

Eric Homburger

Ausgewählte Schriften

Schulthess  Zürich 2000

Die Regelung des KG gehört prinzipiell zur zweiten Kategorie. Das heisst, der Zusammenschlussvorgang ist regelmässig behördlichem Zugriff entzogen. Die schweizerische Lösung steht jedoch insofern zwischen den beiden Kategorien, als sie es in extremen Fällen ermöglicht, den Zusammenschlussvorgang als solchen zum Gegenstand behördlichen Eingriffs zu machen.

Die heutigen Erörterungen verfolgten den beschränkten Zweck, mit verhältnismässig enger Optik die Stellungnahme des KG zum Vorgang des Unternehmenszusammenschlusses zu beleuchten. Die dabei angestrebte Ermittlung des geltenden Rechtszustandes möchte als Ausgangspunkt und kleiner Baustein dienen für die Bearbeitung des umfassenden und drängenden Problems wirtschaftlicher Macht als Gegenstand rechtlicher Regelung^{5,6}.

Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung*

Prof KURT H. BIEDENKOPF hat im Januar 1972 eine Abhandlung über «Rechtsfragen der Konzentration»¹ veröffentlicht. Darin wird das Verhältnis zwischen Privatrecht und Wirtschaftsordnung untersucht und die Notwendigkeit «funktioneller», «ordnungspolitischer» Interpretation der Privatrechtsinstitute betont. BIEDENKOPF erwähnt, dass die schweizerische und die deutsche Rechtsordnung in der Behandlung privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen verschiedene Wege gegangen sind. Er erörtert indessen die Verschiedenheiten zwischen den beiden Ordnungen nicht im einzelnen, sondern entwickelt vor allem allgemeine Gedanken über das Verhältnis zwischen Wettbewerbsfreiheit und Privatautonomie. Den Abschluss der Studie bilden dann aber Erörterungen über einige in meiner Arbeit «Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes»² vorgetragene Gedanken zum anwendbaren Massstab bei Interessenabwägung in Zivilprozessen nach Art. 4/5 des schweizerischen Kartellgesetzes (KG).

Prof. WALTER R. SCHLUEP hat kürzlich einen Artikel über «Allgemeines Wirtschaftsrecht und Schweizerisches Kartellgesetz»³ veröffentlicht, welcher u.a. auf die von BIEDENKOPF entwickelten Gedankengänge Bezug nimmt. Diese Gedankengänge sowie einzelne Überlegungen von SCHLUEP sollen hier einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

* Wirtschaft und Recht, 1976, S. 333–346.

¹ ZbjV 1972 (108), S. 1 ff.

² ZSR 1970, S. 1 ff.

³ Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1975, 569 ff.

⁵ Vgl. jetzt Art. 32 ff. des Kartellgesetzes 1995, wonach die Wettbewerbskommission die Befugnis zur Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen, sowie gegebenenfalls zu deren Untersagung, bzw. Zulassung unter bestimmten Auflagen erhält.

⁶ Vgl. HOMBURGER, *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zürich 1993.

Feb. - Sept.

I.

BIEDENKOPF geht davon aus, dass «die durch die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit, durch Vertragsfreiheit und Privateigentum an Produktionsmitteln gekennzeichnete Wirtschaftsordnung ebenso wie die demokratische Staatsverfassung auf dem Grundsatz der «Dezentralisation von Entscheidungskompetenz» und dem «check and balance»-System des Wettbewerbs beruht». In der Praxis findet aber eine vorwiegend durch privatrechtliche Mittel bewirkte Konzentration unternehmerischer Entscheidungskompetenz statt, verbunden mit der Entwicklung privater Machtstellungen. Dabei stand die Kartellbildung lange Zeit sowohl für die beteiligten Wirtschaftskreise wie auch für den Gesetzgeber im Vordergrund. Sukzessive verschob sich das Schwergewicht auf Unternehmenszusammenschlüsse als dauerhafte Konzentrationsform. Der Widerspruch zwischen dem ordnungspolitischen Grundgedanken der «Dezentralisation der Entscheidungskompetenz» und der im Rahmen der geltenden Rechtsordnung zunehmenden Konzentration dieser Kompetenz macht eine «Überprüfung der Rechtsgüterabwägung im Verhältnis von Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsrecht (stellvertretend für die absoluten Rechte)», des «Verhältnisses zwischen Wettbewerbsfreiheit und Privatautonomie» notwendig. Bei dieser Überprüfung analysiert BIEDENKOPF das «rechtliche Instrumentarium, dessen sich die beteiligten Unternehmen bei der Marktregelung und der Änderung der Marktstruktur bedienen» (Vertrag, Immaterialgüterrecht, zivilrechtlicher Deliktsschutz, Vertragsstrafen, Schiedsgerichte, gesellschaftsrechtliche Herrschaftsrechte usw.) «Kennzeichnend für alle diese Elemente privatrechtlicher Marktregelung ist, dass die in Anspruch genommenen Rechtsinstitute ihrer legislativen Funktion nach nicht der Marktregelung zulasten Dritter, sondern der Regelung von Rechtsverhältnissen unter den Beteiligten bzw. der Abgrenzung rechtlich zugewiesener Befugnisse gegenüber Dritten dienen sollen. Ihre Verwendung für Marktregelungen liegt ausserhalb dieser Zwecksetzung – was jedoch nur dann als rechtlich erheblich angesehen werden kann, wenn man die Zwecksetzung der betroffenen Rechtsinstitute, d.h. ihre intendierte Funktion, zugleich als eine immanente Begrenzung ihrer rechtlichen Inanspruchnahme begreift.»

