im Ausland sofort klar, dass Schweiz-Zuschläge nicht mehr wie bisher geduldet werden.
- Grosse Anwaltsfirmen haben ihre Klienten entsprechend orientiert.
- Zum Begriff der «dortigen Marktpreise»
 - Die dortigen Marktpreise sind unseren Unternehmen weitgehend bekannt.
 - Wie weist man die «dortigen Marktpreise» allenfalls nach? Durch Einsicht in Rechnungen an Abnehmer im Ausland.
Die Wettbewerbskommission kann die Herausgabe solcher Rechnungen anordnen (Art. 40 KG); die Gerichte können das auch (Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO). Ein Auskunftsverweisungsrecht besteht diesbezüglich nicht. Denn unzulässiges Verhalten relativ marktmächtiger Unternehmen wird **nicht** strafrechtlich geahndet (vgl. Art 49a Abs. 1 KG)

2. Anwendungspraxis – Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 zu Abs. 2 KG?

Die Fallbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG sind nur anwendbar, wenn der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt ist (BGE 146 II 217, Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL); anders ist dies im Recht der EU (Art. 102 AEUV).

Voraussetzung für die Anwendung ist daher:

- ein marktbeherrschendes (Art. 4 Abs. 2 KG) oder ein relativ marktmächtiges Unternehmen (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG), das
- andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, und zwar
- auf missbräuchliche Weise,
- Vorbehalt: Legitimate Business reasons

2. Anwendungspraxis – Wer kann im Wettbewerb behindert werden?

1) Inlandsachverhalt

A und B sind Konkurrenzbetriebe in der Schweiz. Siemens Deutschland verweigert Geschäftsbeziehungen zu B (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) oder diskriminiert B preislich gegenüber A (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

2) Sachverhalt mit Auslandsbezug

Beispielsweise stehen viele Gewerbebetriebe, Gastro- und Hotelbetriebe, Detailhändler in den Grenzgebieten der Schweiz (Basel, Genf, Tessin, Nordostschweiz) im Wettbewerb mit Konkurrenten im Ausland. Warum? Weil die Kunden dieser Betriebe im Ausland „einkaufen“ können/dürfen (Einkaufstourismus)!

Müssen die Betriebe in der Schweiz beim Einkauf von Produktionsmitteln «Schweiz-Zuschläge» bezahlen, so werden sie dadurch im Wettbewerb behindert.

Allgemein: Die im Wettbewerb mit Unternehmen aus dem Ausland stehenden Betriebe können sich daher auf Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG berufen.

2. Anwendungspraxis – Wer kann als Unternehmen der Marktgegenseite benachteiligt werden?

1) Inlandsachverhalt

Siemens Deutschland diskriminiert beim Verkauf eines Bestrahlungsapparats preislich das Universitätsspital Zürich gegenüber dem Universitätsspital Basel (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

2) Sachverhalt mit Auslandsbezug

Siemens Deutschland beliefert das Universitätsspital Zürich nicht in Deutschland zu dortigen Preisen, sondern nur in der Schweiz zu höheren Preisen.

Unterschiedliche Behandlung von Vertragspartnern durch den Lieferanten (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Eine Wettbewerbssituation ist hier nicht Voraussetzung. Daher können sich auch z. B. Spitäler, die Betriebe des öffentlichen Verkehrs, die öffentliche Verwaltung, die kommunalen Entsorgungsbetriebe auf Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG berufen.

2. Anwendungspraxis – Rechtsfolgen (1)

Ansprüche nach Art. 13 KG

Bst. a Ungültigkeitserklärung von Verträgen?

- bei Abreden (Fällen von Art. 5 KG) kann das genügen (zentrifugale Wirkung bei Kartellen)
- bei einseitigem Verhalten (Fällen von Art. 7 KG) genügt das nicht. Wenn Siemens «gesagt» wird, eine Nichtbelieferung sei unzulässig, kann Siemens das zur Kenntnis nehmen und weiter nicht liefern.

Bst. b Anordnung eines Kontrahierungszwangs?

