

Probleme der Kartellgesetzgebung

Autor(en): **Schürmann, Leo**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur**

Band (Jahr): **36 (1956-1957)**

Heft 8

PDF erstellt am: **17.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-160573>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

PROBLEME DER KARTELLGESETZGEBUNG

VON LEO SCHÜRMAN

Seitdem die Jupiterlampen des Neoliberalismus — vorwiegend *made in Germany* — leuchten, sind die Kartelle in ein äußerst schiefes Licht geraten.

Zwar reicht die erste öffentliche Kritik an den Kartellen — jedenfalls auf dem Kontinent — weit zurück. Im Jahre 1879 soll im deutschen Reichstag darauf hingewiesen worden sein, die deutschen Schienenwalzwerke, Waggons- und Lokomotivfabriken forderten im Ausland bedeutend niedrigere Preise als im Inland. Verboten hat man die Kartelle aber weder damals noch in der bekannten Kartellverordnung von 1923 gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen. Erst das Auftreten angelsächsischen Einflusses auf dem Kontinent *an Ort und Stelle* ließ eine Ära der Kartellverbote entstehen. Die zugehörige Theorie gab es weitgehend schon, so daß die Koinzidenz von Lehre und Wirklichkeit den antikartellistischen Trend ganz außerordentlich steigerte.

Auch ohne Theorie und Praxis der deutschen Nachkriegszeit liegen formale Anhaltspunkte zur Erörterung des Themas vor: der Kartellartikel der Bundesverfassung, die Initiative des Landesringes und die Fatalitäten der Hochkonjunktur, auf welche die Kartelle angeblich einen besonders ungünstigen Einfluß ausüben. Ja, es wird von Amerika her sogar behauptet, die gewisse Ehrfurcht, die man den Kartellen, Trusts und privaten Monopolen im geheimen entgegenbringe, sei der Ausdruck des westlichen Materialismus, sogar eines ökonomischen Determinismus: man bewundere im geheimen die Macht, besonders die *concentrated productive power of giant business*, weil man sie für überlegen halte, und glaube nicht mehr stark genug an die Wirksamkeit und Richtigkeit der freien Konkurrenz.

Da mihi facta, do tibi ius

Über welche wirtschaftlichen und sozialen Tatsachen soll legifert werden ?

Dem Reichsgericht lag am 4. Februar 1897 ein Vertrag sächsischer Holzstoffindustrieller vor. Er war im Jahre 1892 auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen worden, ohne Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung. Als Zweck nannte der Vertrag die Verhinderung eines verderblichen Wettbewerbes, die Erzielung eines angemessenen Preises für die Hersteller, schließlich den Betrieb einer gemeinsamen Verkaufsstelle. Der Vertrag kannte Konventionalstrafen. Das Gericht ließ ihn gelten und machte damit den Fall zu einer *cause célèbre*. Das neoliberale Schrifttum unserer Zeit bespricht und beklagt ihn als verhängnisvollen Fehlgriff. Damals sei die Weiche falsch gestellt worden. Es wird eingewendet, Richter, die bloß juristisch vorgebildet gewesen seien, hätten fast leichtfertig die Entwicklung der freien zur kartellierten Wirtschaft ermöglicht, und es wird nachzuweisen versucht, die damalige national-ökonomische Literatur, auf die das Urteil sich berief (darunter eine Antrittsvorlesung Lujo Brentanos!), sei unmaßgeblich gewesen.

Die Diskussion über diesen Entscheid zeigt die Problematik jeglicher bloß juristischer Betrachtung des Kartellwesens.