Diesem «funktionellen Verständnis der Privatrechtsinstitute» stellt BIEDENKOPF den «herrschenden Systemgedanken des Privatrechts» gegenüber, wonach die subjektiven Rechte «die Rechtssphären der Rechtssubjekte gegeneinander abgrenzen und dem einzelnen Rechtsmacht verleihen in

Gestalt von Beherrschungsrechten, einschliesslich der Ausschlussrechte, Ansprüchen und Gestaltungsrechten». Da das subjektive Recht «keine positivrechtliche Aussage über seine konkrete Begrenzung» enthalte, «ist es zunächst system- nicht ordnungsbezogen und funktioniert damit unabhängig von der konkreten Ordnungslage, in der es Anwendung findet. Dieser Umstand verleiht ihm eine besondere Ambivalenz der Zwecksetzung» für die es Anwendung findet. Es eignet sich deshalb besonders gut als Mittel für Zwecke, für die es ursprünglich nicht gedacht war, die den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechen.» «Privatrechtliches Handeln durch Gebrauch privatrechtlicher Institute trägt seine Rechtfertigung in sich selbst» und «bedarf nicht der Rechtfertigung durch Aufgaben und Ziele, die ausserhalb der Person selbst liegen». Dieses Prinzip führt zur «Privatisierung wirtschaftlicher Macht», indem auch Träger wirtschaftlicher Macht Träger von Persönlichkeitsrechten sind. Da das Missbrauchsprinzip dem System subjektiver Rechte immanent sei und der Missbrauch nicht in der Inanspruchnahme des subjektiven Rechts für die Zwecke der Marktregelung selbst gesehen werden kann, könne der Missbrauch nur in der Verletzung objektiver, das subjektive Recht generell begrenzender Rechtsnormen liegen. Abgesehen vom Verbot sittenwidriger Verträge und sittenwidriger Schadenszufügung fehle es an positivrechtlichen Normen zur externen Begrenzung der subjektiven Rechte.

Der Begriff des subjektiven Rechts lasse nämlich keinen Raum für die rechtliche Berücksichtigung der tatsächlichen Macht des Rechtsträgers; solche Berücksichtigung würde das objektive Recht relativieren und sei deshalb abgelehnt worden; statt dessen werde auf den Prozess der Güterabwägung als Regulativ verwiesen. «Damit ist die tatsächliche Macht des Berechtigten aus dem juristischen Tatbestand des subjektiven Rechts ausgeklammert. Der private Mächtige kann die Rechtsmacht – in der Grenze der Sittenwidrigkeit und von Treu und Glauben – in gleicher Weise beanspruchen wie der machtlose Bürger.»

Das marktmächtige Rechtssubjekt kann so das subjektive Recht «aus dem Ordnungszusammenhang lösen, dessen Existenz es voraussetzt». «Dieser Ordnungszusammenhang wird definiert durch die Prämisse der Gleichheit aller Privatrechtssubjekte, also der Bürgergleichheit.» Durch die Ausklammerung der Macht aus dem juristischen Tatbestand des subjektiven Rechts werde die effektive Freiheit des einzelnen Rechtsträgers relativiert, die Chancengleichheit der Rechtsausübung gestört.

Abschliessend bespricht Prof. KURT H. BIEDENKOPF mein Referat als Beispiel dafür, dass die kartellrechtliche Diskussion «die Zusammenhänge zwischen dem System subjektiver Rechte und den Auswirkungen tatsächlicher Marktmacht auf die Gleichheit der Chance zur Rechtsverwirklichung unberücksichtigt lässt».

In diesem Referat wurde dargelegt, dass das *geltende schweizerische Recht* die individuelle und die gemeinschaftlich gleichgerichtete Betätigung der Privatautonomie als zulässig und grundsätzlich gleichwertig betrachte. Als Folgerung aus dieser Grundsatzentscheidung wurde die einseitige Funktionalisierung der Vertragsfreiheit auf die Verwirklichung des «Ideals des Vollwettbewerbs» abgelehnt und betont, dass «der Ausgleich zwischen den beiden als prinzipiell gleichwertig anerkannten Formen der Freiheitsbetätigung durch fortschreitende Konkretisierung der Grundwertordnung der Bundesverfassung (BV) gefunden werden» müsse (S. 58).

BIEDENKOPF hält dem entgegen, dass «die Anerkennung der Gleichheit von Individuum und marktmächtiger Kartellorganisation ... zugleich die typische Privilegierung der Kartellorganisation bedeuten müsse» und dass «diese Konsequenz durch das Prinzip der Privatautonomie nicht legitimiert» sei.

Nach BIEDENKOPF gibt es für die Bewältigung des Konflikts zwischen Kartell und Kartellbetroffenen prinzipiell zwei Möglichkeiten: Die Entscheidung im Einzelfall durch konkrete Interessenabwägung oder die «ordnungspolitische Entscheidung auf der Grundlage entsprechender Systemgedanken». «Da sie die Inanspruchnahme privatrechtlicher Institutionen zum Zwecke der Marktregelung als Freiheitsentfaltung definiert, kann die Einzelfallentscheidung im Sinne Homburgers den Interessenkonflikt im privatrechtlichen Bereich nur mit Hilfe der Generalklauseln, insbesondere dem Verbot sittenwidriger Schädigung, entscheiden.» Dieses Verbot versage aber als Entscheidungshilfe, wenn man das Interesse des Kartells an der Marktregelung für ein durch die Privatautonomie legitimes Interesse halte. Die Einzelfallentscheidung sei somit «gezwungen», ihre Wertung dem an wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten orientierten Gesamtinteresse zu entnehmen. So verliere das Privatrecht seine Bedeutung als Quelle konfliktentscheidender Wertungen. Diese Entwicklung beruhe auf der Weigerung des «klassischen» Privatrechtes, das Wettbewerbsprinzip als einen tragenden Systemgedanken des Privatrechts anzuerkennen. Dass es sich bei diesem Prinzip um ein Rechtsprinzip handle, werde einerseits durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit bestä-

tigt. Andererseits liege der Zuordnung subjektiver Rechte und damit von Rechtsmacht zum einzelnen Rechtssubjekt neben der Sicherung der Persönlichkeitsentfaltung zugleich der Gedanke einer Dezentralisation von Entscheidungskompetenz zugrunde. Dieser für jede Privatrechtsordnung konstitutive Gedanke besage, «dass nicht die verfasste Gemeinschaft, sondern der einzelne über die Rechtsmacht verfügen soll, seine Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten – politisch ausgedrückt, zu seinen Mitbürgern – selbst und eigenverantwortlich zu regeln». Auf dem Wege der «funktionellen» oder «ordnungspolitischen» Interpretation der Privatrechtsinstitute sei deren institutionellem Charakter gegenüber dem instrumentellen Charakter zum Durchbruch zu verhelfen und somit Wertentscheidungen, wie Gleichheit der Rechtschance und «Notwendigkeit der Legitimation» des Herrschenden in das Privatrecht einzuführen, die sonst «auf dem Umweg über das Verfassungsrecht im Wege der Drittwirkung oder durch die staatliche Wirtschaftspolitik dem Privatrecht aufgezwungen werden müssten».

