



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Evaluationsgruppe Kartellgesetz

Evaluation gemäss Art. 59a KG

Zivilrechtliche Kartellverfahren – Statistik Projektbericht P7

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

Bern, 23. Dezember 2008

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Statistik zu den kartellrechtlichen Fällen und Gutachten im Rahmen des zivilrechtlichen Weges, Projektbericht P7 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Ziel	5
B	Häufigkeit von zivilkartellrechtlichen Verfahren	6
C	Relevanz zivilkartellrechtlicher Verfahren	7
C.1	Teilung des Kartellgesetzes in Verwaltungs- und Zivilverfahren	8
C.2	Mittel und Instrumente zur Durchführung eines kartellzivilrechtlichen Verfahrens	8
C.3	Verstärkung des zivilrechtlichen Weges	8
D	Expertenmeinungen	9
E	Fazit	10
	Anhänge	11

A Ausgangslage und Ziel

1. Der vorliegende Einzelbericht zum Thema „**Zivilrechtliche Kartellverfahren - Statistik**“ (Projektbericht P7) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG) gemäss Art. 59a KG.¹ Die Evaluation des Kartellgesetzes bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

2. Das vorliegende Thema ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen. Dabei sind primär die folgenden Fragen zu beantworten:

- Wie viele zivilrechtliche Verfahren wurden seit 1996 durchgeführt?
- Wie viele Gutachten hat die WEKO für die zivilen Gerichte seit 1996 erstellt?

3. Das **Projektziel** besteht primär darin, die Häufigkeit und sekundär die Relevanz kartellzivilrechtlicher Verfahren zu ermitteln. Die Untersuchung soll aufzeigen, in welchen Kantonen wie viele kartellzivilrechtliche Verfahren durchgeführt wurden und ob Veränderungen bezüglich Häufigkeit der Verfahren seit der KG-Revision 03 bemerkbar sind. Im Weiteren soll die Erhebung Aufschluss über die Einschätzung der Gerichte geben, inwieweit die Instrumente und Mittel der Gerichte in kartellzivilrechtlichen Verfahren ausreichend sind oder ob (und wie) diese allenfalls verbessert werden könnten.

4. Folgende Artikel des Kartellgesetzes stehen für zivilrechtliche Verfahren im Mittelpunkt:

- Das Kartellgesetz verweist in Art. 12 ff. auf die Möglichkeit eines zivilrechtlichen Verfahrens. Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung, Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts sowie Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Gemäss

¹ Diesen Bericht erstellten Eva Tresch, Frank Stüssi, Christoph Tagmann und Beat Zirlick (Mitarbeitende des Sekretariates der Wettbewerbskommission).

Art. 14 KG bezeichnen die Kantone ein Gericht, welches für das Kantonsgebiet als einzige kantonale Instanz entscheidet.

- Gemäss Art. 15 KG wird, sofern die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, die Sache der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Begutachtung vorgelegt. Die WEKO verfasst ein Gutachten darüber, ob eine Beschränkung nach Art. 5 oder 7 KG zulässig ist. Die Pflicht zur Vorlage besteht nur, wenn der durch den Richter oder die Richterin zu beurteilende Fall ein Problem aufwirft, dessen Lösung nicht ohne weiteres auf der Hand liegt.² Dabei sei zu vermerken, dass das Gericht nicht an das Gutachten der WEKO gebunden ist und somit seine Entscheidungskompetenz nicht verliert.

5. Die Datenerhebung erfolgte mittels einer einmaligen schriftlichen Umfrage bei den zuständigen 26 kantonalen Gerichtsbehörden, die das Sekretariat der WEKO durchführte. Die ausgewerteten Umfrageergebnisse wurden – zum Teil ergänzt mit Angaben in den RPW – in diesem Bericht verarbeitet. Zur Qualität und Ausführlichkeit der Daten ist Folgendes festzuhalten:

- Die quantitativen Angaben der Gerichtsbehörden stimmen nicht vollständig mit den Statistiken der Wettbewerbsbehörden überein. Zum einen sind den Wettbewerbsbehörden Verfahren gemäss Art. 12 ff. KG und Gutachten gemäss Art. 15 KG bekannt, die von den Kantonen nicht angegeben wurden. Zum anderen sandten die Kantone zusätzliche Fälle ein, von denen die WEKO bisher keine Kenntnis hatte. So setzt sich die Datenlage wie folgt zusammen: Insgesamt sind seit 1996 45 Verfahren ergangen. 33 Fälle wurden von den Kantonen gemeldet (davon sind elf im RPW publiziert). Zwölf weitere Verfahren, die in den RPW veröffentlicht wurden, reichten die Kantone auf die Umfrage hin nicht ein.
- Auffällig ist, dass die Kantone vor allem ihre Fälle aus den früheren Jahren nicht vollständig einreichten. Dies lässt darauf schliessen, dass nicht alle Kantone über eine systematische Sammlung von kartellrechtlich relevanten Verfahren verfügen.
- Die Fragen zur Relevanz der Kartellzivilverfahren (beispielsweise zur Teilung in Verwaltungs- und Zivilverfahren oder der zur Verfügung stehenden Mittel und Instrumente) wurden von den meisten Kantonen nicht beantwortet. Laut ihrer Aussagen fehlt Ihnen das praktische Wissen. Namentlich deshalb, da sie nicht die dafür notwendige Praxis aufweisen.

6. Im Abschnitt B wird zunächst ein Überblick über die Anzahl geführter Verfahren inkl. Gutachten gewährt.³ Die Antworten der Gerichte zur Relevanz der kartellrechtlichen Verfahren werden im Abschnitt C ausgeführt und die Meinung verschiedener Experten/innen im Abschnitt D zu diesem Thema zusammengefasst.

B Häufigkeit von zivilkartellrechtlichen Verfahren

7. Innerhalb von rund elf Jahren wurden im Ganzen 45 zivilkartellrechtliche Verfahren geführt. Die folgende Übersichtskarte zeigt die Anzahl Verfahren inkl. Gutachten auf, welche die Kantone zwischen 1996 und 2007 vollzogen haben (vgl. nachfolgende Abbildung).

8. Die der Abbildung zeigt, dass in den einzelnen Kantonen insgesamt wenig kartellzivilrechtliche Verfahren vor den zuständigen Kantonsgerichten geführt wurden. In kleineren Kantonen gab es weniger zivilkartellrechtliche Fälle als in grösseren Kantonen. Im Vergleich

² Richtlinien gemäss RPW 1997/4, S. 594, Rz. 1; siehe Anhang.

³ Da die Gutachten im Rahmen eines Verfahrens beantragt werden, wurden sie nicht zusätzlich gezählt.

zwischen Deutschschweizer und Westschweizer Kantonen zeigt sich, dass Letztere einen leicht höheren Anteil an zivilkartellrechtlichen Fällen aufweisen.

Abbildung: Karte zur Anzahl zivilrechtlicher Verfahren pro Kanton von 1996 bis 2007



© 2007. Office fédéral de topographie. Tous droits réservés

© 2007. Bundesamt für Landestopografie. Alle Rechte vorbehalten

Quelle: Eigene Umfrage

9. Laut Angaben der Kantone wurden insgesamt fünf Gutachten der WEKO gemäss Art. 15 KG verlangt (je eines von Bern, Graubünden und Zürich, Genf verlangte deren zwei). Die Statistiken der RPW führen dagegen 15 Gutachten gemäss Art. 15 KG auf. Die Differenz lässt darauf schliessen, dass die Kantone, wie bereits unter Rz. 5 erwähnt, nicht über eine systematische Sammlung von kartellrechtlich relevanten Verfahren verfügen.

