Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 49 (1930)

Artikel: Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts

Autor: Gysin, Arnold

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896407

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts.

Von Privatdozent Dr. ARNOLD GYSIN, Basel.

Die Probleme des schweizerischen Kartellrechts sind bis heute noch wenig bearbeitet worden, obwohl die Schweiz schon seit längerer Zeit eine bemerkenswerte Kartellbewegung aufweist, die auch durch zahlreiche neuere Gründungen nationaler und internationaler Konzerne nicht verdrängt worden ist. Über die tatsächliche Entwicklung, Verbreitung und Gestaltung der industriellen Kartelle gibt eine Arbeit von Jaccard (1925)[1]) Aufschluss;

[1]) Jaccard, „Les syndicats industriels en Suisse", Lausanner Diss., 1925. Man vgl. auch Steiger, „Trusts und Kartelle im Ausland und in der Schweiz", 1907. Zur deutschen Kartellbewegung, die einige tausend Kartelle umfasst — darunter gewaltige Rohstoffkartelle —, vgl. man die Publikationen der neuen deutschen Wirtschaftsenquête („Enquête-Ausschuss", I, dritte Arbeitsgruppe, 2. Teil, 1928; ferner III, Bd. 1—5, 1928—1930, Eisenindustrie, Kaliindustrie, Kohlenwirtschaft, Elektrizitätswirtschaft und chemische Wirtschaft). — An nicht-industriellen schweizerischen Kartellen sind vor allem zu erwähnen das Konditionenkartell der schweizer. Bankiervereinigung und die Preiskartelle des schweizer. Kohlenhändlerverbandes, gesichert durch Ausschliesslichkeitsvertrag mit dem Verband schweizer. Kohlenimporteure. Das Monopol ist hier nahezu absolut, zumal die Konsumvereine nur wenig entgegenwirken. Zur Frage der internationalen Kartelle vgl. man: R. Wolff, „Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle", 1929; ferner „Das Recht der internationalen Kartelle und Trusts", in Zeitschr. f. ausl. u. internat. Privatrecht Bd. IV, 1930, S. 513. Nach einer amerikanischen Aufstellung existierten 1928 19 umfassende internationale Kartelle: Stahl (internationale Rohstahlgemeinschaft), Stahlmaschinen, Schrauben, Email, Eisenröhren, Flaschen, Glasplatten, Kalziumkarbid, Glühlampen, Draht, Aluminium, Pottasche, Chemieprodukte, Linoleum, Zink, Kupfer, Leim, Borax. Mehrere dieser Kartelle, z. B. das Aluminium- und das Glühlampenkartell, sind in der Schweiz domiziliert.

sie ist durch vereinzelte Monographien[2]) und vor allem durch die gründlichen Publikationen der unlängst geschaffenen Preisbildungskommission des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements[3]) neuerdings ergänzt worden. Hingegen stammen die neuesten juristischen Arbeiten — die kartellrechtlichen Dissertationen von Schärer[4]) und Zölly[5]) — aus dem Jahre 1917; eine jüngere Arbeit von Alfred Wieland[6]) beschränkt sich auf einen engeren Ausschnitt des Gebiets.

Bei diesem Stande der Bearbeitung empfiehlt es sich, zunächst einmal die Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts systematisch hervorzuheben, unter Beachtung der neueren Entwicklung von Wirtschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung. Und zwar werde ich mich beschränken auf die Probleme der begrifflichen Abgrenzung (I), der Rechtsformen der Kartelle (II) und ihrer Rechtsschranken (III), um anschliessend noch einige Aufgaben zu berühren, die sich für den schweizerischen Staat auf diesem Gebiete ergeben (IV).

---

[2]) Eine neuere z. B.: Wildeisen, „Der Verband schweizerischer Teigwarenfabrikanten. Eine Kartellstudie", Schweizerische Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 1929, Bd. I, S. 33 ff.

[3]) Enthalten in den „Sonderheften" der wirtschaftlichen und sozialstatistischen Mitteilungen des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements; namentlich Sonderheft 1, 1928 (Brotpreisverhältnisse); 4, 1929 (Zement); 7, 1930 (Kohlenhandel).

[4]) M. Schärer, „Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht", Berner Diss., 1917.

[5]) Ch. Zölly, „Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz", Zürcher Diss., 1917.

