

Peter Georg Picht / Benedikt Freund

## **Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?**

---

Mit der Aufdeckung des «Lastwagenkartells» verstärkt sich im EU-Ausland die Bedeutung der privatrechtlichen Geltendmachung von Ansprüchen aus Kartellverstößen weiter. Erste Klagen wurden bereits erhoben, mindestens eine Entscheidung liegt bereits vor. Von einer vergleichbaren Aktivität ist in der Schweiz derzeit noch kaum etwas zu spüren. Der folgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, ob ein kartellzivilrechtliches Vorgehen im Hinblick auf einen eventuellen Schadensersatz auch hierzulande möglich wäre und wo – auch mit rechtsvergleichendem Blick auf das EU-Kartellrecht – rechtliche und tatsächliche Stolpersteine liegen können.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht; Kartellrecht

Zitiervorschlag: Peter Georg Picht / Benedikt Freund, Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?, in: Jusletter 18. Juni 2018

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Rechtliche Beurteilung
  - 1. Grundstruktur der kartelldeliktsrechtlichen Haftung
  - 2. Grenzüberschreitender Sachverhalt – Mehrspurigkeit der Kartellrechtsdurchsetzung
  - 3. Internationale Zuständigkeit Schweizer Gerichte
  - 4. Anwendbares Recht – Auswirkungsprinzip
  - 5. Sachlegitimation – Solidarhaftung
    - 5.1. Aktivlegitimation bei Erwerbern von Lastwagen
    - 5.2. Passivlegitimation
    - 5.3. Solidarhaftung
  - 6. Widerrechtlichkeit und ihr Nachweis
  - 7. Schaden
    - 7.1. Schadensnachweis
    - 7.2. Passing-on defence
    - 7.3. Preisschirmeffekte
  - 8. Verjährung von Kartellschadenersatzforderungen
  - 9. Zession von Schadenersatzforderungen
- III. Fazit

### I. Ausgangslage

[Rz 1] Die vergangenen beiden Jahre waren keine guten für die europäischen Lastwagenhersteller, zumindest in kartellrechtlicher Hinsicht:<sup>1</sup> Am 19. Juli 2016 sprach die Europäische Kommission im Rahmen eines «hybrid» gewordenen Verfahrens zuerst im Vergleichsbescheid<sup>2</sup> Bussgelder in der Höhe von EUR 2.93 Mrd. gegenüber den Lastwagenherstellern MAN, Daimler, DAF, Iveco und Volvo/Renault aus.<sup>3</sup> Daraufhin verhängte die Kommission am 27. September 2017 im ordentlichen Verfahren eine Busse i.H.v. EUR 880.5 Mio. gegen den Lastwagenhersteller Scania.<sup>4</sup> Den Bussen in der sehr beträchtlichen Gesamthöhe von EUR 3.81 Mrd. liegt der Befund zugrunde, dass die besagten Lastwagenhersteller im Zeitraum vom 17. Januar 1997 bis zum 18. Januar 2011 an Absprachen über Bruttopreislisten, über die Einführung von Emissionssenkungstechnologien sowie über die Weitergabe der Einführungskosten besagter Technologien an die Abnehmer beteiligt waren.<sup>5</sup> Betroffen waren jedenfalls die im gesamten EWR – also allen 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie den EFTA-Staaten Island, Norwegen und Lichtenstein – vertriebenen mittelschweren Lastwagen (Gewicht zwischen 6 und 16 Tonnen) sowie schweren Lastwagen (Gewicht über 16 Tonnen). In den Abreden lag, aus Sicht der Europäischen Kommission, ein

---

<sup>1</sup> Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19. Juli 2016, (zit. Pressemitteilung), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2582\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_en.htm); (alle Webfundstellen zuletzt abgerufen am 27. April 2018).

<sup>2</sup> Das schweizerische Pendant hierzu ist die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251); in der EU wie in der Schweiz wird ein Verfahren als «Hybridverfahren» bezeichnet, wenn das Verfahren betreffend derselben unzulässigen Verhaltensweise bzw. desselben Sachverhalts teils mittels einvernehmlicher Regelung («settlement»), teils mittels ordentlicher (Sanktions-)Verfügung beendet wird.

<sup>3</sup> Europäische Kommission, AT.39824 – Trucks.

<sup>4</sup> EuG T-799/17 *Scania u.a./Kommission*, Klage eingereicht am 11. Dezember 2017 (rechtshängig); siehe auch Pressemitteilung von Scania vom 27. September 2017, <https://www.scania.com/group/en/scania-appeals-against-decision-of-the-european-commission-regarding-eu-antitrust-rules>.

<sup>5</sup> Aufgrund des am 20. September 2010 gestellten Kronzeugenantrags wird die Teilnahme von MAN an den Absprachen lediglich bis zum 20. September 2010 berücksichtigt.

Verstoss gegen Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>6</sup> sowie Art. 53 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Vertrag),<sup>7</sup> die – vergleichbar mit Art. 5 des Kartellgesetzes (KG)<sup>8</sup> – wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern untersagen. Die Tragweite und der verursachte Schaden des 14 Jahre andauernden Kartells sind beträchtlich. Die durch die Europäische Kommission gebüssten Unternehmen vertrieben im Durchschnitt neun von zehn aller in Europa hergestellten mittelschweren bis schweren Lastwagen. Mit den kartellbetroffenen Lastwagen wurden im fraglichen Zeitraum rund drei Viertel aller in Europa transportierten Waren bewegt.<sup>9</sup> Es kann also davon ausgegangen werden, dass die grosse Mehrheit der im EWR ansässigen Unternehmen, welche Lastwagen für ihre Marktaktivität einsetzen, durch die Abreden geschädigt wurden.

[Rz 2] Hinweise auf einen Bezug der Abreden zur Schweiz finden sich im Beschluss der Europäischen Kommission nicht. Dennoch liegt eine Betroffenheit des Schweizer Marktes sehr nahe. Es erscheint wenig plausibel, dass die Kartellabsprache der Lastwagenhersteller einerseits den gesamten EWR, und damit auch fast alle EFTA-Staaten, umspannte, andererseits die Schweiz als weiteres EFTA-Land ausgenommen haben soll. Zudem bezogen sich die Absprachen u.a. auf Bruttopreise für Lastwagen ab Werk. Die so bereits kartellierten Produkte wurden anschliessend in die EWR-Staaten, aber auch in die Schweiz transportiert und möglicherweise auch in der Schweiz überteuert verkauft. Die ökonomischen Auswirkungen des Kartells dürften auch hierzulande substantiell gewesen sein: Im Jahre 2016 waren 36'682 Lastwagen in der Schweiz angemeldet,<sup>10</sup> im Zeitraum von 2005–2016 wurden jährlich im Durchschnitt 2'750 Lastwagen mit einem Gesamtgewicht von mind. 7.5 Tonnen neu in Verkehr gesetzt.<sup>11</sup> Möglicherweise bedeutet dies, über eine 14-jährige Kartelldauer betrachtet,<sup>12</sup> überhöhte Preise für mehr als 30'000 abgesetzte Lastwagen und einen Schaden in dreistelliger CHF-Millionenhöhe.<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Abl. EU L 112/21 vom 24. April 2012).

<sup>7</sup> Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Vertrag), ABl. L 1 vom 3. Januar 1994, S. 3 ff.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>9</sup> Pressemitteilung (Fn. 1).

<sup>10</sup> Als Lastwagen gilt hier: Sachtransportfahrzeuge, welche über ein Gesamtgewicht von mind. 7.5 Tonnen verfügen (Quelle: STAT-TAB – interaktive Tabellen (BFS), [https://www.pxweb.bfs.admin.ch/default.aspx?px\\_language=de](https://www.pxweb.bfs.admin.ch/default.aspx?px_language=de)).

<sup>11</sup> Es kann vorliegend betreffend der Anzahl von Inverkehrsetzungen lediglich auf den Zeitraum von 2005 bis und mit 2016 abgestellt werden, da keine diesbezüglichen Informationen für die Jahre der Kartellabsprache (1997–2001) publiziert sind.

<sup>12</sup> Das Kartell begann, soweit durch die Europäische Kommission feststellbar, am 16. Januar 1997 und endete am 18. Januar 2011 (für MAN aufgrund des Kronzeugenantrags bereits am 20. September 2010).

<sup>13</sup> Jedenfalls im EWR waren, nach den Feststellungen der Europäischen Kommission, 90% der verkauften Lastwagen von den Absprachen betroffen, Pressemitteilung (Fn. 1). Die Preise für Lastwagen liegen meist im hohen fünfstelligen oder niedrigen sechsstelligen Bereich, <https://www.welt.de/wirtschaft/article157164151/So-erfolgreich-verpetzte-MAN-die-Lkw-Konkurrenten.html>. Schätzungen, u.a. der OECD, beziffern die durch Preiskartelle hervorgerufenen Preiserhöhungen auf durchschnittlich 15%–20%; OECD-Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws vom 9. April 2002 (DAFFE/COMP(2002)7), N 21, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf); vgl. weiter ASSIMAKIS KOMNINOS et al. (Oxera), Quantifying antitrust damages, Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, 2009, S. 89 ff.; Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 11. Juni 2013, SWD(2013)205/F1, N 142 ff.,

[Rz 3] Anspruch auf Richtigkeit erhebt diese «Milchbüchleinschätzung» nicht, sie zeigt aber, dass die Dimensionen des Falles allemal die Frage rechtfertigen, ob sich hier eine aussichtsreiche Gelegenheit für heimische kartellrechtliche Schadenersatzklagen bietet. Verschiedenen Teilaspekten dieser Frage soll im Folgenden kursorisch nachgegangen werden. Hierzu wird einleitend die Grundstruktur der kartelldeliktsrechtlichen Haftung dargestellt (hierzu 1). Anschliessend wird auf die grenzüberschreitenden Charakteristika des LKW-Kartells (hierzu 2) und auf das Bestehen eines Schweizer Gerichtsstandes eingegangen (hierzu 3) sowie beleuchtet, welches materielle Recht Anwendung auf allfällige Schadenersatzklagen findet (hierzu 4). Die Analyse wendet sich dann Fragen der Sachlegitimation (hierzu 5) zu, des Nachweises der Widerrechtlichkeit (hierzu 6) sowie des Schadensnachweises (hierzu 7.1), inklusive *passing-on defence* des Beklagten (hierzu 7.2) und Preisschirmeffekten (hierzu 7.3). Abschliessende Bemerkungen gelten der Verjährungsproblematik (hierzu 8) sowie der Möglichkeit einer Zession von Schadenersatzforderungen (hierzu 9).