II.

Drei Hauptpfeiler tragen das Gedankengebäude BIEDENKOPFS: Der Gedanke, dass den Instituten des Privatrechts im Rahmen der Wirtschaftsordnung bestimmte *Funktionen* zukommen, die bei der Auslegung der Privatrechtsordnung zu berücksichtigen sind; dass diese «Funktionen» inhaltlich durch das *Wettbewerbsprinzip* bestimmt werden, und schliesslich dass dieses Prinzip die *Gleichheit*, die Chancengleichheit der Rechtausübung *aller Privatrechtssubjekte* voraussetzt und die *Dezentralisation der Entscheidungskompetenz* gewährleistet.

Der Gedanke der Funktionsträgerschaft der Privatrechtsinstitute ist ebenso alt wie einleuchtend. So war z.B. auch für den klassischen Liberalismus Privatautonomie nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Förderung der Interessen der Allgemeinheit; der Privatautonomie war damit eine über die Entfaltung und Förderung des einzelnen Individuums hinausgehende, auf die Interessen der Allgemeinheit ausgerichtete Funktion zugeordnet⁴.

⁴ Vgl. z.B. GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 163: Nach liberaler Staatsauffassung besteht wohl der «Sinn des Staatslebens in der Möglichkeit der Entfaltung und Förderung des einzelnen Individuums in der Staatsgemeinschaft», «damit geht aber Hand in Hand auch die Förderung der staatlichen Kollektivität als Summe der Einzelnen».

Es kann also nicht der Grundsatz der Funktionsträgerschaft der Privatrechtsinstitute als solcher zur Diskussion stehen, sondern nur die inhaltliche Bestimmung, die Ausrichtung der Funktion.

In dieser Hinsicht kann die Auseinandersetzung auf zwei verschiedenen Ebenen stattfinden. Einmal lässt sich, *de lege ferenda*, fragen, wie die Privatrechtsinstitute auszugestalten seien, um eine auf freiem Wettbewerb und möglichst weitgehender Dezentralisation der Entscheidungskompetenz beruhende Wirtschaftsordnung zu verwirklichen. Die Verwirklichung einer solchen Wirtschaftsordnung wird dabei, aufgrund von Werturteilen, als erstrebenswert vorausgesetzt, und es wird nach den zur Verwirklichung dieser Zielsetzung geeigneten Mitteln gefragt. Zum anderen kann *im Blick auf eine bestimmte Rechtsordnung* gefragt werden, wie sie das Rechtsinstitut «Privatautonomie», wie sie im besonderen das Verhältnis Vertragsfreiheit: freier Wettbewerb konkret gestaltet hat.

Mit aller Deutlichkeit muss festgehalten werden, dass sich mein Referat vorwiegend auf dieser zweiten – konkreten – Ebene bewegte. Demgegenüber liegt die Argumentation von BIEDENKOPF überwiegend auf der ersten – idealtypischen – Ebene. Der Umstand, dass dies in seiner Abhandlung nicht genügend deutlich gemacht und die beiden «Fechtböden» nicht auseinandergehalten werden, ist geeignet, Verwirrung zu stiften. Im folgenden befasse ich mich zunächst mit den auf das Referat bezogenen Ausführungen BIEDENKOPFS.

Das *geltende schweizerische Recht* lässt Kartelle grundsätzlich zu⁵. BIEDENKOPF zieht diese Feststellung nicht in Zweifel. Aber er geht gewissermassen «an ihr vorbei», indem er sich auf der idealtypischen Ebene bewegt. Bezeichnend dafür ist seine Bemerkung, die mit der Anerkennung der Gleichwertigkeit gemeinschaftlich gleichgerichteter und individueller Freiheitsbetätigung verbundene «typische Privilegierung» der Kartellorganisation sei «durch das Prinzip der Privatautonomie nicht legitimiert». Solche Legitimierung steht nicht im Vordergrund, wenn über den konkreten Gehalt einer geltenden Rechtsordnung gesprochen wird; sie wäre allenfalls erheblich, wenn deren Umgestaltung diskutiert würde. BIEDENKOPF lässt es

⁵ Vgl. HOMBURGER, a.a.O., S. 37 ff.: Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid in Sachen Denner AG, Schweizerischer Bierbrauerverein (BGE 98 II 376 ff.) diesen Ausführungen zugestimmt. In seiner Besprechung dieses Entscheides beschränkt sich MERZ darauf, frühere Ausführungen zu wiederholen, ohne meine Überlegungen zu erwähnen oder sich damit im einzelnen auseinanderzusetzen (vgl. MERZ, SAG 45 (1973), S. 127 ff.).

denn auch bei der Behauptung einer «typischen Privilegierung der Kartellorganisation» bewenden, ohne zu untersuchen, inwiefern solche Privilegierung durch das KG konkret aufgehoben oder gemildert wird.