C Relevanz zivilkartellrechtlicher Verfahren

10. Ein Teil, der den Gerichten gestellten Fragen (für den Fragebogen siehe im Anhang), widmet sich den Einschätzungen der Kantone betreffend die Teilung des Kartellrechtes in Verwaltungs- und Zivilverfahren. Zudem sollte insbesondere der potenzielle Bedarf der Gerichte an weiteren Instrumenten und Hilfsmitteln für die Durchführung von zivilkartellrechtlichen Verfahren erschlossen werden. Die Fragen lauteten wie folgt:

- Erachten Sie die Teilung in Verwaltungs- und Zivilverfahren, wie sie das KG in Art. 18 ff. und Art. 12 ff. KG vornimmt, als sinnvoll? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.
- Erachten Sie die zur Verfügung stehenden Mittel und Instrumente als ausreichend, um ein kartellzivilrechtliches Verfahren durchzuführen? Wären Ihnen zusätzliche Instrumente dienlich? Wenn ja, welche?
- Erachten sie einen Ausbau bzw. eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges als sinnvoll? Wäre ein solcher Ausbau bzw. eine solche Verstärkung, Ihres Erachtens an bestimmte Voraussetzungen gebunden? (z. B. Ausbildung/Zusatzausbildung, Ressourcen etc.)?

11. Von den 26 befragten Kantonen beantworteten lediglich deren acht die oben aufgeführten Fragen. Die restlichen Kantone fühlten sich mangels Praxis nicht in der Lage, die Fragen zu beantworten. Im Folgenden wird auf die Antworten jener Kantone eingegangen, die sich zu den Fragen äusserten. Es sei darauf hingewiesen, dass die Aussagen – aufgrund der verhältnismässig geringen Anzahl an antwortenden Kantonen – nicht für alle Kantone repräsentativ sein müssen.

C.1 Teilung des Kartellgesetzes in Verwaltungs- und Zivilverfahren

12. Das Kartellgesetz wird gemäss Art. 18 ff. und Art. 12 ff. KG in Verwaltungs- und Zivilverfahren unterteilt. Von jenen Kantonen, die sich zur Frage, ob diese Teilung sinnvoll sei oder nicht, geäussert haben, fallen die Meinungen unterschiedlich aus. Das Obergericht Glarus hält fest, dass dem Kartellverwaltungsrecht „ein griffiges Kartellzivilrecht zur Seite gestellt werden muss, um eine hinreichend abschreckende Wirkung zu gewährleisten.“ Als zweckmässig für kleinere Fälle empfindet das Handelsgericht St. Gallen die Teilung, „da in einem Zivilverfahren wohl schneller entschieden und eher eine vergleichende Lösung zwischen den Parteien gefunden werden kann“. Die Genfer Cour de justice erachtet die Teilung als sinnvoll „dans la mesure où la procédure civile règle uniquement des rapports entre particuliers“.

13. Hingegen sieht das Kantonsgericht Zug in der Teilung eine Gefahr für Auslegungs- oder Kompetenzkonflikte: „Da das Kartellrecht vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakter aufweist, wäre zu prüfen, ob die zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten in das Verwaltungsrecht zu überführen wären.“ Ebenfalls kritisch äussert sich das Obergericht Schaffhausen: Aufspaltungen in verschiedene Verfahren seien „generell problematisch“. Das Kantonsgericht Wallis hält fest: „L'autorité administrative, par sa spécialisation et sa connaissance du tissu économique suisse paraît a priori mieux armée pour mettre en évidence les éventuelles restrictions de concurrence et leurs incidences sur le marché.“

C.2 Mittel und Instrumente zur Durchführung eines kartellzivilrechtlichen Verfahrens

14. Die den Gerichten zur Verfügung stehenden Mittel und Instrumente, um ein kartellzivilrechtliches Verfahren durchzuführen, erachten die sich äussernden Kantone als ausreichend. Sie begründen ihre Antwort insbesondere mit der geringen Anzahl an Verfahren.

15. Einzig das Obergericht des Kantons Glarus beurteilt den Bedarf an zusätzlichen Mitteln und Instrumenten differenzierter: „Die kartellzivilrechtlichen Instrumente sind nicht stark ausgebaut. Aus diesem Grund spielt das Kartellzivilrecht nicht nur an den Glarner Gerichten in der Praxis eine bescheidene Rolle.“ Gründe dafür werden namentlich in den hohen Beweisforderungen und dem daraus resultierenden hohen Kostenrisiko für den Kläger gesehen.

