

Wurde das Kartellprivatrecht vergessen? Nutzlose Regelungen und Korrekturmöglichkeiten

Von Peter V. Kunz**

Der Vorentwurf für ein neues Kartellgesetz ist vorab mit Blick auf das Kartellprivatrecht ungenügend. Zu überdenken ist die Neuordnung der Rechtfertigungsgründe, und überprüft werden sollten die Kostenfrage sowie die Einführung einer eigentlichen Beweislastumkehr.

Juristisch kann das Kartellrecht grob unterteilt werden in öffentliches Recht und in Privatrecht. Im ersten Gebiet geht es – vereinfacht gesagt – um das *Verhältnis «Staat/Kartell»*, somit etwa um institutionelle Themen (Kartellkommission, Wettbewerbsrat usw.) sowie um die umstrittene Fusionskontrolle. Beim zweiten Themenbereich steht das *Verhältnis «Privater/Kartell»* zur Diskussion, also beispielsweise die Frage nach der Aufhebung einer Liefer Sperre oder nach Schadenersatz infolge eines ver- oder behinderten Marktzutritts; zu diesem Fragenkomplex wird im folgenden auch das Kartellprozessrecht gezählt.

Ungenügendes privatrechtliches Instrumentarium

Das *öffentliche Recht*, das sogenannte Kartellverwaltungsrecht, ist in der heutigen Kartellrechtspraxis (noch) absolut zentral: Die Ansichten insbesondere der Kartellkommission im Zusammenhang mit Untersuchungen und Vorabklärungen bestimmen die kartellrechtlichen Debatten und sind in den Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers jedermann zugänglich. Die Revisionsvorschläge im öffentlichrechtlichen Bereich werden zurzeit am intensivsten und heftigsten diskutiert.

Das sogenannte *Kartellprivatrecht* war hingegen bis anhin – und bleibt allenfalls auch künftig – *fast ohne Bedeutung*. Seit Jahren werden kaum mehr Kartellprozesse geführt; und zwar nicht etwa, weil es im «Land der Kartelle» nicht ausreichenden Anlass hierfür gäbe, sondern weil das *gesetzliche Instrumentarium ungenügend ausgestaltet* ist und weil sich die selten angerufenen Gerichte regelmässig äusserst zurückhaltend beziehungsweise «ängstlich» zeigen. Ein kurzer Überblick vermittelt ein tristes Bild: Bereits 1972 setzte das Bundesgericht in Sachen «Denner/Schweiz. Bierbrauerverein» ein kartellfreundliches Zeichen, welches für das Kartellprivatrecht in der Schweiz faktisch den *Todesstoss* bedeutete. Den letzten grösseren Zivilprozess – im Zusammenhang mit einem Lieferboykott – entschied das Bundesgericht 1986 (BGE 112 II 268). Aus jüngerer Zeit ist noch der Fall eines Zürcher Spitals erwähnenswert, das ein Begehren um Zulassung eines Belegarztes (sanktionslos) ablehnte; die kartellrechtlichen Aspekte standen hier indes nicht im Vordergrund.

Problematische Rechtswegverschiebung und wenig überzeugende Argumente

Für die Forderung nach einer Belebung des Privatrechts (inklusive des Prozessrechts) in einem neuen Kartellgesetz gibt es diverse *sachliche Gründe*, die vom Gesetzgeber bei der anstehenden Revision unbedingt bedacht werden müssen:

- *Rechtsstaatlich* bedenklich ist, wenn der Rechtssuchende seine Privatrechte nicht vor einem zivilen Gericht durchsetzen kann, sondern faktisch in ein langwieriges und mühseliges Administrativverfahren vor einer Verwaltungsbehörde gezwungen wird; vor der Kartellkommission fehlen zudem weitgehend die gerichtlichen Mitwirkungsrechte der beteiligten «Parteien». Diese eigentliche *Rechtswegverschiebung* zum Kartellverwaltungsrecht hin ist denn auch einmalig im schweizerischen Zivilrecht und steht in einem klaren Spannungsverhältnis zum zweiten Wettbewerbsgesetz in der Schweiz, nämlich zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), bei dem der privatrechtliche Teil eindeutig dominiert.
- Die heutige *Überlastung der Gerichte* stellt bei näherem Hinsehen kein Gegenargument dar, gibt es doch auf kantonaler Ebene zumindest 26 Gerichte, die sich mit kartellprivatrechtlichen Fragen auseinandersetzen können oder müssen. Im Kartellverwaltungsrecht obliegt die Hauptarbeit indes einer einzigen Kommission, der als Milizbehörde ein Sekretariat mit bloss sieben wissenschaftlichen Mitarbeitern zugehört. Die Kartellkommission ist somit zwar nicht fachlich, aber *personell überfordert*; dies wurde etwa ersichtlich bei der bekannten Zementmarkt-Untersuchung, die acht Jahre dauerte und mehr als 15 000 Seiten «produzierte». Ob neue Strukturen – insbesondere der vorgeschlagene Wettbewerbsrat sowie ein neu zu schaffendes Bundesamt für Wettbewerb – für Abhilfe sorgen könnten, ist heftig umstritten.
- Das Sekretariat der Kartellkommission kann den Meldenden «*an den Zivilrichter*» verweisen, sofern das «Gesamtinteresse» nicht die Durchführung einer Untersuchung verlangt. Anscheinend wird dieses Vorgehen nun aber immer häufiger angewendet – und dies selbst *nach* Durchführung einer Untersuchung und nach Ablehnung einer Empfehlung. Eine solche «schlanke Verfahrenserledigung» erscheint indes absolut inakzeptabel, wenn sich das zivilrechtliche Abwehrinstrumentarium als praktisch nutzlos erweist und der Weg des Zivilverfahrens in eine eigentliche *Sackgasse* mündet.
- Bei einer Wettbewerbsbehinderung ist zudem regelmässig *schnelles Handeln* gefragt, was im Kartellverwaltungsrecht naturgemäss ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit *vorsorglicher Massnahmen* kann sich jedoch überhaupt erst als wirkungsvoll erweisen, wenn das materielle Kartellprivatrecht verstärkt wird; die durchaus guten Erfahrungen mit dem neuen Lauterkeitsrecht sollten eigentlich als Beispiel dienen (Art. 14 UWG). Der kartellrechtliche Revisionsvorschlag sieht indes – etwa gerade hinsichtlich der *Beweislast* – keine Neuerung vor.