In seinen weiteren Ausführungen stellt BIEDENKOPF die zwei seines Erachtens alternativen Möglichkeiten der Bewältigung des Konflikts zwischen Kartell und Kartellbetroffenem einander gegenüber: Einzelfallentscheidung durch konkrete Interessenabwägung oder «ordnungspolitische Entscheidung auf der Grundlage entsprechender Systemgedanken». Dabei nimmt BIEDENKOPF zu der in meinem Referat vertretenen Auffassung nicht Stellung, dass der *schweizerische Gesetzgeber* mit Erlass des KG sich prinzipiell zugunsten der erstgenannten Methode entschieden hat. Damit wurde das Interesse von Kartellen an Marktregelung als grundsätzlich legitim anerkannt. Es ist schade, dass BIEDENKOPF meinen Ausführungen über die Interessenabwägung in Kartellzivilprozessen nicht nachgegangen ist. Zu bedauern ist dies vor allem deshalb, weil damit eine Konfrontation seiner These, die «Einzelfallentscheidung sei *gezwungen*, ihre Wertungen ... aus dem an wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten orientierten Gesamtinteresse zu entnehmen», mit meiner eingehend begründeten abweichenden Auffassung unterbleibt. Auch bei Entwicklung dieser These lässt BIEDENKOPF die konkrete Regelung des KG ausser Betracht. Er führt aus: «Hält man das Interesse des Kartells an der Marktregelung für ein durch die Privatautonomie legitimes Interesse⁶, so versagt das Verbot sittenwidriger Schädigung, von Extremfällen abgesehen, als Entscheidungshilfe. Die mit der Marktordnung verbundene Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit Dritter ist durch die zulässige Interessenverfolgung gerechtfertigt und deshalb nicht sittenwidrig.» Hier hätte berücksichtigt werden müssen, dass das KG in Art. 4 den Tatbestand der «unzulässigen Vorkehr» schafft und dem Kartell den Rechtfertigungsbeweis auferlegt. Bei solchen Vorkehrungen handelt es sich um mehr als nur «mit der Marktordnung (sc.: als solcher!) verbundene Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit Dritter». Um die These von BIEDENKOPF am konkreten Fall der schweizerischen Rechtsordnung zu verifizieren, müsste mit Bezug auf die nach Art. 4 und 5 KG vorzunehmende Interessenabwägung nachgewiesen werden, dass die Abwägung privater Interessen *unmöglich* und die Einzelfallentscheidung auf das «an wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten orientierte Gesamtinteresse abzustellen *gezwungen sein*».

⁶ Erneuter Hinweis: Dieses Interesse ist im geltenden schweizerischen Recht *durch den Verfassungs- bzw. Gesetzgeber konkret legitimiert*.

Ein solcher Nachweis fehlt. Dies ist um so bedauerlicher, als SCHLUEP, S. 597, die These von BIEDENKOPF ohne weiteres übernimmt⁷.

Beide Autoren beachten zuwenig, dass die «Legitimierung» der kartellistischen Marktregelung durch BV und KG sich auf die Marktregelung *als solche* bezieht. Das heisst, die gemeinschaftliche Gleichrichtung des Verhaltens der Kartellmitglieder kann nicht als solche (per se) als rechtswidrig gewertet werden. Geht aber das Kartell durch Vorkehren im Sinne des Art. 4 zum Angriff gegen Dritte über, dann ist solches Verhalten der richterlichen Beurteilung aufgrund einer Abwägung der im Streite stehenden privaten Interessen zugänglich. Nur wenn der Angriff auf *Ausschluss* der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist, bildet das Gesamtinteresse den Entscheidungsmaßstab⁸.

Die Betrachtung der spezifischen Regelung der Art. 4/5 KG und der darin feststellbaren «Zweistufigkeit» der gesetzgeberischen Stellungnahme zur kartellistischen Marktregelung führt zu einem weiteren Punkt in den Ausführungen von BIEDENKOPF, der kurzer kritischer Beleuchtung bedarf. Bei Besprechung des subjektiven Rechts führt er aus, es «bewirke im Falle seiner Inanspruchnahme eine Umkehr der Beweislast. Das Interesse des privaten Rechtsträgers habe die Vermutung seiner Berechtigung für sich.» Dies trifft im *geltenden schweizerischen Recht* nur für die «erste Stufe» zu, also für die kartellistische Marktordnung an sich. Ergreift ein Kartell aber Vorkehren im Sinne des Art. 4 KG, ist die Beweislast umgekehrt. BIEDENKOPF erklärt ferner, sehe «man vom Verbot sittenwidriger Verträge und sittenwidriger Schadenszufügung ab, die nur äusserste Begrenzung abgeben, so fehle es an positivrechtlichen Normen zur externen Begrenzung der subjektiven Rechte». Angesichts der konkreten Regelung der Art. 4/5 KG ist diese Aussage unzutreffend. In diesem Zusammenhang erklärt BIEDENKOPF, «der Begriff des subjektiven Rechts – um dessen externe Begrenzung es hier geht – lässt keinen Raum für die rechtliche Berücksichtigung der tatsächlichen Macht des Rechtsträgers». Diese, wiederum auf der abstrakten Ebene liegende, Überlegung trifft auf die konkrete Regelung des KG nicht zu. «Erhebliche Behinderung» im Sinne von Art. 4 ist ein klassischer Fall kartellistischer Machtentfaltung. Mit steigender Intensität des Eingriffs des Kartells in die Rechtssphäre der Betroffenen erhöhen sich auch die Anforderungen an das Gewicht der vom Kartell verfolgten Interessen, um diese

⁷ Vgl. S. 344.

⁸ Vgl. HOMBURGER, a.a.O., S. 113.

als im Sinne des Art. 5 «überwiegend» und «schutzwürdig» erscheinen zu lassen. Ist die Vorkehr auf den *Ausschluss* des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet, so muss ihre Rechtfertigung im Lichte des Gesamtinteresses erfolgen. Auch bei Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Vorkehr «zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung» fällt die Machtfülle des Kartells bzw. der kartellähnlichen Organisation als Bewertungsfaktor ins Gewicht. Die tatsächliche Macht der Berechtigten ist also im konkreten Fall des schweizerischen KG nicht «aus dem juristischen Tatbestand des subjektiven Rechts ausgeklammert».