C.3 Verstärkung des zivilrechtlichen Weges

16. Eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges erachtet – bis auf das Glarner Obergericht – keiner der sich äussernden Kantone als sinnvoll. Das Appellationsgericht von Basel-Stadt begründet dies damit, dass „– vermutlich wegen des Kostenrisikos – offenbar kaum ein Bedürfnis der Wirtschaft zur Beschreitung des zivilrechtlichen Weges im Kartellrecht besteht“. Tendenziell sprechen sich die Kantone eher für einen Ausbau des verwaltungsrechtlichen Weges aus. Laut Obergericht Thurgau entspräche eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges „nicht dem historischen Verlauf der Gesetzgebung und der internationalen Rechtsentwicklung. Insofern wäre eher ein Ausbau der verwaltungsrechtlichen Komponenten sinnvoll“. Das Verwaltungsrecht sei geeigneter für die Regelung von Wettbewerbsfragen als das Zivilrecht. Auch das Obergericht Schaffhausen spricht sich eher für einen Ausbau des Verwaltungsverfahrens aus. Die Genfer Cour de justice erachtet die Verstärkung des zivilrechtlichen Weges nicht als notwendig. Das Kantonsgericht Wallis präzisiert: „Vu le nombre de cas traités sur dix ans, une spécialisation des juridictions civiles ne paraît en outre pas envisa-

geable au niveau valaisan. Pour le reste, les outils de la formation continue (conférence, parutions etc.) semblent suffisants.“

17. Gemäss Obergericht des Kantons Glarus würde sich die Stärkung der zivilprozessualen Instrumente erheblich auf die kartellrechtliche Landschaft auswirken. „Insbesondere hätten Unternehmen bei ihren wirtschaftlichen Entscheidungen nicht nur die Gefahr von kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionen zu berücksichtigen. Sie hätten im Bereich von Art. 5 Abs. 1 KG, also den nicht direkt sanktionsbedrohten Tatbeständen, verstärkt mit Schadenersatzforderungen Dritter und zivilrechtlichen Prozessen zu rechnen. Dadurch würde die Durchschlagskraft des Kartellrechts insgesamt erhöht. Ferner ist zu erwarten, dass eine Stärkung der zivilprozessualen Instrumente die Aufdeckung von zivilverwaltungsrechtlich sanktionierten Sachverhalten begünstigen würde.“

D Expertenmeinungen

18. In einem frühen Stadium der Evaluation wurden die Meinungen von 25 Experten/innen und (interessenspolitischen) Kritiker/innen erfasst.⁴ Die Experten/innen und Kritiker/innen wurden zum Kartellgesetz, zur Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden (Kommission und Sekretariat), zur Qualität der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie auch zu den Wirkungen des Kartellgesetzes auf den Märkten und in der schweizerischen Volkswirtschaft befragt. Die geäusserten Kritikpunkte und Anregungen flossen in die Forschungsprojekte der Evaluation (Ausrichtung und Auswahl) ein und gaben einen Überblick über wichtige Themenfelder. Im Rahmen der Expertengespräche äusserten sich zwölf Experten/innen über die Bedeutung und Stellung des zivilrechtlichen Weges im Kartellgesetz gemäss Art. 12 KG. Folgend werden ihre Meinungen zusammengefasst wiedergegeben.

19. Die Experten/innen sind sich mehrheitlich darin einig, dass bei vorliegender Ausgestaltung eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges nicht sehr sinnvoll sei. Begründet wird dies insbesondere mit der fehlenden Spezialisierung der Gerichte oder etwa den hohen Prozesskosten für den Kartellrechtskläger. Lediglich ein Experte beklagt die „unglaubliche Übermacht“ des Kartellverwaltungsrechts und bemängelt, dass im Zusammenhang mit Wettbewerbsrecht praktisch keine Fälle vor einem Zivilgericht entschieden werden.

