



Universität
Zürich^{UZH}

Das Submissionskartell Sicht des (Kartell-)Zivilrechts

Das Submissionskartell
Eine rechtliche Auslegeordnung
Universität Luzern, 13. Februar 2019

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich, Präsident der
Wettbewerbskommission



Universität
Zürich^{UZH}

Überblick

1. Einführung

2. Schadenersatz

3. Verjährung

4. Ausblick



2. Schadenersatz

Sechs Voraussetzungen:

- a. Aktivlegitimation
- b. Passivlegitimation
- c. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
- d. Schaden
- e. Kausalität
- f. Verschulden

Seite 5



a. Aktivlegitimation

- Art. 12 Abs. 1 KG: "Wer ... in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird ..."
- Dies ist bei **Unternehmen** regelmässig der Fall.
- Ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht erforderlich.
- h.M.: **Konsumenten** nehmen keinen Wettbewerb auf und üben ihn auch nicht aus.
- ➔ Konsumenten sind **nicht aktivlegitimiert**. Sie haben auch keine Ansprüche aus Art. 41 OR.
h.M., aber sehr umstritten

Seite 6



- Auch der **Staat** und seine Untergliederungen, sofern **keine hoheitliche Tätigkeit**
VETTER, DIKE-KG Art. 12 Rn. 3
- **Hoheitliche** Aufgaben ↔ **Öffentliche** Aufgaben
Subordination ↔ Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit
- ➔ Auch **öffentliche Auftraggeber** sind **aktivlegitimiert**.
- Was ist mit **privaten Bauherren** (nicht-unternehmerischen Auftraggebern)?
 - Art. 12 KG ist **nicht erfüllt**.
 - Wie weit reicht die **Sperrewirkung**?

Seite 7



- Art. 12 KG hat **deliktischen Charakter** (wie Art. 9 UWG, 72 ff. PatG, 55 MSchG und 62 URG).
- Die Vorschrift sollte nicht **vertraglichen** oder **vertragsähnlichen** Ansprüchen im Weg stehen.
- In Betracht kommen insbesondere:
 - **Art. 97 OR**: Vertragsverletzung
 - **Anfechtung** wegen **absichtlicher Täuschung** (Art. 28 OR) mit Rückforderung nach **Bereicherungsrecht**
arg. gestärkt durch Vertragsklausel der **Kartellfreiheit**
 - **culpa in contrahendo**: Nichtmitteilung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede verletzt vorvertragliche Pflichten → **Schadenersatz**
 - Frage allerdings **ungeklärt**; Gesetzgeber sollte Frage der Aktivlegitimation klären.

Seite 8



b. Passivlegitimation

- **Solidarhaftung** aller Kartelltäter (Art. 50 OR)
- Dem Geschädigten gegenüber haftet also nicht nur sein eigener Vertragspartner, sondern **alle Täter** solidarisch.
- ➔ **Fallbeispiel:** Anspruch nicht nur gegen Y, sondern auch gegen X und Z
- **Privater Bauherr:** Anspruch aus c.i.c. geht auch gegen X und Z.

Seite 9



c. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

- **Art. 5 KG** (Wettbewerbsabreden) oder **Art. 7 KG** (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)
- Hier: **Submissionskartell** (Art. 5 KG)
- **Beweislast** nach allgemeinen Regeln (Art. 8 ZGB)
- Was sind die **Voraussetzungen von Art. 5 KG?**

Seite 10



Voraussetzungen von Art. 5 KG

1. Existenz einer **Wettbewerbsabrede**
Beweislast beim Opfer
2. **Beseitigung wirksamen Wettbewerbs?** Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 KG; bei Submissionsabsprachen typischerweise Preis- und Geschäftspartnerabrede (lit. a und c, s. BVGer, 25.6.2018 – *Strassen- und Tiefbaukartell Aargau*)
Beweislast beim Opfer
3. **Widerlegung der Vermutung**
Besteht ausreichender Aussen- oder Innenwettbewerb? *Beweislast beim Täter*; Nachweis gelingt in der Regel (Anders: Einzelsubmissionsabreden)
4. **Erhebliche Beeinträchtigung** des Wettbewerbs
Grundsätzliche Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen seit BGer - *Gaba*
5. **Effizienzrechtfertigung**
Beweislast beim Täter