## II. Rechtliche Beurteilung

### 1. Grundstruktur der kartelldeliktsrechtlichen Haftung

[Rz 4] Im Kartellrecht können grundsätzlich mehrere Haftungsschienen in Erwägung gezogen werden. Zum einen gewährt Art. 12 Abs. 1 lit. b KG «Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts» und bildet damit eine Scharniernorm, welche als Folge des Kartellverstosses das OR-Deliktsrecht, insbesondere Art. 41 des Obligationenrechts (OR), im Wege einer Rechtsgrundverweisung zur Anwendung bringt.<sup>14</sup> Zum anderen befürworten gewichtige Stimmen einen deliktsrechtlichen Schadenersatzanspruch direkt aus Art. 41 OR, ohne dass es auf die ermöglichende Verweisung durch Art. 12 KG ankäme.<sup>15</sup> Grosse Bedeutung hat diese

---

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf); London Economics, The Nature and Impact of Hardcore Cartels, A report to the Danish Competition Authority, Januar 2011, <https://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/7-The-nature-and-impact-of-hardcore-cartels.pdf>, S. 12 ff. m.w.H.; vgl. auch Michael Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, Praxishandbuch Private Enforcement, Wien 2017, S. 4, der eine kartellbedingte Preissteigerung um ca. 15% pro verkauftem Lastwagen annimmt; Normann Hölzel, in: Fabian Stancke/Georg Weidenbach/Rüdiger Lahme (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadenersatzklagen, Frankfurt a.M. 2018, (zit. Stancke et al.-Verfasser/in), Kap. B N 33; BÉATRICE HURNI, L'action civile en droit de la concurrence – Étude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne, Diss. Univ. Freiburg i. Ue., Genf 2017, S. 93 f. Eine erste Entscheidung des LG Hannover zum Lastwagenkartell geht, ohne die Frage schon abschliessend zu beurteilen, von einem Schaden i.H.v. 15% der Auftragssumme aus, LG Hannover, NZKart 2018, S. 100 ff., (zit. LG Hannover), S. 102 f.

<sup>14</sup> RETO JACOBS/GION GIGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, (zit. BSK KG-VERFASSEN/IN), Art. 12 N 52; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung: Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Diss. Univ. Freiburg i.Ue., 1999, N 972; vgl. auch CHRISTOPH G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. Univ. Bern, 2000, S. 92.

<sup>15</sup> ALEXANDER BRUNNER, Konsumentenkartellrecht, AJP 1996, S. 931 ff. jedenfalls nach Feststellung einer unzulässigen Verhaltensweise durch die WEKO, S. 941; DOMINIQUE DREYER, Le consommateur: l'associé oublié du droit de la concurrence!, in: Marc Amstutz/Isabelle Chabloz/Michek Heinzmann/Inge Hochreuter (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel avec un accent sur la société simple, Bern 2014, S. 217 ff., S. 222; HURNI (Fn. 13), S. 296 f.; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 128 ff.; THOMAS S. MÜLLER, Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht, Diss. Univ. Bern, Zürich 2008, S. 268; PHILIPPE SPITZ, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, S. 113 ff., S. 119; WALTER STOFFEL, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 87 ff., S. 102; JAMES F. REARDON, Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law Comparative Analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland, Diss. Univ. Freiburg i.Ue., Genf 2014; ARNOLD F. RUSCH/SUSANNA GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, in: Jusletter 2. Juni 2014, S. 5 f.; LUKAS WIGET, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, Diss. Univ. Zürich, 2006, S. 307 ff.

zweite Haftungsschiene vor allem, weil nur sie den Konsumenten eine Aktivlegitimation verleiht (s. sogleich 5.1).

[Rz 5] Der Instrumentenkasten des Kartellzivilrechts enthält indes noch mehr Werkzeuge als nur den deliktischen Schadensersatzanspruch. So gehört die Haftung aus Vertrag ebenso zu ihnen wie bspw. die Gewinnherausgabe nach GoA-Recht (Art. 12 Abs. 1 lit. c KG, Art. 423 OR), aber auch die – für das Kartellzivilrecht allerdings stark umstrittene<sup>16</sup> – Eingriffskondiktion nach Art. 62 OR. Obgleich nicht im Fokus des vorliegenden Beitrages stehend, mag etwa der Gewinnherausgabeanspruch eine interessante Alternative bzw. Ergänzung<sup>17</sup> zum Kartellschadensersatzanspruch bilden, wenn und weil ihm – nach einem Teil der Literatur – keine *passing-on defence* (zu dieser nachstehend 7.2) entgegengesetzt werden kann.<sup>18</sup> Der vorliegende Beitrag konzentriert sich allerdings auf die deliktsrechtliche Schadensgeltendmachung über Art. 12 KG. Insbesondere die Möglichkeiten einer vertraglichen Haftung sowie einer direkten Schadensgeltendmachung gemäss Art. 41 OR werden daher nicht eingehend behandelt.

## 2. Grenzüberschreitender Sachverhalt – Mehrspurigkeit der Kartellrechtsdurchsetzung

[Rz 6] Soweit aus den Feststellungen der Europäischen Kommission ersichtlich, haben die hauptsächlichen Teilnehmer des Lastwagenkartells ihren Sitz nicht in der Schweiz, und auch die zentralen Absprachen zwischen ihnen wurden auf dem Gebiet der EU getroffen.<sup>19</sup> Sofern die Kartellanten nun Transaktionen mit Marktteilnehmern in der Schweiz getätigt haben, weil etwa ein Schweizer Logistikunternehmen einen Lastwagen von einem Kartellanten mit ausländischem Sitz erwarb, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.<sup>20</sup> Dies macht eine Auseinandersetzung mit der Frage nach der internationalen Zuständigkeit (nachfolgend 2.) und dem anwendbaren Recht (nachfolgend 3.) erforderlich.

[Rz 7] Der Umstand, dass das Aktionszentrum des Kartells im Ausland lag, hat aber noch weitere Auswirkungen auf die hauptsächlichen Zweige der Kartellrechtsdurchsetzung: Würde die WEKO ein Kartellverwaltungsverfahren nach dem KG einleiten, müsste sie auch die Durchsetzbarkeit ihrer Entscheide im Ausland im Auge behalten.<sup>21</sup> Private schadensersatzforderungen, die sich

---

<sup>16</sup> Vgl. ANNE-CATHERINE HAHN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, (zit. SHK KG-VERFASSER/IN), Art. 12 N 55; differenzierend bzgl. Kartellinnen- bzw. -ausserrecht BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 N 64 f.; a.A. LANG (Fn. 14), S. 138; Stöckli (Fn. 14), N 1206 f.

<sup>17</sup> Zur Frage von Anspruchskumulation oder Anspruchskonkurrenz zwischen Schadensersatz und Gewinnherausgabe etwa SERAINA DENOCH, Kronzeugenregelung und schadensersatzklagen im Kartellrecht, ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Diss. Univ. Zürich, 2012, S. 172; LANG (Fn. 14), S. 137; Stöckli (Fn. 14), N 1099, der sie jedoch in bestimmten Fällen zulassen will; zur prozessualen Geltendmachung beider Ansprüche vgl. auch REGULA WALTER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, (zit. Komm. KG-VERFASSER/IN), Art 12 N 89.

<sup>18</sup> PHILIPPE SPITZ, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Jusletter 9. Oktober 2006, N 84; a.A. MÜLLER (Fn. 15), S. 329 ff.

<sup>19</sup> Europäische Kommission, AT.39824 – Trucks, N 49.

<sup>20</sup> BGE 131 III 76 E 2.3 m.w.H.

<sup>21</sup> Hierzu ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, N 274, mit Verweis auf die Möglichkeit des Arrests gemäss Art. 271 ff. SchKG von Forderungen gegenüber Unternehmen mit Sitz im Ausland ohne Schweizer Tochtergesellschaft oder Niederlassung; vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, in: Philipp Zurkinder/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 N 12, welche

auf das Vertragsrecht stützen, können in mehrstufigen Absatzketten daran scheitern, dass keine direkte Vertragsbeziehung mit dem im Ausland ansässigen Kartellteilnehmer besteht, sondern lediglich mit den Ex- bzw. Importeuren, welche den Vertrieb in die Schweiz versehen. Für deliktische Kartellschadensersatzansprüche liegt im Fehlen einer direkten Vertragsbeziehung nicht *per se* ein Hindernis, weshalb sie auch im Mittelpunkt der weiteren Analyse stehen.<sup>22</sup> Allerdings machen mehrstufige Absatzbeziehungen zu den (ausländischen) Herstellern unter Umständen *passing-on*-Probleme (hierzu nachfolgend 7.2) für Schadenersatzkläger besonders virulent.

### 3. Internationale Zuständigkeit Schweizer Gerichte

[Rz 8] Betrifft eine zivilrechtliche Streitigkeit Parteien mit Sitz in der Schweiz sowie der EU, wird i.d.R. das Lugano-Übereinkommen (LugÜ)<sup>23</sup> anwendbar sein. Sollten zwischen dem Schadenersatzkläger und den beklagten ausländischen Kartellteilnehmern Vertragsbeziehungen bestehen und die Schadenersatzklage auf diese Verträge gestützt sein, käme bei entsprechender Prorogation eine Zuständigkeit der Schweizer Gerichte nach Art. 23 LugÜ in Betracht, ansonsten insbesondere die Erfüllungsortzuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ. Die Sonderbestimmungen der Art. 15 ff. LugÜ dürften hingegen zumeist keine Rolle spielen, weil es sich beim Kauf von Lastwagen typischerweise um Geschäfte im gewerblichen Bereich, nicht aber um Verbrauchersachen handelt.

[Rz 9] Für Klagen aus deliktischen Normen spielt Art. 5 Nr. 3 LugÜ eine Hauptrolle, der eine Zuständigkeit am Handlungs- und am Erfolgsort begründet.<sup>24</sup> Erfolgsort ist hierbei der Ort, an dem sich der Schadenserfolg verwirklicht hat, also die schädigenden Auswirkungen des haftungsauslösenden Ereignisses zulasten des Betroffenen eintraten,<sup>25</sup> bzw. der Ort, an dem sich der behauptete Schaden konkret zeigt.<sup>26</sup> Stellt man für die Schadensfolge von Kartellabsprachen auf das Bezahlen von Preisen ab, welche durch die Kartellabsprache überhöht wurden, und nimmt man an, dass eine derartige Schadensfolge regelmässig am Sitz desjenigen Marktakteurs eintritt, welcher den überhöhten Preis bezahlt,<sup>27</sup> kann hieraus für Schweizer Käufer eine Zuständigkeit ihrer heimischen Gerichte folgen. Dann darf letztlich auch offen bleiben, ob es für den Handlungsort

---

auf praktische Hindernisse bei Ermittlungsmassnahmen gegen im Ausland domizilierte Unternehmen hinweisen; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Das neue Schweizer Kartellgesetz im Überblick, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, S. 33 f.; als aktuelles Anwendungsbeispiel für ein Verfahren gegen ein im Ausland domiziliertes Unternehmen siehe Urteil des Bundesgerichts 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017.

<sup>22</sup> Vgl. auch BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 N 56.

<sup>23</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen am 30. Oktober 2007, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 2011 (Lugano-Übereinkommen; LugÜ; SR 0.275.12).