- Bei einseitigem Verhalten ist das oft notwendig; es sei denn, es kommt zu einer diesbezüglichen einvernehmlichen Regelung.

2. Anwendungspraxis – Rechtsfolgen (2)

Vorsorgliche Massnahmen

In den erwähnten klaren Fällen ist zu empfehlen, dass gleich zu Beginn allenfalls von Seiten des Gerichts vorsorgliche Massnahmen „erwogen“ werden (Art. 226 ZPO).

Meist wird ja beantragt, vorsorglich die Belieferung zu bekannten «Marktpreisen» anzuordnen (Art. 261 und 262 ZPO). Dadurch entsteht der belasteten Partei kein Nachteil.

Daher sollte auch in solchen Fällen von der Anordnung von Sicherheitsleistungen abgesehen werden.

Werden vorsorgliche Massnahmen erwogen, dürfte dies den Abschluss eines Vergleichs erleichtern.

2. Anwendungspraxis – Beendigung des Verfahrens

Nach Möglichkeit durch Vergleich (Art. 241 ZPO)

Insbesondere bei Fällen von «Schweiz-Zuschlägen» sollte ein Vergleich oft möglich sein.

Warum:

- Eine Belieferung ohne «Schweiz-Zuschlag» ist für den Lieferanten immer noch gewinnbringend. Denn im Ausland wird ja auch mit Gewinn verkauft.
- Die nachfragende Partei will ja nicht zum tiefsten Preis einkaufen. Sie gibt sich oft schon mit einer Reduktion des «Schweiz-Zuschlages» zufrieden.

2. Anwendungspraxis – Kann Schweizer Recht im Ausland durchgesetzt werden?

Auch die erweiterte Missbrauchskontrolle ist gegenüber Unternehmen im Ausland durchsetzbar!

a) Verwaltungsverfahren durch die Weko

International gilt das Auswirkungsprinzip.

Grosse Unternehmen halten sich schon aus Compliance-Gründen an das Recht der Schweiz. Das genügt eigentlich schon.

Für alle anderen gilt:

Wer weiterhin in der Schweiz Geschäfte tätigen will, muss Verfügungen der Weko beachten.

b) Verfahren vor den zivilen Gerichten

Gemäss Lugano-Übereinkommen (LugÜ) können Betroffene in der Schweiz klagen. Urteile aus der Schweiz werden in den LugÜ-Staaten anerkannt und vollstreckt. Das genügt.

Produkte aus der USA sind ja auch auf den Märkten der EU.

Würdigung der Revision (1)

- Abhängigkeitsverhältnisse haben stark zugenommen (verstärkte Arbeitsteilung, auch international, globale Lieferketten, Vernetzung von Betrieben).
- Digitalisierung: Die Revision nimmt die notwendige «Digitalisierung» des Kartellrechts vorweg.
- Das Ziel der Revision, die Beschaffungs- und damit Produktionskosten vieler Unternehmen zu senken, wird erreicht, wenn die betroffenen Unternehmen ihre neuen Rechte geltend machen.
- Einsparungen bei den Produktionskosten erlauben vielen Unternehmen, allenfalls höhere Löhne zu bezahlen, weiterhin in der Schweiz zu produzieren, Arbeitsplätze zu sichern. Die Revision führt daher nicht zu Lohndruck.

Würdigung der Revision (2)

- Ziel ist **nicht** ein Abbau der Hochpreisinsel Schweiz.
- Ziel ist eine Verminderung der Produktions**kosten** der (noch) in der Schweiz produzierenden Unternehmen.
- Diese Unternehmen sind alle hohem Wettbewerbsdruck durch Unternehmen aus dem Ausland ausgesetzt, und zwar im Inland wie im Ausland.
- Da die Löhne ja nicht gesenkt werden können, sollten mindestens die Preise der Vorprodukte auf in etwa EU-Niveau sinken.
- Hohe Schweizer Löhne rechtfertigen es jedenfalls nicht, dass unsere Unternehmen «Schweiz-Zuschläge» bezahlen!