Der Sachverhalt ist schwierig zu definieren. Die Tatbestände sind wohl auch juristischer, zunächst aber wirtschaftlicher Art. Die Behandlung der Kartelle mit den Mitteln des klassischen Privatrechts wird als nicht adäquat empfunden. Ein Abwägen der Interessen nach den Methoden des Rechts — so wird eingewendet — soll der Bedeutung des Problems nicht gerecht werden. Es handle sich nicht darum, Persönlichkeitsrechte zu schützen, sondern ein *Wirtschaftssystem* zu verwirklichen. Der Gegensatz kann nicht drastischer geschildert werden als mit der Behauptung *Lehnichs*, jene Länder, die rechtzeitig gegen die Kartelle eingeschritten seien, hätten einen hohen Stand der Produktivität erreicht, während dort, wo das nicht geschehen sei, der Lebensstandard zurückgeblieben sei. Daß wir im Westen mit unserer reichen (oder bösen) Kartellvergangenheit und (vorläufig noch) -gegenwart nicht arm sind, muß somit andere Ursachen haben!

Die Kartellisten ihrerseits machen geltend, die Kartelle hätten entscheidend dazu beigetragen, die Konzentration der Wirtschaft hintanzuhalten oder doch zu verzögern. Sie seien daher ein wichtiger, ja bald der einzig noch verbleibende Garant einer mittelständisch strukturierten Wirtschaft. Daß das Mittelstandsargument im wesentlichen zutrifft, wird auch von den Kartellgegnern kaum bestritten.

Weitere ökonomische und soziologische Fragen, die abzuklären wären, bevor der Gesetzgeber bemüht wird:

Wie wirkt sich der zunehmende Anteil des Fixkapitals auf die

Bereitschaft, ja einen gewissen Zwang aus, sich zu kartellieren? Welches ist die Bedeutung der Substitutionskonkurrenz, der Auslandskonkurrenz und der Außenseiterkonkurrenz auf Bestand, Wirksamkeit und Bedeutung der Kartelle? Würde ein gesetzliches Verbot der Preisbindung der zweiten Hand die Bedeutung der Markenartikel zum Nachteil des kleinen Unternehmers heben? Kann, rein volkswirtschaftlich betrachtet, die Freiheit, Gesamtarbeitsverträge abzuschließen, besonders Arbeitskraft exklusiv anzubieten, unter einem System staatlicher Kartellkontrolle aufrechterhalten bleiben, und wie würde sich diese Freiheit für den Konsumenten auswirken?

Der Sachverhalt wird weiter verdunkelt durch das monopolistische Wesen vieler Kartelle; es rückt sie in die Nähe von Trusts und anderen wirtschaftlichen Gebilden mit spezifischen Wirkungen.

Das alles könnte eine nur oder vorwiegend juristische Betrachtung des Problems in der Tat als unbehelflich und ungenügend erscheinen lassen.

Die Kartelle gehören zu den Realien der Gesetzgebung. Es sind Auswirkungen dieser Tatsache festzustellen, einerseits in bezug auf die Rechtsstellung der Beteiligten, anderseits in volkswirtschaftlicher und sozialer Hinsicht. Man kann die Augen nicht davor verschließen, daß diese Auswirkungen rechtlich relevant sind und nach einer Ordnung verlangen. Dabei kann die Lösung auch darin bestehen, daß rechtlich überhaupt nichts vorgekehrt wird, ohne daß damit gesagt wäre, die Kartelle stünden in einem rechtsleeren Raum. Positivrechtlich sind die Auswirkungen auf die Beteiligten, hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes und des Schutzes der Vertragsfreiheit, im Rahmen von ZGB und OR durchaus erfaßbar. Der Gesichtspunkt des Schutzes bestimmter wirtschaftspolitischer Prinzipien, z. B. der Handels- und Gewerbefreiheit, ist im Art. 31 bis Abs. 3 lit. d gewahrt. Somit enthält der Tatbestand ein privatrechtliches und ein öffentlichrechtliches Element, und es sind beide Seiten des Problems der geltenden Rechtsordnung bekannt, z. T. schon konkretisiert. Das Interesse des einzelnen *und* das Interesse der Allgemeinheit sind angerufen.

Unter beiden Gesichtspunkten ist die genaue Kenntnis von Bestand, Ausmaß und Wirkungen der Kartellierung vonnöten. Am Anfang stehen daher Untersuchungen über diese Seite des Kartellproblems.