<sup>24</sup> DIETER A. HOFMANN/OLIVER M. KUNZ, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, 2. A., Basel 2015, (zit. BSK LugÜ-VERFASSER/IN), Art. 5 N 449 und 553.

<sup>25</sup> Urteil des EuGH C-68/93 *Fiona Shevill et al.* vom 7. März 1995, ECLI:EU:C:1995:61, N 28.

<sup>26</sup> Urteil des EuGH C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* vom 21. Mai 2015, ECLI:EU:C:2015:335, N 52.

<sup>27</sup> BSK LugÜ-HOFFMANN/KUNZ (Fn. 26), LugÜ Art. 5 N 588; vgl. auch RUSCH/GUT (Fn. 15), S. 3; vgl. auch Urteil des EuGH C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* vom 21. Mai 2015, ECLI:EU:C:2015:335, N 52.

in derartigen Konstellationen nur auf den Ort der ursprünglichen Kartellabrede ankommt oder (auch) auf den Ort durch das Kartell beeinflussten Transaktion.<sup>28</sup>

#### 4. Anwendbares Recht – Auswirkungsprinzip

[Rz 10] Werden in internationalen Sachverhalten kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht, muss in einem ersten Schritt das anwendbare Recht bestimmt werden. Im internationalen Privatrecht statuiert Art. 137 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) für kartellzivilrechtliche Ansprüche das Auswirkungsprinzip.<sup>29</sup> Gemäss dieser Bestimmung unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist. Nach dem Auswirkungsprinzip ist das Kartellgesetz also auch auf Sachverhalte anwendbar, bei denen sich ein sachlich und persönlich vom Gesetz erfasstes Verhalten zwar im Ausland abspielt, dabei aber das Markt- und Wettbewerbsgeschehen in der Schweiz beeinflusst.<sup>30</sup> Die Botschaften zum IPRG<sup>31</sup> und zum KG 95<sup>32</sup> sowie die herrschende Lehre<sup>33</sup> postulieren «Deckungsgleichheit» zwischen den Regelungen des Auswirkungsprinzips in Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 137 Abs. 1 IPRG. Demzufolge kann die Prüfung des örtlichen Geltungsbereiches nach Art. 2 Abs. 2 KG zurücktreten, wenn bereits Art. 137 Abs. 1 IPRG bejaht wurde.<sup>34</sup>

[Rz 11] Massgeblich i.S.v. Art. 137 Abs. 1 IPRG ist derjenige nationale bzw. – wie etwa im Falle der EU – in einer bestimmten regionalen Rechtsordnung belegene Markt, in welchem der behinderte Wettbewerb stattfindet.<sup>35</sup> Der Begriff der Betroffenheit umschreibt eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Geschädigten im massgeblichen Markt.<sup>36</sup> Nach der unlängst sehr klar formulierten – wenngleich in der Sache problematischen – Auffassung des Bundesgerichts ist eine Mindestintensität der Auswirkungen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 nicht erforderlich.<sup>37</sup> Nach dem Kon-

---

<sup>28</sup> Urteil des EuGH C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* vom 21. Mai 2015, ECLI:EU:C:2015:335, N 56; hierzu auch WOLFGANG WURMNEST, Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie, NZKart 2017, S. 2 ff., S. 4 m.w.H.

<sup>29</sup> ZÄCH (Fn. 21), N 270.

<sup>30</sup> BSK KG-LEHNE (Fn. 14), Art. 2 N 41; zur erheblichen Bedeutung des Auswirkungsprinzips in verschiedenen aktuellen Kartellrechtskontexten s. etwa auch SIMON HIRSBRUNNER, Mit kartellrechtlichen Mitteln faire Preise erzwingen?, SJZ 113 (2017), Nr. 14, S. 329 ff., S. 330 mit Verweis auf die einschlägigen Entscheide; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Univ. Zürich, 2003, S. 206, m.w.H. auf die Abgrenzung zwischen Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

<sup>31</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263, S. 429.

<sup>32</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, (zit. Botschaft KG 95), S. 536.

<sup>33</sup> Komm. KG-SCHMIDHAUSER (Fn. 17), Art. 2 N 45; 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 (zit. BSK IPRG-VERFASSER/IN), Art. 137 N 8; BSK KG-LEHNE (Fn. 14), Art. 2 N 60.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu auch BSK KG-LEHNE (Fn. 14), Art. 2 N 60, der hierzu ausführt: «[...] Im Hinblick auf zivilrechtliche Ansprüche überschneiden sich die beiden Bestimmungen. Da jedoch beide das Auswirkungsprinzip statuieren, sollte es keine Normkonflikte geben».

<sup>35</sup> FRANK VISCHER, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. A., Zürich 2004, Art. 137 N 10.

<sup>36</sup> BSK IPRG-DASSER/BREI (Fn. 33), Art. 137 N 15.

<sup>37</sup> BGE 143 II 297 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 3; so auch PHILIPP HABERBECK, Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Lausanne locuta, causa finita, in: Jusletter 22. Mai 2017, N 47; PIERRE KOBEL, Un arrêt très attendu en droit des cartels : la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire GA-

zept der Deckungsgleichheit wird man diese Handhabung dann auch auf Art. 137 Abs. 1 IPRG übertragen müssen. Weiter verlangt die Norm Unmittelbarkeit, also einen direkten Kausalzusammenhang zwischen dem kartellrechtswidrigen Verhalten und der Behinderung.<sup>38</sup> Führt eine Kartellabrede zu höheren Kaufpreisen für Lastwagen auf dem Schweizer Markt, ist eine Betroffenheit i.S.d. Art. 137 Abs. 1 IPRG auf diesem Markt zumindest indiziert, was den ersten Schritt auf dem Weg zur Anwendbarkeit schweizerischen (Kartell-)Deliktsrechts darstellt. Die Bewertung eines direkten Kausalzusammenhangs zwischen Preisabsprache und überhöhtem Preis auf dem schweizerischen Markt hängt im Einzelnen auch von den jeweiligen Sachverhaltsumständen ab. Sie kann im vorliegenden Falle gegeben sein, wenn und weil Teile der Schweizer Lastwagenflotte zu kartellbedingt überhöhten Preisen erworben wurden.

## 5. Sachlegitimation – Solidarhaftung

### 5.1. Aktivlegitimation bei Erwerbern von Lastwagen

[Rz 12] Das Kriterium der Aktivlegitimation entscheidet darüber, wer einen bestimmten Anspruch geltend machen bzw. einklagen kann. Durch den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KG wird die Aktivlegitimation für die unterschiedlichen zivilrechtlichen Ansprüche nach KG gleich umschrieben: «Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird», kann kartellzivilrechtliche Ansprüche geltend machen.

[Rz 13] Die erste Eingrenzung, welche diesem an sich sehr weit gehaltenen Wortlaut entnommen wird, ergibt sich aus der Auslegung des Wortes «[w]er» im Lichte von Art. 2 Abs. 1, Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Da sich das KG insgesamt nur an Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne richtet, kann nach herrschender Auffassung auch nur ein Unternehmen als «wer» gemäss Art. 12 KG gelten.<sup>39</sup> Auf die rechtliche Organisationsform kommt es hingegen nicht an, so dass natürliche wie juristische

---

BA, in: Jusletter 19. Juni 2017, N 8; a.A. GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts – Kritische Anmerkungen zum Fall BMW, SJZ 112 (2016), Nr. 13, S. 321 ff., S. 323, der konkrete Prüfungskriterien für Inlandauswirkungen gemäss EU-Recht fordert; MANI REINERT, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts – Eine kritische Analyse, in: Inge Hochreutener/Walter A. Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2018, S. 49 ff., S. 53 ff.; NICOLAS BIRKHÄUSER/MANI REINERT, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 137 (2018), Heft 1, S. 121 ff., S. 122 ff.; siehe auch ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 137 (2018), Heft 1, S. 103 ff., S. 106 f., der den Verzicht auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit kritisch einschätzt.

<sup>38</sup> Komm. KG-SCHMIDHAUSER (Fn. 17), Art. 2 N 47; BSK IPRG-DASSER/BREI (Fn. 33), Art. 137 N 16; DOROTHEE SCHRAMM/SIMON GABRIEL/AXEL BUHR, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 137 N 10 m.w.H.; vgl. auch RUSCH/GUT (Fn. 15), S. 3.

<sup>39</sup> Für eine abschliessende Formulierung des Gesetzes ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009, S. 66 f. und Fn. 208; JEAN-MARC REYMOND, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. A., Basel 2013 (zit. CR CONCURRENCE-VERFASSER/IN), Art 12 N 10; ZÄCH (Fn. 21), N 881; sich dieser Meinung anschliessend: ZURKINDEN/TRÜEB (Fn. 21), Art. 2 N 2; Komm. KG-WALTER (Fn. 17), Art 12 N 10 ff.; LANG (Fn. 14), S. 72; FANNY PAUKER, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht: der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Lukas Fahrlander et al. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 2013, S. 643 ff., S. 665 ff. m.w.H.; Vito Roberto, Das neue schweizerische Kartellgesetz, in: Rivista degli Scambi Italo-Svizzeri 87 (1996), Nr. 10, S. 58 ff., S. 58; so auch Botschaft KG 95 (Fn. 32), S. 587 f.; auch Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905 (zit. Botschaft KG 2012), S. 3948; für die neuere Lehrmeinung, gemäss welcher Konsumenten ihren Schaden gemäss Art. 41 OR geltend machen können vgl. (Fn. 15).



Personen, aber auch Personengesamtheiten aktivlegitimiert sein können.<sup>40</sup> Auch Unternehmen des öffentlichen Rechts kommen als Aktivlegitimierte in Betracht,<sup>41</sup> was vorliegend von besonderer Bedeutung sein kann, da gerade sie mitunter LKW-Flotten unterhalten.<sup>42</sup> Insbesondere Konsumenten verwehrt Art. 12 KG hingegen nach herrschender Interpretation die Aktivlegitimation,<sup>43</sup> was allerdings für den hier interessierenden Sektor nur begrenzte Auswirkungen entfalten dürfte, da Multitonnenlaster üblicherweise nicht als Gefährd für Privathaushalte zum Einsatz kommen. Aber auch Wirtschaftsverbände, sofern sie nicht Unternehmenseigenschaft aufweisen und selbst am Wettbewerb teilnehmen, sind de lege lata nicht aktivlegitimiert.<sup>44</sup> Zessionar für die Schadensersatzansprüche von Unternehmen können Verbände aber selbst bei fehlender eigener Unternehmenseigenschaft sein,<sup>45</sup> was – möglicherweise auch in der vorliegenden Konstellation<sup>46</sup> – den Weg für eine gesammelte Geltendmachung abgetretener Schadensersatzansprüche eröffnet.<sup>47</sup> Mehrere aktivlegitimiert Unternehmen bilden grundsätzlich keine Solidargläubigerschaft i.S.v. Art. 150 Abs. 1 OR,<sup>48</sup> sie können ihre Ansprüche aber im Wege der Zession bündeln oder im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft geltend machen.<sup>49</sup>

[Rz 14] Neben der Unternehmenseigenschaft fordert<sup>50</sup> Art. 12 KG, durch seinen Wortlaut «in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert», eine besondere Betroffenheit durch die unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung.<sup>51</sup> Besondere Betroffenheit i.d.S. verlangt jedoch ledig-

---

<sup>40</sup> CR Concurrence-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 6.