II. Was ist geplant?

1. Änderung / Ergänzung KG

Stand 5.7.22: Vorentwurf, Vernehmlassung durchgeführt; Botschaft und Entwurf soll anfangs 2023 dem Parlament zugeleitet werden.

2. Änderung / Ergänzung ZPO

- a) Stand 5.7.22: Botschaft und Entwurf ging am 20.2.2020 an das Parlament; von beiden Räten behandelt.
- b) Verbandsklage und kollektiver Vergleich Art. 89 und Art. 307 b ff. E-ZPO. Botschaft vom 10.12.2021 ging an das Parlament. Im Parlament noch nicht behandelt.

1. Änderung / Ergänzung KG – allgemein

Hauptpunkt nach Bundesrat:

Erleichterung der Zusammenschlusskontrolle

Wie? Vom Marktbeherrschungstest --> SIEC-Test (Signifikante Behinderung des wirksamen Wettbewerbs), Art. 10 Abs. 2 E-KG

Art. 10 Abs. 2 Bst. b: «nachgewiesene Effizienzvorteile für die Nachfrager»

Kritik:

SIEC-Test: Es fehlen die Beurteilungskriterien, wie diese im Art. 2 Abs. 1 der EG-FKVO vorgesehen sind.

«Effizienzvorteile» für die Nachfrager: Ist nicht definiert und daher nicht justiziabel.

1. Änderung / Ergänzung KG – allgemein

Braucht es eine Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde?

Nein, die schweizerische / europäische Lösung sieht als Beschwerdeinstanz ein Gericht mit voller Kognition vor. Das genügt nach schweizerischer BV und EMRK vollauf.

Eine Aufspaltung der Weko führte nur zu mehr Behörden.

1. Änderung / Ergänzung KG – zur Stärkung des Kartellzivilrechts

Art. 12 KG: Ansprüche aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung

Aktiv legitimiert sind (gemäss Text) heute nur Unternehmen, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Gemäss Entwurf sollen neu alle Betroffenen, also auch KonsumentInnen, auf Beseitigung, Unterlassung und Feststellung der Unzulässigkeit klagen können. In Verbindung mit Verbandsklage ist das sinnvoll.

Konsumenten sind allenfalls an Schadenersatzansprüchen interessiert. Solche haben sie aber schon gestützt auf Art. 41 OR in Verbindung mit Art. 5 und 7 KG.

Art 12 Abs. 3 neu: ersatzlose Streichung

1. Änderung / Ergänzung KG – zur Stärkung des Kartellzivilrechts

Art. 12 a KG neu: Verjährungshemmung

Ab Eröffnung einer Untersuchung durch die Weko bis zu deren rechtskräftigen Abschluss keine Verjährung

Art. 12 KG neu: Art 12 Abs. 3 streichen

Art. 13 KG Änderung: Unzulässigkeit wird nicht mehr angeordnet, sondern neu festgestellt.

1. Änderung / Ergänzung KG – zur Stärkung des Kartellzivilrechts

Art. 49a Abs. 5 neu:

Förderung der freiwilligen Wiedergutmachung: Schadenersatzzahlungen an Geschädigte sollen bei der Bemessung der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG berücksichtigt werden.

Das ist sinnvoll:

Dadurch wird Schaden «repariert». Dies erleichtert vernehmliche Regelungen. Denn die Gefahr, zweimal bezahlen zu müssen, entfällt weitgehend.

2. Änderung / Ergänzung der ZPO – zur Stärkung des Kartellzivilrechts

Botschaft des Bundesrats vom 10.12.2021 betreffend Verbandsklage und kollektiver Vergleich

Es geht um Art. 89 ZPO in Verbindung mit Art. 307 b ff. E-ZPO.

Beurteilung:

Das ist sinnvoll, weil eine einzelne Person sich nicht wehrt (Streuschäden) und sich nicht wehren kann (Hindernisse für Zivilprozesse). Das gilt auch für im Wettbewerb behinderte oder benachteiligte Unternehmen.