Man weiß aus Äußerungen der Vertreter der eidg. Preisbildungskommission von annähernd 650 Kartellen, meistens horizontal geschichteten, vielfach vertikal-exklusivvertraglichen, wobei abzuklären sein wird, ob es die ersteren in reiner Form gibt oder ob sie stets auch Bindungen nach der vor- oder nachgelagerten Produktions- und Handelsstufe aufweisen. Der Schlußbericht der Pbk dürfte ferner bestätigen, daß es den Kartellen eigentümlich ist, in mannigfacher Form Beschränkungen des Wettbewerbs zu enthalten und daß diese Wettbe-

werbsbeschränkungen zu bestimmten Auswirkungen in privater und öffentlicher Hinsicht führen.

Der Kartellzweck selbst differiert im einzelnen stark. Er reicht von der Sicherung des Unternehmerlohnes und des Schutzes der Vermögenssubstanz des Unternehmens bis zu einer Preispolitik, die ungebührliche Gewinne zeitigt. Fälle mißbräuchlicher Ausnützung der Kartellmacht namhaft zu machen, dürfte nicht unmöglich sein.

Andererseits sind Kartelle bekannt, die einzig und allein der Rationalisierung der Produktion dienen, gemeinsame Forschung betreiben und unter das Stichwort subsumiert werden können, sie seien Fallschirme, deren sich die zu hoch fliegende Produktion bediene, um wieder auf festen Boden zu gelangen. Dieses Bild stammt aus jener Vorlesung Brentanos und damit aus einer Zeit, die dem Produktionszwang noch nicht so hilflos ausgeliefert war wie die heutige. Auch das tröstliche Wort Emil Kirdorffs kommt aus jener Zeit: die Kartelle seien Kinder der Not.

Ob sich die Unternehmensvereinbarung auf das Preisniveau auswirke, auf die Produktivität, auf die Wirtschaftsstruktur überhaupt und damit auf die Volkswirtschaft insgesamt — wir wissen offenbar nichts genaueres darüber. Primavista-Eindrücke, sentimentale Vorstellungen und ideologische Dezidiertheit sind untaugliche Helfer einer ernsthaften Gesetzgebung. Wenn es stimmt, daß sich der amerikanische Antitrustmythos von der Erinnerung an die «Boston Tea Party» von 1773 nährt — es kommen sicher tief verwurzelte Rechtsvorstellungen aus dem Common Law dazu —, so müßte in der Schweiz der genossenschaftliche Grundzug unserer politischen und vieler wirtschaftlicher Einrichtungen in Vergangenheit und Gegenwart eigentlich Sympathie auch für das Kartellwesen wecken. Doch akzeptiert man in wirtschaftlichen Dingen Irrationales nicht mehr.

Auch das folgende wird man kaum gelten lassen: daß es eine Problematik des Marktbegriffes gebe. Die Kartelle kreisen um den Begriff des Marktes; der Marktpreis, der sich theoretisch frei nach Angebot und Nachfrage bildet, wird korrigiert. Den völlig freien Markt gibt es allerdings ohnehin nicht. Nicht einmal an der Börse. Die mangelnde Transparenz des Marktgeschehens, der Einfluß der Reklame, die Psychologie des Unternehmers führen zu Marktlagen, die an sich ungerechtfertigt sind. Es kommen konjunkturpolitische, ja politische Motive schlechthin dazu. Die kartellistischen Unternehmensvereinbarungen sind nur einer unter diesen vielen korrigierenden Faktoren des Marktgeschehens.

Das Kartell ist überdies im Zeitablauf von unterschiedlicher Festigkeit. Es spiegelt den Konjunkturverlauf wider. Die Nationalökonomien scheinen übereinstimmend festzustellen, daß sich trotz weltweiter Kartellierung die Konkurrenz verschärft hat. *Der Wettbewerb ist eben, wie die Freiheit, unbezähmbar.*