<sup>41</sup> CR Concurrence-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 9 m.w.H.

<sup>42</sup> Vgl. auch LG Hannover (Fn. 13), S. 100, eine der ersten Zivilgerichtsentscheidungen zum Lastwagenkartell, welche einer Körperschaft des öffentlichen Rechts dem Grunde nach Schadensersatz zusprach.

<sup>43</sup> Vgl. (Fn. 39).

<sup>44</sup> CR Concurrence-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 14 ff.; vgl. hierzu auch ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch/Rolf H. Weber/Andreas Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, S. 137 ff., S. 152 f.; CR Concurrence-REYMOND (Fn. 41), Rem. art 12 ss N 7; DENOOTH (Fn. 17), S. 175; ZÄCH (Fn. 21), N 882. Verbände können weiter aktivlegitimiert sein, wenn die Voraussetzungen der Verbandsklage gemäss Art. 89 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies ist jedoch lediglich in Bezug auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen relevant; zu den einzelnen Voraussetzungen der Verbandsklage siehe SAMUEL KLAUS, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, (zit. BSK ZPO-VERFASSER/IN), Art. 89 N 22 ff.; vgl. auch Fn. 47.

<sup>45</sup> RETO JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 209 ff., S. 214 f.; SRÖCKLI (Fn. 14), N 741; vgl. auch HEINEMANN (Fn. 44), S. 153.

<sup>46</sup> Vorliegend kämen u.E. allenfalls der Schweizerische Nutzfahrzeugverband (ASTAG) oder ähnliche Verbände infrage.

<sup>47</sup> Vgl. grundlegend hierzu Bericht des Bundesrates, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bern 2013, (zit. Bericht des Bundesrates), S. 44; vgl. auch BGE 131 I 223 E. 4.5.3; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 25; DREYER (Fn. 15), S. 227; siehe auch die gegen Volkswagen und AMAG eingereichte Verbandsklage, <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/2017/09/abgasskandal-konsumentenschutz-reicht-verbandsklage-ein>; vgl. ferner Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, S. 38 ff., betreffend die Einführung reparaturischer Verbandsklagen gemäss Art. 89 Abs. 2 Bst. d sowie Art. 89a VE-ZPO.

<sup>48</sup> ANDREAS HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in: Rolf Sethe/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 135 ff., S. 139; BSK KG-JACOBS/GIGER, (Fn. 14), Art. 12 N 90.

<sup>49</sup> Vgl. Fn. 47; bzgl. der einfachen Streitgenossenschaft vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 47), 71 f.

<sup>50</sup> Es bedarf vorliegend keiner näheren Überlegungen dazu, ob eine besondere Betroffenheit nur für Abwehr- oder auch für Ausgleichsansprüche zu fordern ist, vgl. hierzu BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 14. Denn bei Kartellschadensersatzansprüchen sorgt bereits wegen der Verletzung von Art. 5 KG das allgemeinschadensersatzrechtliche Erfordernis des Schutzzweckzusammenhangs – zu diesem LANG (Fn. 14), S. 126 f. – dafür, dass nur in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderte Akteure aktivlegitimiert sind.

<sup>51</sup> ZÄCH (Fn. 21), N 879; CR Concurrence-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 27.

lich eine tatsächliche Betroffenheit des Klägers,<sup>52</sup> keine rechtliche oder wirtschaftliche Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen dem Geschädigten und dem Wettbewerbsverletzer.<sup>53</sup> Einer Vertragsbeziehung, eines direkten Konkurrenzverhältnisses oder (sonstiger) direkter wirtschaftlicher Interaktionen zwischen ihnen bedarf es also nicht.<sup>54</sup>

[Rz 15] Der adäquate Kausalzusammenhang, welcher zwischen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten und Behinderung des Klägers bestehen muss,<sup>55</sup> wird sich letztendlich nur anhand der jeweiligen Einzelfallumstände verifizieren lassen. Dem Befund, dass ein Preiskartell adäquat kausal in der Zahlung überhöhter Preise durch die Erwerber der kartellbetroffenen Güter resultiert, steht es aber jedenfalls nicht entgegen, wenn die Güter in einer mehrstufigen Kette vertrieben statt vom kartellierenden Hersteller direkt erworben werden.<sup>56</sup>

## 5.2. Passivlegitimation

[Rz 16] Die Passivlegitimation bestimmt, wem gegenüber der Aktivlegitimierte seinen Anspruch geltend machen bzw. einklagen kann. Art. 12 KG trifft keine definitive Aussage darüber, wer Anspruchsgegner der dort gelisteten Ansprüche ist.<sup>57</sup> Jedenfalls muss es sich aber auch auf dieser Seite der Sachlegitimation um Unternehmen handeln (Art. 2 Abs. 1, Abs. 1<sup>bis</sup> KG).<sup>58</sup> Welche weiteren Voraussetzungen für die Passivlegitimation eines Unternehmens gegeben sein müssen, richtet sich dann nach den jeweiligen spezifischen Regeln für die Ansprüche, auf welche Art. 12 KG verweist.<sup>59</sup> Für einen Anspruch gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b KG i.V.m. Art. 41 OR kommt es daher zentral auf die kausale Schadensverursachung durch ein wettbewerbswidrig handelndes Unternehmen an.<sup>60</sup>

## 5.3. Solidarhaftung

[Rz 17] Mehrere passivlegitimierte Teilnehmer eines Preiskartells haften typischer Weise nach den Regeln der echten Solidarität im Aussenverhältnis gemäss Art. 50 Abs. 1 OR, da sie zur Herbeiführung der Wettbewerbsbeschränkung bewusst zusammengewirkt haben.<sup>61</sup> Diese Solidarhaftung im Aussenverhältnis tritt unabhängig von der Grösse des jeweiligen Verschuldens

---

<sup>52</sup> Komm. KG-WALTER (Fn. 17), Art. 12 N 12 f.; ZURKINDEN/TRÜEB (Fn. 21), Art. 2 N 2.

<sup>53</sup> JÜRIG BORER, in: Jürg Borer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht I Kommentar – Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. A., Bern 2011, Art. 12 N 3.

<sup>54</sup> BORER (Fn. 53), Art. 12 N 3; JACOBS (Fn. 45), S. 213 f.

<sup>55</sup> DENOTH (Fn. 17), S. 174; BORER (Fn. 53), Art. 12 N 3; JACOBS (Fn. 45), S. 214.

<sup>56</sup> Hierzu MÜLLER (Fn. 15), S. 313 f.

<sup>57</sup> LANG (Fn. 14), S. 84 f.; BORER (Fn. 53), Art. 12 N 6.

<sup>58</sup> HEINEMANN (Fn. 48), S. 147 f.; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 27; LANG (Fn. 14), S. 84.

<sup>59</sup> Eine aktuelle Streitfrage in der EU ist, ob durch die Kartellschadensersatzrichtlinie (siehe Fn. 82) das Konzept der «wirtschaftlichen Einheit» in das nationale Kartellzivilrecht übertragen wird, vgl. hierzu MARIUS KLOTZ, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?, WuW 2017, S. 226 ff.; vgl. auch BRAND (Fn. 15), S. 178 f.; die Frage nach der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Konzerns für Kartellvergehen wird auch in der Schweiz – wenn auch weniger intensiv – diskutiert, vgl. dazu HEINEMANN (Fn. 48), passim.

<sup>60</sup> HURNI (Fn. 13), S. 302 f.; vgl. auch LANG (Fn. 14), S. 92.

<sup>61</sup> Heinemann (Fn. 48), S. 139; Komm. KG-WALTER (Fn. 17), Art. 12 N 74; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 89; TERESA RUDOLPH/HERBERT WOHLMANN, Das System der Solidarität bei schadensersatzklagen im Kartellrecht: Rückblick und Ausblick, recht 2017, S. 47 ff., S. 47.

der Kartellbeteiligten ein.<sup>62</sup> Sie bietet einem kartellgeschädigten Lastwagenerwerber erhebliche Vorteile, weil er prinzipiell den Ersatz seines gesamten Schadens von einem einzigen Kartellbeteiligten fordern kann, ohne mehrere Prozesse führen oder die Verursachungs- und Verschuldensanteile der einzelnen Kartellmitglieder ermitteln und berücksichtigen zu müssen.

## 6. Widerrechtlichkeit und ihr Nachweis

[Rz 18] Gemäss der so genannten «objektiven Widerrechtlichkeitstheorie» ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn durch sie entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt oder ein reiner Vermögensschaden durch einen Verstoss gegen eine Schutznorm bzw. eine Sorgfaltspflicht bewirkt wird.<sup>63</sup> Der Erwerb eines Produktes zu Kartellpreisen führt zu Mehrkosten, die einen reinen Vermögensschaden darstellen,<sup>64</sup> und es bedarf daher zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Schutznormverletzung. Bei den materiellen KG-Bestimmungen (Art. 5 KG und Art. 7 KG) handelt es sich nach allgemeiner Ansicht um Schutznormen,<sup>65</sup> so dass dieser rechtsdogmatische Punkt für Kartellopfer keine Hürde darstellt.

[Rz 19] Die eigentliche Krux liegt vielmehr im Nachweis des Kartellverstosses. Im vorliegenden Fall müsste die klagende Partei eine horizontale Preisabrede nachweisen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG), aus der dann die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR resultiert.<sup>66</sup> Folgt die privatrechtliche Schadenersatzklage auf ein Kartellverwaltungsverfahren, in dem die Behörde und gegebenenfalls die Gerichte den Kartellverstoss bereits (rechtskräftig) festgestellt haben, kann sich die Zivilklage hierauf stützen. Zwar ist das Zivilgericht nicht formell an den in Rechtskraft erwachsenen Entscheid im Kartellverwaltungsverfahren gebunden.<sup>67</sup> Eine gewisse faktische Präjudizwirkung dürfte und sollte das Ergebnis des Kartellverwaltungsverfahrens jedoch entfalten.<sup>68</sup> Dies führt zu einer erheblichen Vereinfachung von *follow-on*-Zivilklagen im Vergleich zu *stand-alone*-Klagen. Denn es stellt den Zivilkläger vielfach vor unüberwindliche Hürden, wenn

---

<sup>62</sup> CR CONCURRENCE-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 107; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 88; RUDOLPH/WOHLMANN (Fn. 61), S. 50.

<sup>63</sup> BGE 133 III 323 E. 5.1; 123 III 306 E. 4b; vgl. auch MARTIN A. KESSLER, in: Heinrich Honsell/Peter Nedin Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Art. 1–529 Obligationenrecht, 6. A., Basel 2015, (zit. BSK OR I-VERFASSEN/IN), Art. 41 N 31; BEAT SCHÖNENBERGER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, (zit. KUKO OR-VERFASSEN/IN), Art. 41 N 23.