[6]) A. Wieland, „Aus dem schweizerischen Kartellrechte", ZSR. Bd. 40, 1921, S. 75 ff. — Eine neue Arbeit von Tapernoux, „Les cartels", Lausanner Diss., 1929, ist rechtsvergleichend gehalten und behandelt das schweizerische Recht nur summarisch referierend.

I. Der wirtschaftliche[6a]) Begriff des Kartells.

Die modernen Kartelle sind Typen der Strukturwandlung der kapitalistischen Wirtschaft, die man mit dem Schlagwort „Konzentrationsbewegung" bezeichnet. Als „kapitalistisch" ist diese Wirtschaft charakterisiert durch ihre eigentümliche bewegliche Konzentration privater Verfügungsmacht. Ihre treibenden Motive sind ursprünglich das egoistische Ertragsstreben und die individuelle Initiative der „freien" Privatperson. Und aus diesen Motiven lässt sich das Wesen der erwähnten Umformung wohl auch ziemlich einfach bestimmen: Geblieben ist, als beherrschendes Motiv, nach wie vor das egoistische Ertragsstreben. Gewandelt aber hat sich das Motiv der individuellen Initiative. Es wurde zunächst im Einzelunternehmen eingeschränkt durch den umfassenden Prozess der „Entpersönlichung" der Wirtschaft, vor allem durch den Einbruch der unpersönlichen Aktiengesellschaft in die persönliche Unternehmersphäre. Und im „äusseren" Bereich wurde die individuelle Initiative zurückgedrängt durch Methoden der Kooperation und Kollektivierung, die, nach dem Vorgang der Arbeiter- und Konsumentenorganisationen und unter Begleitung kooperativer Tendenzen in Handwerk und Landwirtschaft, seit Ende des 19. Jahrhunderts sich in wachsendem Masse geltend machen. Das Motiv des egoistischen Ertragsstrebens und die ihm entsprechenden alten Rechtsformen

---

[6a]) Man beachte von vornherein, dass der wirtschaftliche und der juristische Begriff des Kartells nicht identisch, sondern bloss auf einander bezogen sind. Es gibt (wirtschaftliche) Kartelle, die völlig ausserjuristische Gebilde sind, und andererseits muss der Jurist dort, wo Kartellspezialgesetze bestehen, sehr häufig gewisse Tatbestände als „Kartelle" (im Sinne des Gesetzes) bezeichnen, obwohl sie wirtschaftlich keine Kartelle sind. So stellt z. B. § 1 der deutschen Kartellnotverordnung vom 26. VII. 30 die sog. Reverssysteme (konkurrenzausschaltende Parallelverpflichtungen mehrerer Unternehmer gegenüber den eingreifenden Unternehmern benachbarter Wirtschaftsstufen) den Kartellen gleich.

sind, wie gesagt, bestehen geblieben. Aber der im Inneren des Einzelunternehmens erwachsene Organisationsgedanke ist auf die „äusseren" Beziehungen der Unternehmungen übertragen worden, womit das Prinzip der freien Konkurrenz tiefgreifenden Einschränkungen unterworfen wurde. So hat die kapitalistische Wirtschaft unversehens ihren extremen Individualismus abgestreift und hat in gewissem Sinne alte Prophezeiungen von Marx erfüllt.

Mit dem Schlagwort „Konzentrationsbewegung" ist nun allerdings wenig Präzises ausgesagt. Zunächst ist es notwendig, die Kartelle von den Organisationserscheinungen der nicht spezifisch kapitalistischen Wirtschaft abzugrenzen: Nicht zu den Kartellen gehören demgemäss die genossenschaftlichen Organisationen der Landwirtschaft, der Handwerker und der freien Berufe, die Gewerkschaften der Arbeitnehmer und die Konsumentenvereinigungen. Sie sind nicht nur wirtschaftlich und sozialpolitisch anders zu bewerten, sondern ihre eigene Tendenz ist der privat-individuellen Machtakkumulation der kapitalistischen Wirtschaft stets mehr oder weniger entgegengesetzt. Dabei ist die Grenze hier nicht immer leicht zu bestimmen. Man wird Vereinigungen, welche in die Sphäre des Handels hineinragen, wie z. B. Preisverbände der Detaillisten[7]), ferner Abmachungen zwischen Müllerei- und Bäckerverbänden[8]) oder zwischen

---

[7]) Preiskartelle des Detailhandels sind z. B. zustandegekommen im Schweizer. Buchhändlerverein, im Verband schweizer. Papeterien, im Schweizer. Velo-, Motor-, Nähmaschinenhändler- und Mechanikerverband, im Verband schweizer. Eisenwarenhändler und zwischen diesem und dem Verband schweizer. Lederhändler. Man vgl. Schnurrenberger, „Die corporative Organisation des schweizerischen Detailhandels", Zürcher Diss., 1927, S. 190 ff., mit reichem Material. — Stärker verbreitet sind die Handwerkertarife, die aber kaum als Kartelle gelten können.