Das schweizerische Kartellrecht mag als Beispiel dafür dienen, dass die Privatrechtsinstitute im Rahmen einer *konkreten* Rechtsordnung ihren Sinn- und Funktionsgehalt aus den diese Rechtsordnung charakterisierenden Grundsatzentscheidungen erhalten⁹. Gemessen an idealtypischen Vorstellungen handelt es sich immer wieder um Fragen des Masses. Geht man z.B. davon aus, dass eine auf Privatautonomie beruhende Wirtschaftsordnung grundsätzlich die Entscheidungskompetenz dezentralisiert, ist es eine mit dieser Grundsatzentscheidung noch nicht beantwortete Frage, wie weit solche Dezentralisierung zu treiben sei. Zur Auswahl stehen nicht nur die von BIEDENKOPF erwähnten Alternativen: «Verfasste Gemeinschaft – Einzelner», sondern auch Zwischenstufen, wie eben z.B. Zulassung von Kartellen.

Ähnlich ist mit der Grundsatzentscheidung zugunsten einer demokratischen Staatsverfassung über den Grad der Demokratisierung und den Umfang der demokratischer Ordnung zu unterstellenden Bereiche (direkte Demokratie, repräsentative Demokratie, Gemeindeautonomie, Föderalismus, Armee, Aktiengesellschaft, Mitbestimmung usw.) noch nicht entschieden. Soweit die Untersuchung konkreter Rechtsordnungen in Frage steht, wird hier für eine differenzierende, deren Eigenheiten berücksichtigende Betrachtungsweise plädiert.

III.

Bezweckten die bisherigen Ausführungen eine Auseinandersetzung mit den Thesen von Prof. KURT H. BIEDENKOPF vom Blickpunkt des schweizeri-

⁹ Vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 583.

schen Kartellrechts aus, so sollen nun seine auf idealtypischer Ebene liegenden Gedankengänge kurz noch etwas näher betrachtet werden. Wie eingangs erwähnt, ist die Funktionsträgerschaft der Privatrechtsinstitute anzuerkennen; zur Diskussion steht die inhaltliche Bestimmung der Funktionen.

BIEDENKOPF geht davon aus, dass es für Wirtschaftsordnungen, die auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruhen, ein allgemeines, einheitliches Ordnungsprinzip gebe: «Dezentralisation der Entscheidungskompetenz, kombiniert mit dem «check and balance»-System des Wettbewerbs.» Das Wettbewerbsprinzip bildet danach also die ausschliessliche Grundlage zur inhaltlichen Bestimmung der Funktionen der Privatrechtsinstitute. Dadurch soll die Chancengleichheit der Rechtsausübung, die Gleichheit aller Privatrechtssubjekte, die Bürgergleichheit verwirklicht werden. Geht man, für den Zweck dieser Diskussion, zunächst einmal davon aus, dass die zu lösende Aufgabe in der Verwirklichung der «Bürgergleichheit» im Bereich der Wirtschaft bestehe, so ist zu fragen, ob diese Aufgabe ausschliesslich durch Berufung auf das Wettbewerbsprinzip zu lösen sei. Wie wir gesehen haben, setzt nach BIEDENKOPF das Wettbewerbsprinzip der Vertragsfreiheit eine «immanente Schranke», indem es private Marktregelung ausschliesst. Dadurch wird nun zwar *ein* Mittel zur Schaffung privater Machtstellung ausgeschaltet. Die Erscheinung privater wirtschaftlicher Macht ist damit jedoch nicht eliminiert, die «Bürgergleichheit» nicht verwirklicht.

Es muss hier genügen, auf die Tatsache hinzuweisen, dass auch in Staaten mit Kartellverbotsgesetzgebung zahlreiche zum Teil sehr marktmächtige Einzelunternehmen und Unternehmensgruppen entstanden sind¹⁰. Diese empirische Feststellung des – jedenfalls bisherigen – Ungenügens des Wettbewerbsprinzips als alleinigem Mittel zur Verwirklichung der Bürgergleichheit lässt sich theoretisch erklären. Das Wettbewerbsprinzip, so wie es BIEDENKOPF versteht, beinhaltet die grundsätzliche Ablehnung privater, auf vertraglicher Wettbewerbsbeschränkung beruhender Machtstellungen. Diesem Prinzip entspricht das Verbot privater Marktregelung. Machtstellungen einzelner Unternehmen und von Unternehmensgruppen lassen sich indessen nicht grundsätzlich verbieten oder eliminieren. Ihnen gegenüber ergibt sich aus dem Wettbewerbsprinzip keine dem Kartellverbot entsprechende absolute «immanente Schranke». Ich übersehe die Versuche nicht,

¹⁰ Vgl. z.B. WERNER MÖSCHEL, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest des Antitrustrechts, Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 421 ff.

das Wettbewerbsprinzip auch in diesem Bereich zur Schrankenziehung fruchtbar zu machen. Aber in den seltensten Fällen ergeben sich daraus absolute Schranken, vielmehr stellen sich in der Regel Fragen des Masses, der Art und Weise zulässiger Machtausübung¹¹.