<sup>64</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 290; PIERRE TERCIER, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band. 5. Wettbewerbsrecht, Teilband 2. Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 380 f.; Komm. KG-WALTER (Fn. 17), Art. 12 N 75; WIGET (Fn. 15), S. 293.

<sup>65</sup> SHK KG-HAHN (Fn. 16), Art. 12 N 35; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 76; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftungsrecht, 4. A., Zürich 2008, N 708; LANG (Fn. 14), S. 61, S. 125 ff.; WIGET (Fn. 15), S. 300.

<sup>66</sup> ANDREAS HEINEMANN, Private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz, in: Andreas Fuchs/Andreas Weitberg (Hrsg.), Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung (erscheint vsl. im 4. Quartal 2018), N 23.

<sup>67</sup> WEKO, RPW 1997/4, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, S. 593 ff., S. 596 N 20; HEINEMANN (Fn. 39), S. 108 ff.

<sup>68</sup> HEINEMANN (Fn. 44), S. 155 f.; DENOTH (Fn. 17), S. 229 f.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553 ff., S. 566; SPITZ (Fn. 15), S. 126; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 N 23 f.; LANG (Fn. 14), S. 208 f.; STÖCKLI (Fn. 14), N 1268; für eine Bindungswirkung Yvo HANGARTNER, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, S. 42 ff., S. 49; ZÄCH (Fn. 21), N 809; SHK KG-HAHN (Fn. 16), Art. 12 N 7 f.; CR CONCURRENCE-REYMOND (Fn. 39), Rem. art. 12 ss N 45, dahingehend differenzierend, dass das Zivilgericht an Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde bzw. einer der Rechtsmittelinstanzen gebunden ist, wenn Parteien bzw. Verfahrensbeteiligten und Streitgegenstand im Zivilverfahren dieselben sind wie im zeitlich vorangehenden Verwaltungsverfahren, CR CONCURRENCE-REYMOND (Fn. 39), Rem. art. 12 ss N 45 f.

er, ohne über die Ermittlungsbefugnisse und Ressourcen einer Kartellbehörde zu verfügen, den Nachweis des Ob und Wie eines Kartellverstosses führen soll.<sup>69</sup>

[Rz 20] Anders als die Europäische Kommission hat die WEKO gegenüber den Lastwagen-Herstellern kein Verfahren eröffnet. Ein potenziell geschädigtes schweizerisches Logistikunternehmen kann daher insofern nicht von den Vorteilen eines *follow-on*-Verfahrens profitieren. Der Vergleichsbeschluss der Europäischen Kommission stellt zwar einen Kartellverstoss fest, jedoch nur in Bezug auf das EU-, nicht auch auf das schweizerische Kartellrecht.<sup>70</sup> Zudem binden Entscheidungen von EU-Behörden die schweizerischen Gerichte nicht.<sup>71</sup>

[Rz 21] Zumindest ein teilweiser bzw. indirekter Beweiswert könnte dem EU-Kartellverwaltungsverfahren und seinen Ergebnissen in quasi-*stand-alone*-Schadenersatzklagen vor schweizerischen Gerichten dennoch zukommen: Der Vergleichsbeschluss der Kommission stellt fest, dass die Bruttolistenpreise für den Vertrieb innerhalb des gesamten EWR von der Absprache betroffen waren.<sup>72</sup> Sofern der Schadenersatzkläger seinen Lastwagen direkt im EWR als Neufahrzeug von einem der Hersteller erwarb, sollte er mithilfe der Kommissionsbeurteilung jedenfalls den Nachweis der Preisabsprache führen können, auch wenn die Kommission keine Beurteilung nach schweizerischem Kartellrecht vorgenommen hat und ihre Entscheidung keine zwingende Bindungswirkung für schweizerische Gerichte entfaltet. Und selbst wenn sich der schadensbegründende Erwerbsvorgang nicht direkt in dem von der Kommission beurteilten Tatsachenbereich abspielte, etwa weil er in der Schweiz stattfand, setzt das Geschehen im EWR eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Betroffensein auch benachbarter Fallgestaltungen mit Bezug zur Schweiz. Es kann dem Schadenersatzkläger damit bei der Substantiierung seiner Ausführungen helfen. In Kombination mit der Beweisnot des Klägers über das kartellrechtsrelevante Binnengeschehen zwischen den Lastwagenherstellern und deren gleichzeitiger Beweishöhe legt dies u.E. eine Beweiserleichterung bspw. in Form einer Beweismassreduktion für den Kläger nahe. Zumindest aber dürfen die Anforderungen an die Substantiierung des Sachvortrags des Geschädigten nicht überspannt werden und die Schwelle für eine substantiierte Bestreitenslast der Kartellanten sollte niedrig angesetzt sein.<sup>73</sup> Auch eine frühe Entscheidung zum Lastwagenkartell aus dem EU-Raum hat dem Schadenersatzkläger Beweiserleichterung in Gestalt eines, auf den Feststellungen der Kommission beruhenden, Anscheinsbeweises bzgl. Kartellbetroffenheit bestimmter Transaktionen sowie bzgl. der Kausalität zwischen Kartellverstoss und Vermögensnachteil gewährt.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Vgl. HEINEMANN (Fn. 44), S. 156.

<sup>70</sup> Europäische Kommission, AT.39824 – Trucks, N 78.

<sup>71</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.9; vgl. auch ASTRID EPINEY, Steuern, Europa und die Schweiz – Ausgewählte Aspekte der «Europakompatibilität» kantonaler Steuerregime aus rechtlicher Sicht, in: Franz Jaeger (Hrsg.), Steuerwettbewerb: Die Schweiz im Visier der EU, Zürich/Chur 2008, S. 75 ff., S. 79.

<sup>72</sup> Europäische Kommission, AT.39824 – Trucks, N 81.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu etwa Urteil des Bundesgerichts 5P.391/2006 vom 18. Dezember 2006 E. 3.2 m.H. auf BGE 115 II 1; MARK SCHWEIZER, Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht, Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2016, Zürich 2016, 121 ff., S. 131 f.; vgl. auch CHRISTOPH HURNI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1–149 ZPO; Band II: Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I–III, Bern 2012, Art. 55 N 44 m.w.H.

<sup>74</sup> LG Hannover (Fn. 13), S. 100 f., insbesondere auch mit dem – für die Schweiz gleichfalls relevanten – Hinweis auf Dauer, räumliche Ausdehnung und komplexe Organisation des Kartells. Dort trifft das Gericht u.a. auch die folgende Aussage: «Es ist nicht erforderlich, dass die einzelnen Beschaffungsvorgänge Teil der Absprachen sind. Der Geschädigte genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er vorträgt und gegebenenfalls beweist, dass er solche Geschäfte mit den Kartellbeteiligten überhaupt getätigt hat. Es ist dann Sache der am Kartell beteiligten Be-

[Rz 22] Das zuständige Gericht hat in einem Kartellzivilverfahren gemäss Art. 15 KG bei der WEKO ein Gutachten einzuholen, sofern die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des zu entscheidenden Falles nicht auf der Hand liegt.<sup>75</sup> Die Gutachtertätigkeit der WEKO ist aber auf Rechtsfragen beschränkt, weshalb sich die klagende Partei keine zusätzlichen Sachverhaltserkenntnisse durch ein WEKO-Gutachten erhoffen darf.<sup>76</sup> Schon angesichts der Annäherungstendenzen zwischen schweizerischem und europäischem Kartellrecht<sup>77</sup> dürfte ein WEKO-Gutachten jedoch zumindest bei Sachverhalten, welche bereits teilweise in einem Verfahren der Europäischen Kommission gebüsst wurden, für den Kläger eine gewisse unterstützende Wirkung haben. Das Gericht bleibt in seiner rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts indes frei, es ist also nicht an das Gutachtenergebnis der WEKO gebunden.<sup>78</sup>

## 7. Schaden

### 7.1. Schadensnachweis

[Rz 23] Auch der Nachweis eines eingetretenen Schadens, wie ihn Art. 42 Abs. 1 OR fordert,<sup>79</sup> kann Kartellopfer vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen.<sup>80</sup> Der Schaden berechnet sich, bezogen auf das kartellbetroffene Gut, anhand der Differenz zwischen dem hypothetischen Einkaufspreis ohne preisverzerrende Kartellabsprache und dem tatsächlichen Einkaufspreis.<sup>81</sup> Wie bei allen hypothetischen Geschehensverläufen macht aber auch bei der Ermittlung des kartellunverfälschten Preises die Vielzahl der Faktoren, die das Geschehen potenziell beeinflusst hätten, eine beweisfeste Ermittlung und Darlegung der hypothetischen Ergebnisse schwierig. Hinzu kommt, dass das geschädigte Unternehmen vielfach über Informationen, die für die Abschätzung des hypothetischen Geschehens wichtig wären, gar nicht verfügt, weil sich diese im Bereich der Kartelltäter befinden.<sup>82</sup>

[Rz 24] Der Blick in die EU löst das Problem vorliegend nicht. Denn der Vergleichsbeschluss der Europäischen Kommission stellt zwar fest, dass eine EWR-weite Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht vorlag und dass der Preis als Wettbewerbsparameter betroffen war.

---

klagten, den Anschein durch näheren Vortrag zu den konkreten Einzelheiten der Kartellabsprachen und deren Reichweite zu erschüttern und dabei aufzuzeigen, warum es eine ernsthafte Möglichkeit gibt, dass die streitgegenständlichen Geschäfte nicht kartellbetroffen waren».

<sup>75</sup> Borer (Fn. 53), Art. 15 N 7 f.; Hangartner (Fn. 68), S. 48; Denoth (Fn. 17), S. 21; Komm. KG-Walter (Fn. 17), Art. 15 N 63; Zurkinder/Trüb (Fn. 21), Art. 15 N 2.

<sup>76</sup> Denoth (Fn. 17), S. 21.

<sup>77</sup> BGE 149 II 297 E. 5.3.4; siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.9 m.w.H.

<sup>78</sup> WEKO, RPW 1997/4, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, S. 593 ff., S. 595 N 2.

<sup>79</sup> WILLI FISCHER/THIERRY URWYLER, in: Willi Fischer/Thierry Urwyler (Hrsg.), Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Art. 42 N 6.

<sup>80</sup> DENOTH (Fn. 17), S. 175 ff.; HURNI (Fn. 13), S. 348 ff.; LANG (Fn. 14), S. 123; RUSCH/GUT (Fn. 15), S. 4; STÖCKLI (Fn. 14), N 1061.

<sup>81</sup> DENOTH (Fn. 17), S. 176; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Art. 12 N 54; CR Concurrence-REYMOND (Fn. 41), Art. 12 N 84 m.w.H.

<sup>82</sup> Vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, 1 ff., (KartellschadensersatzRL), Erwägungsgrund (46).