Die Positivierung des Kartellbegriffes

Das Kartell ist seinem Wesen nach eine Wettbewerbsregelung und Wettbewerbseinschränkung. Auch wenn die Monopolisierung nach heutiger Auffassung nicht begriffswesentlich ist, so gehören doch die marktbeherrschenden Einzelunternehmen und die Oligopolisten mit unter ein Kartellgesetz. Auch sie verfälschen das «reine» Marktbild. Es ist immer nur die Rede von den Kartellen, aber selten von den marktpotenten Unternehmen. Soll der Konkurrenz eine Gasse gebahnt werden, so muß man auch die Spieße der Großen umfassen und dem Interventionismus eine breite Bahn bei Fusionen, Holdinggesellschaften und Stimmrechts-trusts öffnen. *Ein Antikartellgesetz ist immer auch ein Antitrustgesetz!* Nicht auszulassen sind schließlich die staatlichen Kartelle. Vieles wird den Kartellen schlechthin in die Schuhe geschoben, was staatliche — überwiegend *gute* staatliche — Marktordnung ist. Es zeichnet sich hierin bereits ein Zustand ab, wo die gestatteten Kartelle immer auch die *privilegierten* Kartelle sind, während die «bloß» privatrechtlich zulässigen mit dem Makel des fehlenden staatlichen Segens behaftet bleiben — als ob das, was zivilrechtlich in Ordnung ist, doch halbwegs illegal sei.

In Deutschland, wo man sich in der Kartellfrage entschieden in Richtung der integralen Freiheit in Marsch gesetzt hat, scheint man nicht darum herumzukommen, nicht nur die Staatskartelle exempt zu erklären, sondern neben Konditionen-, Rationalisierungs- und Exportkartellen vielerlei sonstige, recht verklausulierte Ausnahmen vorzusehen. Auch in den USA hat man das ursprüngliche starre Verbot gelockert, nicht nur mit der «Rule of Reason», sondern auch durch die weitgehende Anerkennung der Preisbindung der zweiten Hand. Das neue englische Kartellgesetz nimmt letztere im Grundsatz gleichfalls aus und akzeptiert alle Vereinbarungen, die das Joch des administrativen Verfahrens passiert haben.

Mittel und Wege

Ist das Kartell eine Hydra, dann besitzt sie zumindest drei Köpfe. Der Gesetzgeber wird gut tun, wenn er sie nicht auf die gleiche Manier abschlägt: der interne Kartellzwang, der externe Kartellzwang und die volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen.

Die beiden ersteren Problemkreise gehören ihrem Wesen nach ins Privatrecht. Das Bundesgericht hat in einer langen, sorgfältigen, in ihren Peripetien bemerkenswerten Praxis ein Kartellrecht entwickelt, das weiter ausbaufähig ist. Diese Praxis ist, was in einer juristischen Abhandlung nachzuweisen wäre, wirkungsvoll. Was über Boykott, Interessenabwägung, Kündigungsschutz und das Recht der wirtschaft-

lichen Persönlichkeit überhaupt ausgesagt wird, ist rechtsgenügend, um den Kartellzwang zu erfassen. Ein Kartellgesetz könnte nur kodifizieren und nach gewisser Richtung prozessuale Erleichterungen schaffen. Ein mehreres zu tun, hieße den Tatbestand verstaatlichen.

Anders mag es auf dem Gebiete des Konsumentenschutzes und der volkswirtschaftlichen und sozialen Ausstrahlungen der Kartelle sein. Hier ist ein maßvolles Instrumentarium zumutbar: eine amtliche Tätigkeit mit prozessualen Kautelen und einer Verwaltungsgerichtsbarkeit für solche Tatbestände, die den Kriterien der Verfassungsbestimmung entsprechen. Dafür braucht es keine Kartellstaatsanwaltschaft und keinen Behördenapparat, wie er jetzt in andern Ländern so übereifrig geplant wird. Diese Dinge werden letztlich zu einem Kartell der staatlichen Kartellbeamten mit den Kartellsyndici führen. Wo es um die freie Führung in der Wirtschaft geht, da hinkt der Staat wohl immer hintennach. Wo administrativ ein Kartell zu gestatten oder zu verbieten ist, da steht der Absolutismus vor der Tür.