Seite 11



- Der Nachweis einer Verletzung von Art. 5 KG wird dem Opfer i.d.R. erst nach **Vorarbeit durch die Wettbewerbsbehörde** gelingen.
- Die Erfolgsaussichten von **stand alone-Klagen** sind gering.
Erleichterung allerdings durch **Gaba-Entscheid** des BGer
- Aber auch bei **follow on-Klagen** wird nur der Nachweis des Kartellverstosses erleichtert (nicht von Schaden, Kausalität und Verschulden).
- Dieser Nachweis würde aber durch **Bindungswirkung des Behördenentscheids** gestärkt (in KG-Revision vorgeschlagen).

Seite 12



- Ausserdem ist Verbesserung des **Zugangs zu Beweismitteln** erforderlich.
- s. Art. 5 EU-KartellSchE-Richtlinie über **Offenlegung von Beweismitteln**
 - (1) Plausibilität eines kartellrechtswidrig erlittenen Schadens;
 - (2) Substantiierte Begründung und Vorlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel
 - (3) Bezeichnung von Beweismitteln oder Kategorien in der Hand des Gegners;
 - (4) Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit;
 - (5) zentrale Rolle des Gerichts.

Seite 13



d. Schaden

- **Differenzhypothese:** kartellrechtswidriger Aufpreis.
- **Weitere Frage:** Können sich Kartelltäter darauf berufen, dass Kartellopfer die rechtswidrig erhöhten Preise auf die nächste Marktstufe abgewälzt haben und ihnen letztlich kein Schaden verblieben sei?
- ➔ Problem des **passing on**
bei Baukartellen seltener relevant, aber nicht ausgeschlossen

Seite 14



Probleme der Schadenberechnung

- **Quantifizierung** des Schadens ist ein Hauptproblem im Kartellrecht.
- **Hypothetische Wettbewerbspreise** sind zu ermitteln.
- Bedarf nach **ökonomischer Expertise** verteuert das Verfahren.
- **Schadenschätzung** (Art. 42 Abs. 2 OR) ist von besonderer Bedeutung.

S. in der EU den "Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs" der Europäischen Kommission für Kartellfälle (79 Seiten)

Seite 15



HGer Aargau – Allgemeines Bestattungsinstitut (2003)

- Das Gericht spricht einem vom Kantonsspital kartellrechtswidrig nicht berücksichtigten Bestattungsinstitut **Schadenersatz** zu.
- **Schadenshöhe**
 - Bruttoerlös pro Todesfall minus variable Kosten = **Nettoerlös pro Todesfall**
 - **Geographisches Vergleichsmarktkonzept:** In Olten hatte ein neues Bestattungsinstitut einen Marktanteil von 25 Prozent erzielt.
- ➔ Anwendung dieses Werts auf Kantonsspital Aarau

Seite 16



Bedeutung weicher Faktoren

➤ Art. 17 EU-KartellSchE-Richtlinie

(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass **weder die Beweislast noch das Beweismass** für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz **praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren**. [...]

(2) **Es wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen**. Der Rechtsverletzer hat das Recht, diese Vermutung zu widerlegen.

Seite 17



Empfehlung für Auftraggeber

Vereinbarung

➤ einer **Konventionalstrafe**

- Art. 160 OR
- Übermässig hohe Konventionalstrafen kann der Richter gem. Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen.

➤ oder einer **Schadenpauschalierung**

- z.B. 15 % der Auftragssumme
- richterliche Kontrolle analog Art. 163 Abs. 3 OR

➔ deutliche **Erleichterung der Beweisführung**

Seite 18

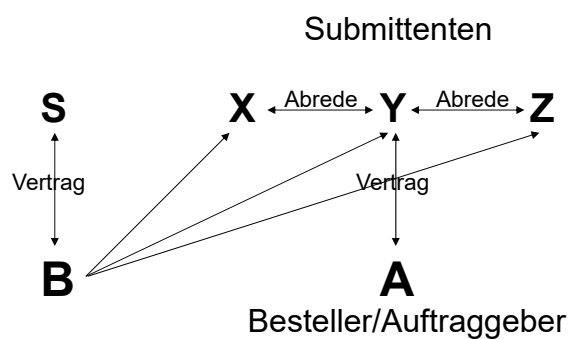


e. Kausalität

- **Natürlicher** und **adäquater** Kausalzusammenhang zwischen Kartellverstoss und Schaden
- Beweislast beim Kartellopfer
- Es reicht aus, die **Typizität der Abläufe** nachzuweisen.