3. Hindernisse für Kartellzivilprozesse und Lösungsvorschläge

Vgl. dazu Zäch/Heizmann, Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private – Vorschläge zur Erleichterung der Prozessführung, in Festschrift für Professor Stanislaw Soltysinski, Poznan (Posen) **2005**, S. 1059-1070.

3. Hindernisse für Kartellzivilprozesse und Lösungsvorschläge

Soll der Zivilprozess möglich werden, sollten folgende Änderungen in der ZPO in etwa umgesetzt werden:

1. Beweiserleichterungen (für die klagende Partei)

- Statt Verhandlungsmaxime neu Untersuchungsmaxime

Positiv zu beurteilen ist die in Art. 160 ZPO vorgesehene Pflicht, Akten herauszugeben. Bei Schweiz-Zuschlägen kann beispielsweise durch Einsicht in Rechnungen der ortsübliche Preis festgestellt werden (Art. 7 Abs. 2 Bst. G KG).

Unzulässigen Verhalten relativ marktmächtiger Unternehmen wird nicht strafrechtlich geahndet. Diese haben daher das in Art. 163 Abs. 1 Bst. A ZPO vorgesehene Verweigerungsrecht nicht.

- Reduzierung des Beweismasses
- Einführung von widerlegbaren Vermutungen

2. Verringerung des Prozesskostenrisikos (für die klagende Partei)

Gewisse Änderungen der ZPO von 2022 gehen in diese Richtung.

3. Hindernisse für Kartellzivilprozesse und Lösungsvorschläge

3. Verzicht auf Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 264 ZPO)

Ordnet ein Gericht vorsorglicher den Abschluss von marktgerechten oder branchenüblichen Verträgen an, entsteht der dadurch belasteten Partei kein Schaden!

4. Verbandsklage und kollektiver Vergleich

Das ist neu ja aufgegleist (Botschaft vom 10.12.2021 an das Parlament).

Das ist sinnvoll, weil einzelne Betroffene es oft nicht wagen, selbst zu klagen.

4. Würdigung – Interesse an Schadenersatzklagen durch Betroffene?

Nochmals: Wer durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkung geschädigt wird, kann schon heute gestützt auf Art. 41 OR in Verbindung mit Art. 5 oder 7 KG an seinem Wohnsitz auf Schadenersatz klagen.

Unternehmen: überhöhte Kartellpreise (Art. 5 KG) und erzwungene unangemessenen Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) können in vielen Fällen auf die nächste Marktstufe überwältzt werden (passing on).

Unternehmen sind vor allem an Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen interessiert.

Letztverbraucher: Es handelt sich um Streuschäden; ein Prozess lohnt sich für einzelne nicht → Verbandsklage.

4. Würdigung – Interesse an Schadenersatzklagen durch Betroffene? (2)

Erzwungene Schweiz-Zuschläge (Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG) als einfacher Fall – worin besteht der Schaden?

Preisdifferenz zwischen in- und ausländischem Preis.

Aber:

- Abgeschlossene und vollzogenen Geschäfte: Nachweis, dass der Lieferant, der den Schweiz-Zuschlag durchsetzte, widerrechtlich handelte?

Geschäfte vor und nach Inkrafttreten der Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG?

Geschäft noch nicht abgeschlossen, Lieferant verlangt Schweiz-Zuschlag: Ein Schaden ist noch nicht entstanden. Daher kein Schadenersatzanspruch.

4. Würdigung – Interesse anklagen, Anzeigen von Betroffenen?

Betroffene scheuen sich, Anzeige bei der Weko zu erstatten oder Klage bei Gericht zu führen.

Sie fürchten Vergeltungsmassnahmen! (Lebensmittelproduzenten: Ihre Produkte werden nicht mehr vertrieben; Fall Markant, Fall Coopforte).

In der kleinräumigen Schweiz ist das ein besonderes Problem.

Abhilfe: Klage durch Berufs- oder Branchenverbände?