So zeigt sich, dass in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung private Machtstellungen nicht schlechthin verhindert oder aufgehoben werden können. In einer solchen Wirtschaftsordnung ist deshalb das Problem der Domestizierung privater Macht durch das Verbot privater kollektiver Marktregelung nicht umfassend lösbar. Die intensive Befassung sowohl von Prof. KURT H. BIEDENKOPF wie auch von Prof. WALTER R. SCHLUEP mit der Problematik der marktmächtigen Unternehmen deutet darauf hin, dass sie diese Meinung teilen dürften. Es ist also unumgänglich, zu prüfen, welche Möglichkeiten bestehen zur normativen Eingrenzung der Bildung und Ausübung von Macht in den Händen einzelner Unternehmen oder zusammengefasster Unternehmensgruppen. Dabei erscheint es mir aber der Frage würdig, ob die aus dem Wettbewerbsprinzip abgeleiteten immanenten Schranken für kollektive Marktregelung wirklich unverrückbar, absolut seien oder ob der Verlauf der Schranken privater Marktregelung nicht in die umfassende Überprüfung einzubeziehen sei. Ich neige zur Bejahung dieser letzten Frage. In diesem Falle würde sich eine ganze Reihe Einzelfragen stellen, von denen hier lediglich einige angedeutet seien. So wäre beispielsweise zu prüfen, ob und allenfalls unter welchen Umständen ein Kartellverbot die Tendenz zur Bildung oder zum Ausbau von Marktmacht einzelner Unternehmen oder Unternehmensgruppen verstärke¹². Kann vielleicht sogar gesagt werden, durch das rigorose Verbot privater Marktregelung erfolge eine «typische Privilegierung» nicht kollektiv begrün-

¹¹ Es sei hier erinnert an das Konzept des «Restwettbewerbs» zur Bestimmung der Schranke zulässiger Machtausübung nach Art. 86 EWGV (vgl. MESTMÄCKER, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 388, 416), ferner an Section 7 des Clayton Act, wonach Unternehmenszusammenschlüsse unzulässig sind, wenn dadurch der Wettbewerb erheblich vermindert würde.

¹² Vgl. z.B. SZOKOLCZY-SYLLABA: EFTA: Restrictive Business Practices, Stämpfli, 1975, S. 244; MESTMÄCKER: Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Festschrift für Walter Hallstein, Klostermann, 1966, S. 323; SCHÜRMAN/SIEBER: Die Konzentration als Problem der Wettbewerbspolitik, Wirtschaft und Recht, 1972, S. 82.

deter Machtstellungen¹³? Wenn ernsthafte Gründe beständen, diese beiden Fragen zu bejahen oder jedenfalls eine Tendenz in dieser Richtung festzustellen wäre, würde es dann nicht naheliegen, die Bereiche der kollektiven privaten Marktregelung einerseits und der marktmächtigen Einzelunternehmen und zusammengefassten Unternehmensgruppen andererseits als eng zusammengehörig («kommunizierende Röhren») zu betrachten, und die Domestizierung privater Wirtschaftsmacht als einheitlichen Problemkreis zu verstehen? Dann wäre aber auch zu fragen, ob die für den erstgenannten Bereich entwickelte Leitidee völliger Machtgleichheit, Bürgergleichheit, aufs Ganze gesehen, nicht durch das Ziel des *Machtausgleichs* zu ersetzen sei¹⁴. Machtphänomene und darauf bezogene behördliche Massnahmen im einen Bereich müssten jeweils auch auf ihre Auswirkungen im anderen Bereich überprüft werden. Das Kartellverbot wäre dann *eine* mögliche, nicht aber eine schlechthin notwendige Massnahme, über deren Ergreifung im Blick auf alle relevanten Machtfaktoren und deren wechselseitige Beziehungen, in der Regel von Fall zu Fall, zu entscheiden wäre. Es wäre z.B. nicht von vornherein auszuschliessen, dass Kartelle u.U. als zum Ausgleich von Machtgefällen oder zur Verhütung bzw. Verlangsamung der Bildung von Einzel- oder Unternehmensgruppenmacht geeignete Mittel erscheinen. Die Liste der zu behandelnden Fragen könnte und müsste verlängert werden, immer mit dem Blick auf die zentrale und umfassende Aufgabe der Rechtsordnung, in einer von privater Macht nicht zu befreienden, ja auf diese in gewissem Grade vielleicht sogar angewiesenen Wirtschaft, die Auswirkungen solcher Macht in sowohl für den Einzelnen wie für das Gesamtinteresse tragbarem Rahmen zu halten, sie zu domestizieren, eine Übermächtigung Privater durch Private zu verhindern.

Das Bild wird dadurch kompliziert, dass bei Erfüllung dieser Aufgabe nicht nur die Gesichtspunkte der Macht-Domestizierung und der volks-

¹³ Dazu z.B. die Bemerkung Prof. GÜNTHERS, dass das «deutsche Kartellrecht bis zum Sommer 1973 in Bezug auf die Behandlung von Kartellen und Unternehmenszusammenschlüssen ungleichgewichtig» gewesen sei.

¹⁴ Die Annahme erscheint mir unrealistisch, private wirtschaftliche Macht könne im Rahmen einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung «verhindert» bzw. «zerschlagen» werden. Diese Formulierungen finden sich bei KRAMER: «Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens», München/Salzburg 1974, S. 41. Dort steht auch auf S. 64, N. 225 in zustimmendem Sinne das Zitat aus BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, 1967, S. 172, dass es nicht sinnvoll sein kann, «in utopischem Perfektionismus hoffnungslosen Idealbildern völligen Machtgleichgewichts nachzujagen».

wirtschaftlichen Wirksamkeit («Effizienz») des Koordinierungssystems zu berücksichtigen sind, sondern auch nicht-volkswirtschaftliche Wertungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe sowie alle anderen Aspekte des sehr komplexen «Gesamtinteresses» und geographische, demographische usw. Gegebenheiten. Das sei hier nur angedeutet. Wesentliches Anliegen ist mir, die Grundsatzfrage in Erinnerung zu rufen, ob, wenn die der Rechtsordnung im Bereich der Wirtschaft gestellte Aufgabe in ihrer Tragweite überblickt wird, die Funktion des Privatrechts wirklich durch ausschliesslichen Bezug auf das Wettbewerbsprinzip im Sinne von BIEDENKOPF umschrieben werden könne bzw. müsse. Die Rechtswirklichkeit zeigt denn auch, dass alle privatrechtlichen Wirtschaftsordnungen die sogenannten «immanenten Schranken» der Privatautonomie mehr oder weniger flexibel ausgestalten. Die bei der hier angeregten gesamthaften Betrachtungsweise wichtigste Frage ist, wie weit eine bestimmte Rechtsordnung den Bereich der bei Prüfung konkreter Fälle in Betracht fallenden Faktoren zieht; im besonderen, ob sie die Berücksichtigung spezifisch machtbezogener Faktoren ermöglicht. Bei den Rechtsordnungen, welche ein grundsätzliches Kartellverbot kennen, hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Verbot zulässig sind. So sind beispielsweise die in EWGV Art. 85, Abs. 3 formulierten Bedingungen für die Freistellung volkswirtschaftlich-Ergebnis-orientiert¹⁵.