In der Sicht der Verfassung

Es wird heute eine Theorie der Breitenwirkung der Freiheitsrechte entwickelt, die geistvoll ist, aber Gefahr läuft, diese Rechte ihres ursprünglichen Zweckes zu entkleiden, den Staat in Schranken zu halten. Wo die Dämme gelockert werden, welche die Staatsmacht kanalisieren und ihre Gewalt kunstvoll zügeln, riskiert man die Überflutung. Sicherlich sollen wir auf eine mögliche Kongruenz der Rechtsordnung im gesamten bedacht sein, auf eine schöne Harmonie des privaten und des öffentlichen Raumes. Diese Harmonie liegt aber in der Schärfe der Begriffe. Daß die Kartelle die Vertragsfreiheit der Kartellisten und Dritter aufheben und die verfassungsrechtlich gewährleistete Wirtschaftsfreiheit verfälschen, muß einen sicherlich beschäftigen. Doch geht diese Antinomie letztlich auf eine wohl immer wieder anzuzweifelnde Rangordnung der Werte zurück. Die Verfassung garantiert eben nicht eine ideologisch konzipierte Wirtschaftsordnung, sondern ein Individualrecht, das Handels- und Gewerberecht des einzelnen. Der Kartellartikel will denn auch folgerichtig — und er ist auch so im System der neuen Wirtschaftsartikel eingereiht — nur den *Mißbrauch* bekämpfen. Er geht nicht, wie etwa behauptet wird, davon aus, die Kartelle seien an sich unzulässig und würden nur ausnahmsweise gestattet, vielmehr anerkennt er die Kartellfreiheit ausdrücklich und will sie auf öffentlichem Gebiete dort und so beschränken, wie die Art. 27 und 28 ZGB und 19 und 20 OR die Vertragsfreiheit privatim begrenzen. Es steht nicht geschrieben und ist ohne Zwang aus der Rechtsordnung nicht abzuleiten, die Wettbewerbsfreiheit gehe innerhalb der Verfassungsprinzipien der Vertragsfreiheit vor.

Damit setzt der Kartellartikel dem Ausführungsgesetz Schranken. Ein Kartellverbot *pur et simple* nach der Art der Initiative des Landesringes (mit den bei einem solchen Radikalismus nicht verständlichen Ausnahmen für die Landwirtschaft und die Gewerkschaften) ist ausgeschlossen, *auch für die Exklusivkartelle*, denn es wird kaum gelingen nachzuweisen, die marktschließenden Vereinbarungen seien eo ipso volkswirtschaftlich und sozial schädlich. Unter welchen Gesichtspunkten die Schädlichkeit zu beurteilen sei — ob strukturierende Auswirkungen als keineswegs schädlich, sondern vielmehr als nützlich und erwünscht zu gelten haben, ob nicht überhaupt eine gewisse Selbstverwaltung der Wirtschaft anzustreben sei, dort nämlich, wo sie die staatliche Zwangsverwaltung vermeiden lasse —, wird zu sehr grundsätzlichen weltanschaulichen Auseinandersetzungen führen. Der Vorstellung einer in staatliche Obhut geratenden freien Wirtschaft wird die Idee einer wohlproportionierten Wirtschaftsordnung entgegenzustellen sein. Sie ist in den Wirtschaftsartikeln von 1947 recht vernünftig vorgezeichnet.

Die immanenten Schranken

Es geht bei der Kartellfrage auch in der Schweiz um ein sehr ernstes gesellschaftliches und wirtschaftliches Problem. Die Sachverhalte sind ihrem Wesen nach privatrechtlich, aber mit weiten volkswirtschaftlichen und sozialen Ausstrahlungen. Deshalb ist «jedes Kartellgesetz ein Zwangsversuch zur autonomen Wirtschaft» (*Forsthoff*). Wir werden danach trachten müssen, die *privatrechtliche Automatik im Kartellwesen* im Sinne der sittlichen Norm zu stärken und nur subsidiär mit öffentlichrechtlichen Vorkehren einzugreifen. Nach einem Worte von *Nell-Breunings*: Nicht in erster Linie die Freiheit der Kartellbildung beschränken oder aufheben, sondern den Gebrauch der Freiheit zum Guten wenden.