Informationen über das konkrete Ausmass der kartellbedingten Preisverschiebungen finden sich aber nicht. Soweit solche Informationen im Verlaufe der Vergleichsverhandlungen ausgetauscht wurden, schützt das EU-Recht deren Vertraulichkeit besonders stark, auch gegenüber klagewilligen Kartellopfen bzw. einer Weitergabe an die WEKO.<sup>83</sup> Allerdings lassen sich aus den Darlegungen der Kommission Rückschlüsse darauf ziehen, dass von Lastwagenabnehmern jedenfalls im EWR überhöhte Preise gezahlt wurden und welche Marktsektoren hiervon betroffen waren. Diese Informationen können für den Kläger im Rahmen einer charakteristischen Beweiserleichterungsnorm des schweizerischen Rechts hilfreich sein, nämlich des Art. 42 Abs. 2 OR. Nach dieser Norm kann das Gericht einen nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach Ermessen schätzen. Die Rechtsprechung erstreckt das richterliche Ermessen nicht nur auf die Höhe, sondern auch auf die Frage, ob überhaupt ein Schaden eingetreten ist.<sup>84</sup> Art. 42 Abs. 2 OR entbindet den Kläger indes nicht von jeglichen Nachweisanstrengungen. Er muss vielmehr alle ihm bekannten Anhaltspunkte vorbringen, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Grössenordnung fassbar machen, gegebenenfalls ist dieses Parteivorbringen auch durch Rückgriff auf Gutachter zu substantiieren.<sup>85</sup> Und als solche Anhaltspunkte kommen auch die Ergebnisse von Verfahren in der EU in Betracht.

[Rz 25] Das EU-Kartellrecht hält sogar eine noch weitergehende Beweiserleichterung bereit. Während nämlich Art. 17 Abs. 1 der KartellschadensersatzRL<sup>86</sup> eine Schadensschätzung nach dem Muster des Art. 42 Abs. 2 OR vorsieht,<sup>87</sup> stellt Art. 17 Abs. 2 S. 1 KartellschadensersatzRL die – widerlegbare (Art. 17 Abs. 2 S. 2 KartellschadensersatzRL) – Vermutung auf, «dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen». Die Höhe des vermuteten Schadens lässt diese Regelung offen,<sup>88</sup> was in der Literatur bereits zu Vorschlägen für eine Mindestscha-

---

<sup>83</sup> Vgl. KartellschadensersatzRL (Fn. 82), Art. 6 Abs. 6 lit. b) sowie Erwägungsgrund (24) und (26) betreffend den Ausschluss der Akteneinsicht durch Dritte in Ausführungen i.R.v. Vergleichsverfahren nationaler EU-Wettbewerbsbehörden; jedoch soll die Möglichkeit der Einsicht in zurückgezogene Vergleichsausführungen bestehen, KartellschadensersatzRL (Fn. 82), Art. 6 Abs. 5 lit. c); restriktiver und möglicherweise inkongruent mit der Kartellschadensersatzrichtlinie betreffend die Einsicht in Vergleichsausführungen: Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. C 167 vom 2. Juli 2008, S. 1 ff., N 40, wonach die Einsicht durch Dritte in Vergleichsausführungen öffentliche oder private Interessen schädigen würde und daher grundsätzlich nicht gewährt wird. Im Gegensatz zu der Kartellschadensersatzlinie unterscheidet die Mitteilung nicht zwischen abgeschlossenen bzw. zurückgezogenen Vergleichsausführungen, was indiziert, dass der Abschluss der Akteneinsicht für abgeschlossene und zurückgezogene Vergleichsausführungen gleichermassen gilt. Vgl. auch N 37 derselben Mitteilung betreffend die Übermittlung von Vergleichsausführungen an nationale EU-Wettbewerbsbehörden; ferner, betreffend die Übermittlung von Vergleichsausführungen zwischen der WEKO und der Europäischen Kommission, das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, abgeschlossen am 17. Mai 2013, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Dezember 2014 (SR 0.251.268.1), welches vorsieht, dass im Rahmen von Vergleichsverfahren erlangte Informationen grundsätzlich nicht übermittelt werden können, ausser wenn das die Informationen zur Verfügung stellende Unternehmen der Übermittlung schriftlich zugestimmt hat.

<sup>84</sup> BGE 122 III 219 E. 3a; vgl. auch JACOBS (Fn. 45), S. 220 f.

<sup>85</sup> So auch Handelsgericht des Kantons Aargau, RPW 2003/2, Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 13. Februar 2003 in der Streitsache des Allgemeinen Bestattungsinstituts gegen den Kanton Aargau 13. Februar 2003, S. 451 ff., S. 474 f.

<sup>86</sup> KartellschadensersatzRL (Fn. 82).

<sup>87</sup> Vgl. zum Schweizer Recht BSK OR I-KESSLER (Fn. 63), Art. 42 N 1 ff.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER (Fn. 63), Art. 42 N 1 ff.

<sup>88</sup> Explizit dagegen KartellschadensersatzRL (Fn. 82), Erwägungsgrund (47); vgl. auch Stancke et al.-SEBASTIAN MAX HAUSER/ANNE FRANTZMANN (Fn. 13), Kap. H N 774 m.w.H.

densvermutung geführt hat.<sup>89</sup> Dem schweizerischen Kartellzivilrecht ist indes selbst eine Vermutung des *Schadenseintritts* nach dem Muster von Art. 17 Abs. 2 S. 1 KartellschadensersatzRL derzeit noch fremd.

## 7.2. Passing-on defence

[Rz 26] Gelingt dem Kläger der Schadensnachweis, kommt für den Beklagten eine Verteidigung mithilfe der so genannten «*passing-on defence*» in Betracht. Dieser Einwand zielt darauf, dass der geltend gemachte Schaden dem Kläger nicht dauerhaft entstanden sei, da dieser ihn durch seine eigene Preisgestaltung auf eine nachgelagerte Marktstufe abgewälzt habe.<sup>90</sup> Wiewohl nicht gesetzlich vorgesehen, bildet die *passing-on defence* einen gut etablierten Bestandteil des schweizerischen Kartellzivilrechts.<sup>91</sup> Dogmatisch kann sie auf Grundprinzipien des allgemeinen Haftungsrechts abgestützt werden, nämlich dem Bereicherungsverbot und dem Prinzip der Vorteilsanrechnung.<sup>92</sup> Ein Geschädigter soll kompensiert, er soll aber nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.<sup>93</sup> Eine Überkompensation könnte aber entstehen, wenn dem Geschädigten sowohl Kartellschadensersatz zufließt, als auch (zuvor) die um die weitergegebenen Preiskartelleffekte erhöhten Erträge aus Geschäften mit der nachgelagerten Absatzstufe.<sup>94</sup> Bringt das schädigende Ereignis zugleich auch eine Vermögenmehrung mit sich – wie beispielsweise höhere Preise und Erträge aus Transaktionen mit der nachgelagerten Absatzstufe – muss sich der Geschädigte diese auf seine Vermögenseinbusse anrechnen lassen.<sup>95</sup>

[Rz 27] Die Beweislast für eine im Kartellzivilprozess erhobene *passing-on defence* liegt beim Schädiger.<sup>96</sup> Dies entspricht nicht zuletzt der allgemeinen Beweislastverteilung bei einer Vorteilsanrechnung.<sup>97</sup> Der Beweis der Schadensabwälzung kann für den Schädiger ähnlich schwer zu führen sein wie der Schadensnachweis für den Geschädigten,<sup>98</sup> vor allem weil es auch hier um hypothetische Geschehensabläufe geht, nämlich (im Falle von Preiskartellen) um die hypothetischen Weiterverkaufspreise ohne kartellbedingtes *passing-on*.<sup>99</sup> Dabei wird man dem Schädiger insbesondere auch den Nachweis abverlangen können, dass sich die (höheren) Preise des Geschädigten nicht aus dessen eigenen Wertschöpfungsanteilen rechtfertigen.<sup>100</sup> Dafür soll aber auch

---

<sup>89</sup> CHRISTIAN KERSTING/NICOLA PREUSS, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, S. 394 ff, S. 396; CHRISTIAN KERSTING, Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle, VersR 2017, S. 581 ff., S. 583.

<sup>90</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 1.

<sup>91</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 274 ff.; HEINEMANN (Fn. 39), S. 75 ff.

<sup>92</sup> JACOBS (Fn. 45), S. 221; ROLAND VON BÜREN, Zur Zulässigkeit der «*passing-on defence*» in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, S. 189 ff., S. 191; MARC BÄCHLI, Die «*Passing-on-Defence*», SJZ 103 (2007), Nr. 15, S. 365 ff., S. 371.

<sup>93</sup> BGE 134 III 489 E. 4.2 m.w.H.; BSK OR I-KESSLER (Fn. 63), Art. 42 N 2a; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, (Fn. 63), Art. 42 N 7.

<sup>94</sup> Vgl. auch JACOBS (Fn. 45), S. 221; MÜLLER (Fn. 15), S. 293 ff.

<sup>95</sup> INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2016, § 15 N 11 f.

<sup>96</sup> BÄCHLI (Fn. 92), S. 368; JACOBS (Fn. 45), S. 221; SPITZ (Fn. 15), S. 117; MÜLLER (Fn. 15), S. 294.

<sup>97</sup> BGE 132 III 186 E. 8.3; MÜLLER (Fn. 15), S. 294; HEINEMANN (Fn. 39), S. 75 m.w.H.

<sup>98</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 297 f.

<sup>99</sup> HELMUT KÖHLER, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, S. 103.

<sup>100</sup> Vgl. zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10, «ORWI», Rn. 69 (juris); OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. November 2016, 6 U 204/15, Rn. 70 (juris).

der Schädiger grundsätzlich von der Beweiserleichterung durch Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR profitieren.<sup>101</sup>

[Rz 28] Im Ganzen gleicht die Rechtslage in der Schweiz damit in wesentlichen Teilen den heutigen EU-Kartellrechtsregeln. Denn Art. 13 S. 1 KartellschadensersatzRL gewährt dem Schädiger – zur Verhinderung einer Überkompensation (Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 KartellschadensersatzRL) – ausdrücklich die *passing-on defence*, erlegt ihm aber auch die Beweislast hierfür auf (Art. 13 S. 2 KartellschadensersatzRL). Gemäss Art. 12 Abs. 5 KartellschadensersatzRL kann das Gericht den Umfang der Schadensabwälzung schätzen,<sup>102</sup> Art. 13 S. 2 KartellschadensersatzRL gibt dem Schädiger einen Anspruch auf «Offenlegung»<sup>103</sup> relevanter Informationen.