Beim GWB wäre im besonderen zu untersuchen, inwieweit bei Anwendung von § 5b sowie § 38, Abs. 2, Ziffer 1 z.B. «Gegenmächtsr erwägungen» angestellt werden können. Der mit Bezug auf die letztgenannte Vorschrift geprägte Ausdruck «struktureller Nachteilsausgleich» scheint in diese Richtung zu weisen.

In Rechtsordnungen, die, wie die schweizerische, Kartelle grundsätzlich zulassen, wird die Antwort durch die Ausgestaltung des Massstabes für die Beurteilung des Kartellverhaltens bestimmt. Die schweizerische Rechtsordnung ermöglicht m.E. die Berücksichtigung machtbezogener Faktoren sowohl bei der Interessenabwägung in Zivilprozessen gemäss Art. 4/5 KG wie auch bei Überprüfung von Kartellverhalten durch die Kartellkommission bei Sonderuntersuchungen gemäss Art. 20 KG oder durch das Bundesgericht bei Beurteilung verwaltungsrechtlicher Klagen nach Art. 22 KG.

¹⁵ Vgl. immerhin MESTMÄCKER: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, S. 91: «Ob die Zulassung wettbewerbsbeschränkender Verträge ein geeignetes Mittel ist, marktstrategische Vorsprünge integrierter Grossunternehmen auszugleichen, wäre ... anhand der Tatbestandsmerkmale des Art. 85, Abs. 3 zu beantworten.»

Damit erweisen sich beide «Typen» von Wirtschaftsordnungen, die primär Verbots- wie die primär Missbrauchs-orientierte, als grundsätzlich taugliche Instrumente zur Lösung¹⁶ der umfassenden Aufgabe der Macht-Domestizierung. Es erscheint notwendig und dürfte ergiebig sein, den Typen-Vergleich voranzutreiben, Gemeinsamkeiten und Verschiedenheiten sowie Kombinationen herauszuarbeiten und die Funktionsbedingungen beider Varianten zu klären. All dies in der Erkenntnis, dass es nicht nur *eine* für alle freiheitlich-liberal organisierten Staaten denknotwendig «richtige» privatautonome Wirtschaftsordnung gibt.

IV.

In diese Richtung weisen auch gewisse Ausführungen von Prof. WALTER R. SCHLUEP, der die einseitige Ausrichtung der ordoliberalen Schule auf das Wettbewerbsprinzip erkennt und eine «Expansion der Fragestellung auf die Ordnungsgesichtspunkte anderer Koordinationsprinzipien (Plan, Gruppenvereinbarung)» und damit verbunden die «Weiterentwicklung eines allgemeinen Wirtschaftsrechts» befürwortet. Bei der «Bestimmung des Ortes des Kartellrechts nach dem Stand des allgemeinen Wirtschaftsrechts» hebt SCHLUEP den instrumentalen Charakter des Kartellrechts hervor, nämlich dem Schutz des Wettbewerbs und damit der Verwirklichung des Gemeinwohls zu dienen. Er betont indessen zu Recht, dass «Wettbewerbskoordination unter Gesichtspunkten des Gemeinwohls sich nicht automatisch und unbesehen als richtig erweist». «Die Artikulierung dessen, was hier und jetzt als vom Standpunkt des Gemeinwohls erstrebenswert ist, obliegt (im Rahmen der Staatsverfassung) dem Gesetzgeber.» «Die typischen Züge eines Kartellgesetzes offenbaren mithin (neben anderen Erkenntnismitteln) die jeweilige Gestalt des Gemeinwohls.» SCHLUEP bejaht also in Übereinstimmung mit BIEDENKOPF den «instrumentalen», funktionellen Charakter des Kartellrechts, und ich stimme ihm darin zu. Ebenso ist zu bejahen die gegenüber BIEDENKOPF differenzierende Ansicht, dass die Einsatzrichtung des «Instruments Kartellrecht» nicht notwendigerweise und ausschliesslich

¹⁶ «Lösen» im Sinne endgültiger Erledigung lässt sich diese Aufgabe nie; sie wird sich vielmehr dauernd und immer wieder in neuer Form stellen.

unter Berufung auf das Wettbewerbsprinzip bestimmt wird, sondern dass hiefür je auf die konkrete Rechtsordnung Bezug zu nehmen ist. Bei der Ortsbestimmung für das geltende schweizerische Kartellgesetz scheint SCHLUEP aber diese Differenzierung fallenzulassen. Er führt aus, dass bei Anwendung des Art. 4/5 KG dem Kartell der Beweis obliege, dass «die übergeordneten Ziele durch Selbstverwaltung der Wirtschaft besser verwirklicht werden als durch freien Wettbewerb». Damit wird angenommen, BV und KG hätten das Gemeinwohl (Gesamtinteresse) im Sinne der Institutionalisierung des freien Wettbewerbs «artikuliert». Wie bereits ausgeführt, ist dies de lege lata nicht der Fall; Kartellierung und Betätigung im freien Wettbewerb sind nach geltendem schweizerischen Recht gleicherweise legitim. Der «Überlegenheitsbeweis» nach Massgabe des Gesamtinteresses obliegt dem Kartell bei Anwendung der Art. 4/5 KG nur, wenn seine Vorkehr auf *Ausschluss* der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist, also das an sich legitime Nebeneinander von Kartell und Aussenseiter aufgehoben werden soll. Wie vorne erwähnt, beruft sich SCHLUEP auf BIEDENKOPF zur Stützung der Behauptung, die rein privatrechtlich konzipierte Interessenkollision zwischen Kartell (und kartellähnlicher Organisation) und Aussenseiter könne «angesichts des Versagens ziviler Massstäbe *nur* unter Rekurs auf übergeordnete, im Prozess der Konkretisierung des Gemeinwohls formulierte Ziele beigelegt werden».