* Vgl. NZZ Nr. 232, 237 und 249.

** Dr. Kunz ist Rechtsanwalt in Zürich.

Rechtfertigungsgründe als Hemmschwelle

Das schweizerische Kartellrecht enthält heute und wohl auch künftig ein eigentliches *Dreistufenprogramm*, gemäss welchem die folgenden Fragen zu stellen sind: Was ist ein Kartell? Welches Verhalten des Kartells ist missbräuchlich und somit grundsätzlich unzulässig? Und unter welchen Voraussetzungen ist ein an sich unzulässiges kartellistisches Verhalten schliesslich doch wieder zulässig (sogenannte Rechtfertigungsgründe)? In der Praxis erweist sich, dass gerade die *Rechtfertigungsgründe* die grössten Hindernisse für Kartellprozesse darstellen.

Der Vorentwurf hält nunmehr fest: «Die Wettbewerbsbehinderung ist zulässig, wenn sie durch *überwiegende schutzwürdige private Interessen* gerechtfertigt ist und ihre Auswirkungen das *Gesamtinteresse nicht verletzen*; die Wettbewerbsbehinderung darf zudem im Hinblick auf das angestrebte Ziel *nicht unverhältnismässig* sein.» Ge-

strichen wird zwar der heutige Beispielkatalog, was indes faktisch kaum etwas an der kartellfreundlichen Praxis ändern dürfte. Im Sinne einer kartellrechtlichen Verschärfung wäre zumindest als «Minimalvariante» zu verlangen, dass die «Auswirkungen *im Gesamtinteresse* liegen» – mit entsprechender Beweislast des Kartells.

Wünschbare Risikoaufteilung

In engem Zusammenhang mit dem materiellen Kartellprivatrecht steht das eigentliche Prozessrecht, das bis anhin ebenfalls kaum Beachtung fand. Im Hinblick auf jedes Verfahren stellen sich nämlich die berechtigten Fragen nach den *Kosten* und der *Beweislage*; die Antworten hierauf mögen entscheidend dafür sein, ob ein Prozess tatsächlich gewagt werden kann:

Rechtspolitisch durchaus vertretbar ist, dass das *Kostenrisiko* unter gewissen (strengen) Voraussetzungen und bei nicht geradezu aussichtslosem Prozess auch auf das eingeklagte, aber schliesslich obsiegende *Kartell abgewälzt* werden kann. Das seit zwei Jahren in Kraft befindliche neue Aktienrecht zeigt – im Bereich der Anfechtungs- sowie der Verantwortlichkeitsklagen – dem Gesetzgeber hierfür einen möglichen Weg auf (etwa Art. 756 Abs. 2 OR: «Hatte der Aktionär auf Grund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die [beklagte] Gesellschaft»).

Dem privatrechtlichen Kläger helfen die öffentlichrechtlichen Vermutungen in der vorliegenden Fassung des Vorentwurfs nur wenig; dies zumindest, solange kein «Allgemeiner Teil» vorangestellt wird, was zu überprüfen wäre. Dem Kläger nützt hingegen eine eigentliche *Beweislastumkehr*. Diese Regelung widerspricht zwar an sich dem *beweisrechtlichen Grundsatz* im übrigen Privatrecht (Art. 8 ZGB); einen inakzeptablen gesetzgeberischen Fremdkörper würde eine solche Ordnung aber trotzdem nicht darstellen. Seit einiger Zeit besteht nämlich im UWG – wenn auch bloss für einen sachlich beschränkten Bereich (Werbung) – ein Vorbild. (Art. 13 a UWG: «Der Richter kann vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint»; BBl 1992 V 181 f.)

Verbesserungen mit präventiver Wirkung

Zusammenfassend steht somit fest, dass der Vorentwurf für ein neues Kartellgesetz insbesondere im Hinblick auf das *Kartellprivatrecht ungenügend* ist; die Hoffnung der Studienkommission, «dass durch die im Entwurf vorgesehenen Verbesserungen des Kartellverwaltungsrechts der zivilrechtliche Teil des Gesetzes belebt werden kann», mutet geradezu naiv an. Zu überdenken ist noch einmal die vorgeschlagene Neuordnung zu den *Rechtfertigungsgründen*, und überprüft werden sollten für den verfahrensrechtlichen Teil die *Kostenfrage* sowie die Einführung einer eigentlichen *Beweislastumkehr*. Für den Fall, dass diese Revisionsvorschläge – ganz oder teilweise – Gesetz würden, hätte dies zweifellos auch einen weiteren positiven Nebeneffekt, nämlich eine erhebliche *präventive Wirkung* gegen missbräuchliche Kartellmacht.