[Rz 29] Sollte es im Zusammenhang mit dem Lastwagenkartell zu Schadensersatzprozessen in der Schweiz kommen, ist auch mit der Erhebung der *passing-on defence* zu rechnen. In der Tat kommen Lastwagen sehr häufig auf einer mittleren Stufe der Absatzkette zum Einsatz, etwa beim Transport vom Grossisten zum Detaillisten. Dies gibt durchaus Raum für eine Weitergabe höherer Anschaffungspreise, etwa durch Anhebung der Frachtraten. Allein der Nachweis, dass die hypothetische Frachtrate pro Gütereinheit ohne das Lastwagenpreiskartell niedriger gelegen hätte, dürfte – sofern er denn gelingt – in einer solchen Konstellation für eine erfolgreiche *passing-on defence* indes noch nicht genügen. Vielmehr wäre auch aufzuzeigen, dass der höhere Ertrag pro Gütereinheit nicht durch eine preisbedingte Verminderung des Frachtvolumens ausgeglichen wurde. Gelingt dem Schädiger auch dies, kann der Geschädigte noch die Verteidigung zu führen versuchen, dass er seinen Schaden nur infolge überobligationsgemässer Anstrengungen abzuwälzen vermochte und der Lohn dieser Sonderanstrengungen dem Schädiger nicht zugutekommen sollte.<sup>104</sup> In einer frühen Entscheidung aus der EU hat das LG Hannover ein *passing-on* jedenfalls für öffentliche Entsorgungsbetriebe – mangels Anschlussmarktes – verneint, aber auch generell die hohen Anforderungen an eine erfolgreiche *passing-on defence* betont.<sup>105</sup>

### 7.3. Preisschirmeffekte

[Rz 30] Eine letzte Bemerkung zur Schadensermittlung sei dem so genannten «Preisschirmeffekt» oder «*umbrella pricing*» gewidmet. Hiermit werden Preisanpassungen durch Unternehmen bezeichnet, die zwar selbst nicht an einem Kartell beteiligt sind, ihre Konditionen aber den kartellbedingt veränderten Marktbedingungen angleichen.<sup>106</sup> Die Kartellaussenseiter setzen also ih-

---

<sup>101</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 294.

<sup>102</sup> Zugunsten von mittelbaren Abnehmern wird weiter vermutet, dass eine Schadensabwälzung an den mittelbaren Abnehmer stattgefunden hat. Gemäss der deutschen Umsetzung der KartellschadensersatzRL (Fn. 82), kann das Gericht nicht das «Ob» einer Schadensabwälzung überprüfen, sondern lediglich die Höhe schätzen vgl. dazu Stancke et al.-FABIAN STANCKE (Fn. 13), Kap. H N 497; DERSELBE, Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, NZKart 2017, S. 636 ff., S. 640; jeweils mit Verweis auf BT-Drs. 18/10207, S. 57.

<sup>103</sup> STEFAN OHLHOFF, in: Hans-Georg Kamann/Stefan Ohlhoff/Sven Völcker (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess, München 2017, § 26 N227; JULIA TOPEL, in: Gerhard Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 3. A., München 2016, § 50 N 104.

<sup>104</sup> Zur Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes bei der *passing-on defence* vgl. auch BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 N 71.

<sup>105</sup> LG Hannover (Fn. 13), S. 103.

<sup>106</sup> JÜRGEN COPPIK/JUSTUS HAUCAP, Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen, Ordnungspolitische Perspektiven, November 2015, S. 1.



ren Preis – bewusst oder unbewusst – gleichsam unter den Schirm des Kartells<sup>107</sup> und fahren in dessen «Windschatten».<sup>108</sup> An dieses Phänomen knüpft die Frage an, ob Vermögenseinbusen, welche die Marktgegenseite als Folge höherer Windschattenpreise erleidet, den Kartellanten zuzurechnen und von diesen im Wege des Schadensersatzes zu kompensieren sind. In der Vorlageentscheidung *Kone*<sup>109</sup> hat der EuGH diese Frage bejaht und eine österreichische Rechtslage, wonach der Preisschirmeffekt den Kartellbeteiligten nicht zuzurechnen sei, für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt.<sup>110</sup>

[Rz 31] Für die Schweiz steht eine vertiefte Auseinandersetzung mit Preisschirmeffekten, vor allem was die Rechtsprechung betrifft, noch aus.<sup>111</sup> Für das Lastwagenkartell könnte sie – wie auch ein deutsches Gericht bereits angedeutet hat<sup>112</sup> – durchaus Bedeutung gewinnen, denn zumindest hinsichtlich der Involvierung der meisten, aber nicht aller Hersteller in einem Markt dürften Parallelen zwischen dem Lastwagensektor und dem in *Kone* betroffenen Aufzug-/Fahrtreppensektor bestehen.

## 8. Verjährung von Kartellschadenersatzforderungen

[Rz 32] Besteht zwischen dem Geschädigten und dem Kartellanten kein Vertragsverhältnis, gilt für kartelldeliktische Ansprüche auf Schadensersatz die obligationenrechtliche Verjährungsfrist gem. Art. 60 Abs. 1 OR.<sup>113</sup> Der schadenersatzanspruch des Art. 41 OR verjährt also nach einem Jahr ab Kenntnis vom Schaden und dem Ersatzpflichtigen (relative Frist). Spätestens tritt die Verjährung nach dem Ablauf von zehn Jahren seit dem «Tage der schädigenden Handlung» ein (absolute Frist).

[Rz 33] Weitreichender Konsens herrscht darüber, dass diese Verjährungsfrist für kartellschadenersatzrechtliche Ansprüche zu knapp bemessen ist.<sup>114</sup> Diese Schwäche sollte anlässlich der Kartellgesetzrevision von 2012/2014 dadurch gemindert werden, dass die Verjährungsfrist im Kartellzivilrecht ab der Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO bis zum rechtskräftigen Entscheid der Behörde stillsteht.<sup>115</sup> Auch wenn dieses Vorhaben nicht, mit der gesamten Revision, gescheitert wäre,<sup>116</sup> hätte ein derartiger Friststillstand für Schadenersatzklagen wenig

---

<sup>107</sup> Urteil des EuGH C-557/12 *Kone AG et al.* vom 5. Juni 2014, Schlussanträge der Generalanwältin vom 30. Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:45, N 2.

<sup>108</sup> Urteil des EuGH C-557/12 *Kone AG et al.* vom 5. Juni 2014, Schlussanträge der Generalanwältin vom 30. Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:45, N 2.

<sup>109</sup> Urteil des EuGH C-557/12 *Kone AG et al.* vom 5. Juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1317.

<sup>110</sup> Urteil des EuGH C-557/12 *Kone AG et al.* vom 5. Juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1317, N 37.

<sup>111</sup> Kursorisch etwa HURNI (Fn. 13), S. 356 f.

<sup>112</sup> LG Hannover (Fn. 13), S. 101 f.

<sup>113</sup> MÜLLER (Fn. 15), S. 315 m.w.H.

<sup>114</sup> Botschaft KG 2012 (Fn. 39), S. 3928; HEINEMANN (Fn. 44), S. 146 f.; EUGEN MARBACH/PATRICK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2017, N 1994; DENOTH (Fn. 17), S. 181; BORER (Fn. 53), Art. 12 N 14; vgl. auch Komm. KG-WALTER (Fn. 17), Art. 12 N 74.

<sup>115</sup> Vorgesehen in Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Entwurf), BBl 2012 3989, Art. 12a E-KG; siehe auch Botschaft KG 2012 (Fn. 39), S. 3948 f.

<sup>116</sup> AB 2014 N 1563; DANIEL ZIMMERLI, Ausgewählte Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht 2013/2014, in: Aktuelle Anwaltspraxis – La pratique de l’avocat 2015, S. 699 ff., S. 700 f.; vgl. auch NZZ vom 17. September 2014, «Schneider-Ammann steht vor einem Scherbenhaufen», <https://www.nzz.ch/schweiz/sessionen/schneider-ammann-warnt-vor-einem-scherbenhaufen-1.18385473>.

genützt, die – wie im Falle des Lastwagenkartells – *stand-alone* erhoben werden müssen, weil es an einem Einschreiten der WEKO fehlt.

[Rz 34] Das heutige EU-Kartellrecht gewährt denn auch auf breiterer Front ein klägerfreundliches Verjährungsregime. Art. 10 Abs. 4 KartellschadensersatzRL verpflichtet die Mitgliedstaaten auf eine Verjährungshemmung bzw. -unterbrechung während «eine Wettbewerbsbehörde Massnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder ihr Verfahren wegen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht trifft, auf die sich die Schadensersatzklage bezieht».<sup>117</sup> Diese Hemmung darf «frühestens ein Jahr, nachdem die Zuwiderhandlungsentscheidung bestandskräftig geworden oder das Verfahren auf andere Weise beendet worden ist» ihr Ende finden. Unabhängig von einem kartellbehördlichen Verfahren sieht Art. 10 Abs. 3 KartellschadensersatzRL eine Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren vor, die Mitgliedstaaten dürfen also auch eine noch längere Verjährungsfrist vorsehen. Der Fristbeginn hängt von vier Faktoren ab, nämlich dem Ende der Zuwiderhandlung (Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 KartellschadensersatzRL), der Kenntnis des Geschädigten von «dem Verhalten und der Tatsache, dass dieses eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellt» (Art. 10 Abs. 2 lit. a KartellschadensersatzRL), der Kenntnis von «der Tatsache, dass ihm durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ein Schaden entstanden ist» (Art. 10 Abs. 2 lit. b KartellschadensersatzRL) sowie der Kenntnis von «der Identität des Rechtsverletzers» (Art. 10 Abs. 2 lit. c KartellschadensersatzRL). Die Mitgliedstaaten können weiterhin absolute Verjährungsfristen für Kartellzivilklagen vorsehen, jedoch nur wenn deren Dauer die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz in voller Höhe nicht praktisch verunmöglicht oder übermässig erschwert.<sup>118</sup>

[Rz 35] Führt man sich vor Augen, dass der Vergleichsbeschluss der Europäischen Kommission von Juli 2016 datiert und die Bussenentscheidung gegen Scania im September 2017 ergangen ist, wird klar, dass für etwaige Kartellschadensersatzklagen in der Schweiz die Einhaltung der relativen Verjährungsfrist des Art. 60 Abs. 1 OR eine Knacknuss darstellt. Ist nicht alles schon oder sehr bald verjährt? Die Antwort hängt ganz wesentlich davon ab, wann Kartellgeschädigte über einen Kenntnisstand verfügen, der hinreicht, um die relative Verjährungsfrist ins Laufen zu bringen.

[Rz 36] Allgemein gesprochen, soll es darauf ankommen, ob der Geschädigte in groben Zügen<sup>119</sup> Kenntnis von den gesamten für den Schadenersatzanspruch relevanten Umständen hatte.<sup>120</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung heisst dies, dass der potenziell Geschädigte nach Treu und Glauben sagen kann, dass es nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit zur weiteren Abklärung gibt und auch genügend Unterlagen zur Klageeinreichung vorliegen, so dass ihm die Einreichung der Klage zugemutet werden kann.<sup>121</sup> In Anbetracht der Kürze der Frist soll kein zu strenger Massstab gelten.<sup>122</sup> Speziell bei Schäden, welche durch Preiskartelle entstanden sind,

---

<sup>117</sup> Für die konkreten Auswirkungen einer solchen – auf § 33 Abs. 5 GWB gestützten – Hemmung auf eine Schadensersatzklage gegen einen Lastwagenkartelltäter LG Hannover (Fn. 13), S. 103.