[8]) Lokale Brotpreisabreden finden in den meisten Sektionen des schweizer. Bäcker- und Konditorenverbandes statt. Sie werden gesichert durch Ausschliesslichkeitsverträge

Käseexportverbänden und landwirtschaftlichen Verbänden zweckmässig zu den Kartellen zählen[9]).

Hiernach bleibt die schwierige Aufgabe, den Ort der Kartelle innerhalb der Konzentrationsbewegung der kapitalistischen Wirtschaft aufzuzeigen, d. h. die Kartelle aus dem Gesamtkomplex der Konzentrationsgebilde des Kapitalismus herauszuheben.

Diese Abgrenzung lässt sich immerhin vornehmen, ohne dass die Lösung mit dem unerquicklichen Streit über den Unterschied zwischen Trust und Konzern belastet wird[10]). Jeder Trust und jeder Konzern (wie immer

---

mit den Müllereikartellen, wonach die Müllerverbände sich verpflichten, preisunterbietende Bäcker nicht zu beliefern. Dazu kommen gegebenenfalls einschneidende Sperrmassnahmen, die sich auf Zutaten, Produktionsmittel und auf Massnahmen gegen Bäckereigehilfen im Aussenseiterbetrieb erstrecken. Die Konsumvereine stützen die Kartellpolitik weitgehend. Man vgl. hierzu Sonderheft 1 der Preisbildungskommission.

[9]) Hierher gehört die im August 1921 an Stelle der „Genossenschaft schweizer. Käseexportfirmen" gegründete „Schweizerische Käseunion", eine kartellartige Vereinigung zwischen den schweizerischen Milchproduzenten, Käsereien und Käsehandelsfirmen. Die Käseunion genoss aber bis zum April 1928 ein staatliches Käseausfuhrprivileg und war insofern keine völlig freie Organisation. Nach Aufhebung des Privilegs kam in kürzester Frist eine rein private Exportorganisation zwischen Milchproduzenten, Käsern und Käsehandelsfirmen zustande, welche annähernd 100% der Milch- und Käsereigenossenschaften umfasst. Die Organisation sucht sich durch Qualitätstaxierung und Einführung obligatorischer Einheitsmarken gegen Konkurrenz zu schützen. Sie ist, im Gegensatz zu den aussenstehenden Exporteuren, noch heute von den Käseexportgebühren befreit. Man vgl. Lustenberger, „Die Organisation des schweizer. Käsehandels seit 1914", Berner Diss., 1926; ferner: „Wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen" des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, 1929, S. 170 f.

[10]) Im allgemeinen ist anerkannt, dass der Trust ein monopolistisches Gebilde ist und sich dadurch von nichtmonopolistischen Konzernen unterscheidet. Geteilt sind die Meinungen aber darüber, ob auch monopolistische Fusionen (oder sogar nur solche) als Trusts anzusehen sind, oder ob der Trust nur als

man sie definieren mag) ist eine juristisch gewährleistete Zusammenfassung von Unternehmungen; darüber herrscht kaum Zweifel. Diese Zusammenfassung kann (beim Trust) vermittelst Fusion hergestellt sein. Sie kann ferner durch die Methode der Mehrheitsbeteiligung an einer „kontrollierten" Aktiengesellschaft oder GmbH. erfolgen (entweder durch einfachen Anteilsbesitz in der Hand eines beherrschenden „Mutterunternehmens"[11]) oder in Gestalt der unter dem Sammelnamen „Holdingcompany" bekannten Kontrollgesellschaft, deren Spezialzweck darin besteht, die zur Beherrschung erforderlichen „Anteilspakete" der zusammenzufassenden Unternehmungen zu erwerben)[12]). Die Zusammenfassung kann