20. Die Umfrage bei den zuständigen Kantonsgerichten bestätigt die Feststellung der Experten/innen, dass im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht praktisch keine Fälle vor einem Zivilgericht entschieden werden. Ohne Leitentscheide seien zivilrechtliche Klagen beim heutigen Stand des Zivilprozessrechts praktisch chancenlos. Die kantonalen Zivilgerichte würden nicht die notwendigen kartellrechtlichen Kenntnisse aufweisen und seien nicht ausreichend spezialisiert. Diese Äusserungen decken sich mit den Aussagen der Zivilgerichte, die sich mangels Praxis nicht qualifiziert fühlen, die gestellten Fragen zum zivilkartellrechtlichen Verfahren beantworten zu können.

⁴ Die folgenden Experten/innen und Kritiker/innen erklärten sich zu Gesprächen bereit: Prof. Dr. M. Amstutz (Universität Fribourg), Dr. J. Borer (Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte), Prof. Dr. C. Bovet (Universität Genf), Prof. Dr. R. von Büren (Universität Bern, ehemaliger Präsident der WEKO), G. Bühler / U. Looser / T. Pletscher (economiesuisse), M. Dusong (Fédération romande des consommateurs FRC), Dr. F. Hoffet (Homburger AG, Rechtsanwälte), Dr. R. Jacobs (Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte), Prof. Dr. J.-C. Lambelet (ehemaliges Mitglied der WEKO), S. Sommaruga (Stiftung für Konsumentenschutz SKS), R. Strahm (damaliger Preisüberwacher), M. Saurer (Berater in Industrieökonomie, ehemaliger Vizedirektor des Sekretariates der WEKO), F. Troesch-Schnyder (Konsumentenforum kf), Dr. P. Triponez / Dr. R. Horber (Schweizerischer Gewerbeverband SGV), M. Wise (OECD, Competition Division), Prof. Dr. P. Zweifel (ehemaliges Mitglied der WEKO). Ebenso wurden die Mitglieder des damaligen Präsidiums der WEKO (Prof. Dr. W. Stoffel, Prof. Dr. Y. Flückiger, Prof. Dr. R. Zäch), zwei Mitglieder der damaligen WEKO (Dr. M. Baldi, Prof. Dr. M. Pasquier) und ein Mitglied der Geschäftsleitung des Sekretariates der WEKO (Prof. Dr. P. Ducrey) befragt.

21. Eine Minderheit fordert, dass die WEKO Fälle, die keine praktische Relevanz für die Volkswirtschaft haben, ablehnen und an ein Zivilgericht verweisen solle. Erst wenn die kantonalen Gerichte vermehrt kartellrechtsrelevante Verfahren führen müssten, trete ein Lerneffekt ein und eine zivilkartellrechtliche Praxis könne entstehen. Andererseits wird auch darauf hingewiesen, dass die Hauptaufgabe der WEKO der Schutz des Wettbewerbes bleibt und somit auch kleine, eher unbedeutende Fälle in ökonomischer und juristischer Sicht wichtig sein können.

E Fazit

22. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Häufigkeit von Zivilverfahren vor den zuständigen kantonalen Gerichten gering und deren Relevanz tief ist. Die Ansichten, ob eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges bzw. der Ausbau von Mitteln und Instrumenten als sinnvoll erachtet werden, divergieren insbesondere bei den Experten/innen. Die Gerichte sprechen sich tendenziell gegen einen Ausbau aus.

23. Es ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass entgegen der zurückhaltenden Position der Gerichte und der im Rahmen der Vorgespräche befragten Experten/innen und Kritiker/innen international Diskussionen über die Bedeutung des kartellzivilrechtlichen Weges geführt und Schritte in Richtung einer Stärkung des Kartellzivilrechts unternommen werden. Es wurden daher im Rahmen der Evaluation zwei Studien⁵ zum Thema „Internationaler Vergleich“ in Auftrag gegeben. Die entsprechenden Ergebnisse sind den Studien (vgl. Anhänge des Syntheseberichts) und deren Beurteilung durch die Evaluationsgruppe Kartellgesetz dem Synthesebericht zu entnehmen.

⁵ Heinemann, Andreas, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zürich, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.

Carl Baudenbacher, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.

Anhänge

- Richtlinien gemäss RPW 1997/4, S. 593 ff.: „Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission“
- Fragebogen an Zivilgerichte