Exkurs: Umbrella-Klagen



s. EuGH, 5.6.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* (Aufzugskartell)



f. Verschulden

- Absicht oder Fahrlässigkeit (s. Art. 41 OR); bei Kernbeschränkungen liegt i.d.R. **Absicht** vor.
- **Zurechnung** von Mitarbeiterverhalten nach allgemeinen Grundsätzen
Organverhalten nach Art. 722 OR; Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR; Geschäftsherrnhaftung nach Art. 55 OR



3. Verjährung

- **Regelmässige Verjährung:** 10 Jahre ab Fälligkeit (Art. 127, 130 I OR): vertragliche Ansprüche
- **culpa in contrahendo:** nach Bundesgericht nicht Art. 127, sondern Art. 60 OR (sehr str.)
- **Deliktsrecht:** Art. 60 OR
 - **subjektiv: Ein Jahr** ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (ab 1.1.2020: drei Jahre)
 - **objektiv: Zehn Jahre** ab Tag der schädigenden Handlung (in Zukunft unverändert)



➤ **Einjährige Frist ab Kenntnis**

- **Kenntnis vom Schaden:** Wenn dieser qualitativ und quantitativ so weit konkretisiert ist, dass die gerichtliche Durchsetzung möglich ist.
- **Kenntnis vom Schädiger:** Wenn Angaben in Weko-Verfügung geschwärzt, erst nach Einsicht in ungeschwärzte Version.

BVGer – *Strassenbaukartell Aargau*, Einsichtsrecht nach Art. 19 Abs. 1 lit. a BDSG erst nach Rechtskraft des Sanktionsentscheids (nicht rechtskräftig)



➤ **Zehnjährige Frist ab Handlung**

- Entscheidend ist das **Ende der Tat** (z.B. Auflösung des Kartells).
- **Beispiel:** Bei Kartellen, die 2009 beendet wurden, tritt dieses Jahr Verjährung ein, und zwar
 - unabhängig von der Dauer eines allfälligen Kartellverwaltungsverfahrens
 - unabhängig von Kenntnis der Opfer
 - Die zehnjährige objektive Verjährungsfrist wird (im Bereich der Vermögensschäden) **nicht durch die Reform des Verjährungsrechts berührt.**



Fazit zur Verjährung

- Es steht **nicht genügend Zeit** für die Vorbereitung einer Klage zur Verfügung.
Ausweg: Erklärung über Verjährungsverzicht einholen
- Vorschlag KG-Revision (Botschaft 2012): **Ruhen der Verjährung** während des kartellbehördlichen Verfahrens
(neuer Art. 12a KG)
- Dies hilft nicht bei *stand alone*-Klagen. Reform des Verjährungsrechts führt zu einer subjektiven Frist von **drei Jahren**.

Seite 25



Fazit zur Verjährung

- Art. 10 EU-KartellSchE-Richtlinie: **Fünf Jahre**
Die RiLi sieht **keine objektive Verjährungsfrist** vor!
- **Diametraler Gegensatz** zwischen EU- und CH-KartZivilR:
 - In der **EU** Verjährungsfrist von **fünf Jahren** (mit **Hemmung durch Verwaltungsverfahren**)
 - In der **Schweiz** Verjährungsfrist von **einem, bzw. bald drei Jahren** (**nicht berührt von Weko-Verfahren** und verschärft durch die **objektive 10-Jahres-Frist**)

Seite 26



4. Ausblick

- Das Kartellzivilrecht wird aktuell hauptsächlich von **Körperschaften des öffentlichen Rechts** vorangetrieben.
besondere Bedeutung der Submissionskartelle!
 - **Hintergrund:** Haushaltsrechtliche Pflicht zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen
- ➔ "Public Private Enforcement"

Seite 27



- **Art. 717 OR** (allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder):
Ebenfalls Pflicht zur **Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche**
abhängig von Erfolgsaussichten und Aufwand
- ➔ **Kulturwandel** bei allen Beteiligten erforderlich

Seite 28