

Tagung Atelier de la concurrence - 15.11.2012

**GEDANKEN EINES GERICHTSJURISTEN
ZUR SAMMELKLAGE IM KARTELLRECHT**

Johann Zürcher

I. Zusammenfassung der power point - Präsentation von Olivier Schaller bzw. der einschlägigen Tafeln 15 ff.

- T 15: Nach geltendem Kartellgesetz kann **zivilrechtlich nur klagen**, wer in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist (Art 12 KG). Gemäss Revisionsvorschlag Bundesrat sollen auch KonsumentInnen klagen können.
- T 16: Das **Verwaltungs- und das Zivilverfahren** sind grundsätzlich **unabhängig** voneinander.
- T 17: **Zivilrechtliche Kartellverfahren** sind in der Schweiz (relativ) selten.
- T 18: Für ein kollektives zivilrechtliches Vorgehen spricht die **Vielzahl der Geschädigten**.
- T 23: Das Risiko einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage kann das Einlassen auf die **Bonusregelung** im Verwaltungsverfahren kompromittieren.
- T 24 (Interpretation): Gleiches wie bei T23 könnte bezüglich des Willens zur **einvernehmlichen** Regelung zutreffen.

II. Wesentliche Aspekte kollektiver Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen und der Sammelklage im Besonderen

Interessante neuere Beiträge:

- Droese, Die Sammelklage in den USA ..., in: Haftpflichtprozess 2010, S. 115 ff., Schulthess
- Bernet/Hess: Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz ... ,Anwaltsrevue 10/2012, S. 451 ff.
- Perucchi, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, S. 489 ff.
- Brunner, Mangels Verband keine Klage ..., 2011, in: Allgemeine Versicherungsbed., Schulthess

1. Kosten

Prozessieren ist in aller Regel nicht gratis, sondern vielmehr (relativ) **teuer**. Im Zivilprozess müssen mindestens die Gerichtskosten **bevorschusst** werden (Art. 98 ZPO). Die vollständig unterliegende Partei muss die Gerichtskosten bezahlen

und - bei anwaltlicher Vertretung - der Gegenseite die Anwaltskosten gemäss Tarif zahlen. Hinzu kommen die eigenen Aufwendungen.

Grössenordnung Kanton Zürich: Bei Streitwert CHF 1 Mio. muss die vollständig unterliegende Partei mindestens CHF 100'000 tragen, bei Streitwert CHF 10 Mio. mindestens CHF 300'000. Es handelt sich dabei um Untergrenzen.

Gegenmittel?

Kostenlose Verfahren (Perucchi, 501; Nachteil: Sozialisierung privater Interessen; Gefahr querulatorischer Klagen).

Keine Parteientschädigung (Droese, 131; Peruchi, 501; Nachteil: Ungerecht).

Prozessfinanzierung durch Dritte (Rechtsschutzversicherung, Prozessfinanzierer).

Beteiligung der RechtsvertreterInnen am Prozessgewinn bei gleichzeitigem Verzicht auf das Honorar (Nachteil: Systembruch, Prozessflut).

2. Kompetenz, Ressourcen

Sammelklagen dürften in aller Regel zu umfangreichen, **aufwendig geführten Prozessen** führen. Hiefür müssen die Zivilgerichte genügend **Kompetenz** und **Ressourcen** zur Verfügung haben. Daran mangelt es bei Spezialgebieten wie dem Kartellrecht und mindestens Teilen des Immaterialgüter- und Lauterkeitsrechts.

3. Verbandsklage

Beispiel des Lauterkeitsrechts:

Art. 9 Abs. 2 UWG: Ferner können nach **Artikel 9 Absätze 1 und 2** klagen:

- a. Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind;
- b. Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statuten-gemäss dem Konsumentenschutz widmen;

Gestützt auf diese Bestimmung kann eine Konsumentenorganisation in Lauterkeitssachen insbesondere auf **Unterlassung** klagen. Das ist nicht wenig. Unterlassungsklagen sind die beliebtesten Klagen im Bereiche des Immaterialgüterrechtes. **Eine analoge Bestimmung könnte im Kartellrecht übernommen werden.**

Die Unterlassungsklage ist deshalb relativ attraktiv, weil im Wesentlichen "nur" eine (konkrete) Rechtsverletzung dargetan werden muss. Die **schwierige Schadensdiskussion** muss nicht geführt werden.

4. Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen vieler Betroffener (Sammelklage)

Das ist die heisse Kartoffel. Die vielen "kleinen" Geschädigten sollen gegen den "grossen" Schädiger vorgehen.

Eine längere Praxis scheint nur in den USA zu bestehen (class action). In verschiedenen europäischen Ländern wurden unterschiedliche Modelle eingeführt.

Folgende **Fragen** stellen sich jedenfalls und müssen beantwortet werden:

a) **Was ist das Ziel?**

Gemäss Perucchi, S. 490, geht es um **Schadensausgleich** (gemeint: Zugang zum Schadensausgleich auch für die Retailkundschaft), **Abschreckung** (Generalprävention) und **Prozessökonomie** (weniger Verfahren).

b) **Wer ist aktivlegitimiert?**

Nach tief verwurzelter **kontinentaleuropäischer Auffassung** ist das die konkret "betroffene Person", also der oder die "Geschädigte". Unter Umständen (Art. 71 ZPO) können auch mehrere Personen gemeinsam klagen (Streitgenossen). Der Boden klassischer Rechtsanwendung wird auch nicht verlassen, wenn mehrere Geschädigte ihren Anspruch an eine Person, z.B. einen Verein, abtreten (Droese, 128).

Neuland - in der Schweiz - würde betreten, falls der **Kreis der Kläger offen** wäre und er gewissermassen nur über den Schaden "aller" bzw. die (vermutete, vorausgesetzte) Schädigung definiert würde. Hiefür bräuchte es eine **Gesetzesänderung**.

c) **Wie müsste das Neuland formell aussehen?**

- Zulassungsverfahren bezüglich Klägerschaft (Droese, 124 ff.),
- Erfolgshonorar (Droese, 125; Perucchi, 502 f.),
- Allgemeinverbindlicherklärung von Vergleichen (Droese, 126),
- Musterverfahren (Droese, 127),
- Regeln betreffend Verteilung des Prozessgewinnes.

Konsultiert man die erwähnte Literatur und die Beispiele, ist klar, dass **staatliche Behörden mehr gefordert** wären (wie erwähnt: Kompetenz und Ressourcen).

d) **Wie verläuft die Schadensdiskussion?**

Die **Schadensdiskussion ist schon jetzt oftmals eine äusserst schwierige**, in der Lehre meist unterschätzte (Stichworte: Gutachten, Kausalzusammenhang). Gemeinhin muss sie individuell geführt werden. Das könnte bei kollektiver Rechtsdurchsetzung dazu führen, die Berechnung und Bemessung des Schadens auszukoppeln (Droese, S. 128, 130; Perucchi, 500).

Gerade im Kartellrecht können sich heikle Fragen stellen. Wer ist bei Abreden mit mehreren Ebenen der Geschädigte, dem Ersatz zugesprochen werden kann? Wie berechnet man die Kartellrente? Wie verteilt man einen mehr oder weniger abstrakt berechneten oder geschätzten Schaden?

5. **Wie weiter?**

a) Zumindest im Bereich des Kartellrechts scheint man in Europa **kaum Erfahrung mit Sammelklagen bzw. kollektiver Rechtsdurchsetzung** zu besitzen. Wahrscheinlich könnte man sich aber an den **kürzlich eingeführten Modellen** orientieren.

b) Wichtig wäre wohl als **erster Schritt die Implementierung einer Vorschrift wie diejenige im UWG** betreffend **Klagemöglichkeiten von Konsumentenorganisationen ins Kartellrecht**.

c) Mit dem Instrument der **Unterlassungsklage** könnte man Erfahrung sammeln.

d) Die **Kostenfrage** muss aber beachtet werden. Dazu gehört auch die Aufblähung der **Anwaltsindustrie**.

e) Bezüglich aller Reformbestrebungen muss immer im Auge behalten werden, dass sie im Wesentlichen **in die Zukunft wirken**, also nicht auf alte Sachverhalte

Anwendung finden. Eine neue gesetzliche Regelung braucht in dem zur Diskussion stehenden Gebiet eine Anlaufzeit von bis zu 10 Jahren.

f) Im **Gerichtswesen** tut auf allen Ebenen eine **Spezialisierung** Not. Richter und Richterinnen sollten tendenziell gestützt auf ihre spezifischen Kenntnisse gewählt und eingesetzt werden. Die Zeit der Generalisten ist vorbei.

Zürcher/November 2012