Hier wäre eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen meines Referates angezeigt, wonach die Anwendung der lit. a und b des Art. 5 nicht notwendig eine wirtschaftspolitische Beurteilung des Kartellverhaltens erfordert. Es wäre auch Stellung zu nehmen zum Argument, dass bei der – von BIEDENKOPF und SCHLUEP – behaupteten Relevanz des Gesamtinteresses als Beurteilungsmassstab in *allen* Fällen nicht zu verstehen wäre, weshalb das Gesamtinteresse in Art. 5, lit. c ausdrücklich erwähnt wird. Statt dessen argumentiert SCHLUEP, wenn das Verfahren wirklich (gemäss meiner Auffassung) «auf persönlichkeitsrechtlicher Ebene durch gegenseitiges Abwägen der auf dem Spiele stehenden Interessen unter Beschränkung auf zivilistische Erwägungen abgewickelt werden müsste, wäre ganz und gar unverständlich, weshalb der Kartellgesetzgeber Art. 4 und 5 gesetzt hat; denn diese Vorschriften liefen so verstanden auf schale Wiederholung des allgemein anerkannten Güterabwägungsverfahrens nach Art. 28 ZGB hinaus». Dazu sei angemerkt, dass mit Art. 4 und 5 KG in der Tat u.a. eine Kodifizierung der Ergebnisse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung be-

zweckt wurde¹⁷. Da diese eine beträchtliche, durch starke Schwankungen gekennzeichnete «Leidensgeschichte» durchgemacht hatte, bildete die gesetzliche Fixierung an und für sich schon einen Fortschritt. Sodann erfolgte gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Umkehrung der Beweislast, die von SCHLUEP (a.a.O., S. 596, N. 125) sogar als «praktisch allein wesentlicher Gesichtspunkt» bezeichnet wird. Schliesslich wäre die Aufteilung des KG in einen zivilrechtlichen und einen verwaltungsrechtlichen Teil kaum verständlich, wenn in beiden Bereichen der gleiche Wertungsmassstab Anwendung finden müsste¹⁸.

Die «Instrumentalität des Kartellrechts» soll und kann sowenig bestritten werden wie die «Funktionalität der Privatrechtsinstitute». Die Zielsetzung, zu deren Verwirklichung und der Rahmen innerhalb dessen das «Instrument Kartellrecht» eingesetzt werden sollen (und dürfen), wird aber je durch die in Frage stehende Rechtsordnung bestimmt. Dieser «Prozess der Konkretisierung des Gemeinwohls» vollzieht sich, wie SCHLUEP selber hervorhebt, auf Verfassungs- und Gesetzesstufe. Solche spezifischen Konkretisierungen sind in unserer BV und im KG erfolgt, und zwar im Sinne der Anerkennung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Kartellierung. Dieser Grundsatzentscheid für ein «gemischtes Koordinationssystem» darf nun nicht dadurch rückgängig gemacht werden, dass bei Auslegung des KG, wie dies BIEDENKOPF tut, ausschliesslich auf das Wettbewerbsprinzip Bezug genommen wird. Es muss vielmehr von dem durch die schweizerische Rechtsordnung konkretisierten, das Prinzip der Zulässigkeit von Kartellen umfassenden Begriff des Gesamtinteresses ausgegangen werden. Hier ergibt sich dann eben die von SCHLUEP erwähnte Notwendigkeit, «Privatrecht sinn-

¹⁷ Vgl. z.B. MERZ: Das schweizerische Kartellgesetz, S. 38.

¹⁸ SCHLUEP führt in N. 131 zu S. 598 aus, man könnte aus BGE 98 II 376 folgern, das Bundesgericht habe meine These von der rein privaten Interessenabwägung übernommen. Aus BGE 99 II 235 gehe aber hervor, dass das Gericht «re vera» den alten Zustand wiederhergestellt habe. Dazu genügt m.E. die Ergänzung des von SCHLUEP wiedergegebenen Zitates durch die zwei folgenden Sätze des bundesgerichtlichen Urteils: «Dagegen verlangt das Gesetz nicht, dass die vom Kartell verfolgten Interessen offensichtlich überwiegen, wie dies nach der Rechtsprechung vor Erlass des Gesetzes der Fall war (BGE 86 II 378), oder dass sie sich mit den Interessen der Allgemeinheit decken müssen. Auch bloss leicht überwiegende schutzwürdige Interessen und solche, die dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen, mit ihm also noch vereinbar sind, können je nach den Umständen eine Behinderung rechtfertigen (BGE 98 II 376/77).»

voll zu interpretieren, wenn man keine (oder: eine «gemischte», der Verf.) Wettbewerbsordnung unterstellt» (a.a.O., S. 589).

Die Ausführungen von BIEDENKOPF und SCHLUEP schärfen, einmal mehr, den Blick für die Zusammenhänge zwischen Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung, für die Tatsache, dass die Rechtsordnung allgemein, besonders aber das «Wirtschaftsrecht», einen wesentlichen Bestimmungsfaktor für Existenz und Ausmass privater wirtschaftlicher Macht bildet. Die Rechtsordnung *ist* «macht-relevant». Von der Macht-Relevanz des Kartellrechts im besonderen ausgehend, habe ich aufzuzeigen versucht, dass es problematisch erscheint, das Wettbewerbsprinzip als Mittel zur Domestizierung privater Wirtschaftsmacht zu verabsolutieren. Ich hoffe, in nicht allzu ferner Zukunft die Zusammenhänge zwischen Rechtsordnung und wirtschaftlicher Macht noch auf etwas breiterer Grundlage untersuchen zu können¹⁹.

¹⁹ Vgl. HOMBURGER, *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zürich, 1993.