<sup>118</sup> KartellschadensersatzRL (Fn. 82), Erwägungsgrund (36).

<sup>119</sup> CHRISTOPH MÜLLER, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 60 N 21; ROLAND BREHM, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. A., Bern 2013, Art. 60 N 28.

<sup>120</sup> BGE 126 III 163 E. 3.

<sup>121</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_563/2009 vom 29. Januar 2010, E. 4.1.

<sup>122</sup> BSK OR I-DÄPPEN (Fn. 63), Art. 60 N 7.

sollte u.E. dem Geschädigten eine gewisse Zeit für die Ermittlung des Schadensausmasses zugestanden werden.<sup>123</sup>

[Rz 37] Jedenfalls sofern die Ergebnisse des EU-Kartellverfahrens die einzige Informationsquelle für einen hierzulande durch das Lastwagenkartell Geschädigten bildeten, war der so umrissene Kenntniszustand sicher noch nicht in dem Augenblick erreicht, als die Europäische Kommission im Jahre 2011 die ersten Durchsuchungen gegen die Lastwagenhersteller<sup>124</sup> durchführte. Auch die Mitteilung der Kartellvorwürfe im so genannten «Statement of Objections» aus dem Jahre 2014<sup>125</sup> schuf noch keine genügende Gewissheit über Bestand, Art und Ausmass des Kartells. Im Hinblick auf die Vergleichs- und Bussenentscheidungen der Kommission wäre entscheidend, welche Bedeutung man dem Umstand zumisst, dass diese nur Aussagen für den EWR treffen. Für die Klägerseite liegt das Argument jedenfalls nahe, die relative Frist des Art. 60 Abs. 1 OR habe überhaupt noch nicht zu laufen begonnen, da die Ergebnisse der EU-Verfahren keine hinreichend gewisse Schadensabschätzung für die Schweiz erlaubten. Beklagte dürften sich unter anderem mit dem Verweis auf Art. 42 Abs. 2 OR verteidigen, der eine Schadensersatzklage auch ohne abschliessende Bezifferung des Schadens ermöglicht.<sup>126</sup>

## 9. Zession von Schadenersatzforderungen

[Rz 38] Kartellopfer sind sehr häufig nicht bereit, ihren Schaden vor Gericht geltend zu machen.<sup>127</sup> Die Gründe sind vielfältig und reichen von der Furcht vor einer dauerhaften Schädigung von Geschäftsbeziehungen<sup>128</sup> über den Prozessführungsaufwand für Anwälte und Gutachter<sup>129</sup> bis zu geringen individuellen Schadenssummen («Splitterschäden»), welche den Geltendmachungsaufwand nicht rechtfertigen würden («rationale Apathie»)<sup>130</sup>. Während die Schadenshöhen im Falle des Lastwagenkartells jedenfalls für Speditionsunternehmen und andere Halter ganzer Lastwagenflotten einen gewissen Durchsetzungsaufwand durchaus legitimieren dürften, können die – auch hier cursorisch aufgezeigten – Unwägbarkeiten im Hinblick auf den Prozess-erfolg eine abschreckende Rolle spielen.

[Rz 39] In dieser Situation mag die Abtretung (Art. 164 ff. OR) und anschliessend gebündelte Geltendmachung (Art. 90 der Zivilprozessordnung; ZPO) von Schadensersatzforderungen eine

---

<sup>123</sup> Vgl. zur Verjährung allgemein BSK OR I-DÄPPEN (Fn. 63), Art. 60 N 6 m.w.H.

<sup>124</sup> Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 18. Januar 2011, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-29\\_en.htm?locale=EN](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-29_en.htm?locale=EN).

<sup>125</sup> Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. November 2014, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2002\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2002_de.htm).

<sup>126</sup> Vgl. BSK OR I-DÄPPEN (Fn. 63), Art. 60 N 7 m.w.H.

<sup>127</sup> Botschaft KG 2012 (Fn. 39), S. 3928, in der die «sporadische Bedeutung» des Kartellzivilrechts hervorgehoben wird.

<sup>128</sup> CR Concurrence-REYMOND (Fn. 39), Rem. art. 12 ss N 11 m.w.H.

<sup>129</sup> Hierzu DENOTH (Fn. 17), S. 180 f.; ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private – Vorschläge zur Erleichterung der Prozessführung, in: Aurelia Nowicka (Hrsg.), Prawo prywatne cz-asu przemian. Ksiega pamiat kowa dedykowana Profesorowi Stanislawowi Soltysinskiemu, Poznan 2005, S. 1059 ff., S. 1062 f.; RETO HEIZMANN/ROGER ZÄCH, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, in: Michael Leupold/David Rüetschi/Damian Stauber/Meinrad Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 3 ff., S. 14 f.

<sup>130</sup> HEINEMANN (Fn. 39), S. 67; DERSELBE (Fn. 44), S. 151 f.

durchaus valable Handlungsoption bieten.<sup>131</sup> Das Ergebnis ist ein «kumulierter Rechtsschutz»,<sup>132</sup> welcher nicht mit Verbandsklagen<sup>133</sup> oder den amerikanischen «class actions»<sup>134</sup> zu verwechseln ist. Bei der Finanzierung einer Klage aus den abgetretenen Ansprüchen besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Dritte.<sup>135</sup> Während derartige Kartellschadensersatzverfahren in der Schweiz – soweit ersichtlich – noch keine Prominenz erlangt haben, kommen sie im EU-Ausland immer mehr ins Rollen. Besondere Prominenz hat die belgische Gesellschaft Cartel Damage Claims (CDC)<sup>136</sup> erlangt, welche sich darauf spezialisiert, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Auch in Bezug auf das Lastwagenkartell hat CDC bereits Klage vor dem Bezirksgericht Amsterdam erhoben<sup>137</sup> und weitere Grössen der Kartellschadensdurchsetzung sind im Markt bzw. vor Gericht aktiv.<sup>138</sup> potenziell durch das Lastwagenkartell Geschädigte in der Schweiz, um deren Forderungen oder Mandate dem Vernehmen nach gleichfalls geweibelt wird, sollten dennoch nicht übereilt handeln, sondern die Vor- und Nachteile eines bestimmten Vorgehens abwägen. So mögen einerseits die Verfahrensvorschriften eines EU-Gerichtsstandes günstiger, andererseits die heimischen Verfahrensverhältnisse vertrauter sein. Auch lohnt sich ein Blick auf die Gründe, aus denen EU-Gerichte in der Vergangenheit Klagen aus zedierten Schadensersatzforderungen gerade wegen der Zessionsgestaltung negativ beurteilt haben.<sup>139</sup>

### III. Fazit

[Rz 40] Verschiedene Gesichtspunkte, wie etwa die Verschuldensfrage oder tiefergehende Kausalitätsüberlegungen i.S.v. Art. 41 OR, hat der vorliegende Beitrag bewusst beiseitegelassen. Die dargestellten Überlegungen zeigen aber, dass eine Geltendmachung von Schäden infolge des Lastwagenkartells durch das schweizerische Kartellzivilrecht keineswegs verunmöglicht wird. Zwar

---

<sup>131</sup> HEINEMANN (Fn. 39), S. 65 f.; BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 KG N 25; LANG (Fn. 14), S. 138 f.; CR CONCURRENCE-REYMOND (Fn. 39), Art. 12 N 15; DENOTH (Fn. 17), S. 175; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. A., Bern 2012, N 862; vgl. auch Bericht des Bundesrates (Fn. 47), S. 16.

<sup>132</sup> In Anlehnung an BSK ZPO-KLAUS (Fn. 44), Art. 89 N 17.

<sup>133</sup> BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn. 14), Vor Art. 12 KG N 24; LANG (Fn. 14), S. 73; ausgeschlossen sind Verbandsklagen jedoch für die vorliegend interessierenden Geldforderungen der jeweiligen Verbandsmitglieder, vgl. Fn. 44.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu HEINEMANN (Fn. 39), S. 14 f.; HURNI (Fn. 13), S. 448 ff.; SPENCER WEBER WALLER/OLIVIA POPAL, The Fall and Rise of the Antitrust Class Action, World Competition, 2016, Issue 1, S. 29 ff.

<sup>135</sup> BGE 131 I 223 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 3.4.1; siehe auch MARCEL WEGMÜLLER, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, in: HAVE 2013, 235 ff., S. 235 f.

<sup>136</sup> Siehe zur Internetpräsenz <https://www.carteldamageclaims.com>; siehe auch TIMO FEST, Cartel Damage Claims – Zur Forderungseinziehung durch Inkassogesellschaften, WM 2015, S. 705 ff.; ANDREAS HEINEMANN, The rise of a private competition law culture: experience and visions, in: Jürgen Basedow, Jörg Philipp Terhechte, Lubo Tichý (Hrsg.), Private enforcement of competition law, Baden-Baden 2011, S. 218 ff., S. 223.

<sup>137</sup> CDC, LKW-Kartell, <https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/lkw-kartell>.

<sup>138</sup> Zu nennen sind hier auf Seiten der Kanzleien u.a. Hausfeld, <https://www.hausfeld.com>, Osborne Clarke, <http://www.osborneclarke.com>, und Arnecke Sibeth, <http://arneckesibeth.com>, aufseiten der Prozessfinanzierer u.a. Financialright, <https://truck-damages.com>, Burford Capital, <http://www.burfordcapital.com> und Foris, <https://www.foris.com>.

<sup>139</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Februar 2015, VI-U (Kart) 3/14, NZKart 2015, S. 201 ff., S. 204; das Gericht stellte in dem Urteil fest, dass eine Abtretung sittenwidrig und unwirksam sei, wenn eine unermögende Partei zur klageweisen Durchsetzung von schadensersatzansprüchen vorgeschoben wird, um das Kostenrisiko zu minimieren. Dies heisst jedoch nicht, dass das durch die CDC betriebene Forderungsmanagement per se unzulässig ist, sondern konkretisiert vielmehr die Anforderungen an ein solches Geschäftsmodell; vgl. hierzu Stancke et al.-FABIAN STANCKE (Fn. 13), Kap. H N 524 f.

stellen sich beachtliche, rechtliche wie tatsächliche Hürden in den Weg. Jedenfalls für die Rechtsentwicklung des einheimischen Kartellzivilrechts wäre es aber förderlich, wenn die mit diesen Hürden zusammenhängenden Rechtsfragen durch schweizerische Gerichte geklärt würden und Kartellschadensersatzverfahren nicht entweder ganz unterbleiben oder vor EU-Gerichte «abwandern».

---

Prof. Dr. PETER GEORG PICHT, LL.M. (Yale), Inhaber eines Lehrstuhls für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter CIPCO – Center for Intellectual Property and Competition Law, Affiliated Research Fellow Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München.

BENEDIKT FREUND, MLaw, Rechtsanwalt, Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Peter Georg Picht.