---

monopolistischer Konzern (bzw. auch als solcher) zu verstehen ist. In der neuesten Auflage seines Werkes „Kartelle, Konzerne und Trusts" (8. Auflage 1930) ist Liefmann nun dazu übergegangen, den Trust als „monopolistischen Konzern" zu definieren (S. 344). Aber auch monopolistische Fusionen — die Liefmann früher gelegentlich mit dem Trustbegriff identifiziert hat — fallen, wie er sagt, de facto unter den Trustbegriff. Man wird hiernach annehmen können, dass die schwankende Terminologie sich endlich dahin festigen wird, dass Trusts als monopolistische Konzerne und Fusionen definiert werden. Abzulehnen sind die vereinzelten Versuche, das Monopolmerkmal aus dem Trustbegriff herauszubrechen (hierher gehört z. B. Klug, „Das Wesen der Kartell-, Konzern- und Trustbewegung", 1930, S. 69 f.).

[11]) Die beherrschte Gesellschaft heisst „Tochtergesellschaft", ein konzernrechtlicher Begriff, der vom Begriff der Filiale streng zu trennen ist.

[12]) Unter dem Sammelnamen „Holdingcompany" werden nach schweizerischem Sprachgebrauch oft alle denkbaren Arten von „Beteiligungsgesellschaften" zusammengefasst, seien sie nun zum Zwecke der Unternehmensbeherrschung (Holdingcompany im engeren Sinne des Wortes) gegründet oder für nichtkonzernmässige Zwecke, z. B. Kapitalanlage, Risikoverteilung, Verschleierung von Beteiligungen, Steuerhinterziehung usw. Die Holdingcompany ist also keineswegs ein Grundtypus der Konzentrationsbewegung, der etwa dem Kartellbegriff zu koordinieren wäre, wie man mitunter meint. Sie ist bestenfalls ein Instrument der Konzernbildung und keinesfalls das einzige, wie gerade

aber auch erzeugt sein durch Austausch von Beteiligungen, ferner durch persönlichen Austausch von Mitgliedern der Verwaltung oder des Vorstandes der Unternehmungen, durch Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge zwischen verschiedenen Unternehmungen, um nur die wichtigsten der mannigfach kombinierbaren Methoden zu nennen[13]). Gewöhnlich — aber nicht immer — wird der Verwaltungs-

---

schweizerische Theoretiker, unter dem Eindruck der helvetischen Holdingflut, lehren (vgl. Saitzew, „Aktuelle Organisationsprobleme der Industrie", 1928, S. 12 f.; ferner einen eingehenden wissenschaftlichen Aufsatz in Nr. 1314, 1930, der N.Z.Z., wo eine „Begriffspräzisierung der wirtschaftlichen Organisationsformen" versucht wird). — Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die steil ansteigende Kurve der Holdinggründungen, welche die Schweiz infolge günstiger Steuergesetze und laxer Monopolbehandlung aufweist, nicht ohne weiteres als Massstab der Konzernbildung betrachtet werden darf. Die 770 Holdinggesellschaften (mit annähernd 2 Milliarden Fr. Aktienkapital), die man Ende 1928 in der Schweiz zählte, und die 203 Holdinggesellschaften (mit 817 Millionen Fr. Aktienkapital), auf welche diese Gesellschaften in der Stadt Zürich bis Ende 1929 in riesenhaftem Eiltempo angewachsen sind, sind zweifellos nicht alles Konzerninstrumente; anders z. B. die „C. F. Bally A.-G.", die „Sulzer-Unternehmungen A.-G.", die „Ebauches A.-G.", die Brown Boveri & Co., die Nestlé-Gesellschaft, oder die internationalen Gründungen: „Internationale Gesellschaft für chemische Unternehmungen A.-G.", „Chemie Trust A.-G.", „Continentale Linoleum-Union", die „Thonet-Mundus A.-G." u. a. — Zu beachten ist auch, dass die Konzern-Holdinggesellschaft nicht immer als zusammenfassende „Spitzengesellschaft" eines Konzerns erscheint, sondern auch als zwischengeschaltete Puffergesellschaft zwischen zwei Trustgebilden oder als Fangarm eines Konzentrationsgebildes, der zu Expansionszwecken dient.

[13]) Man vgl. hierzu das reichhaltige, aber aphoristisch gehaltene Buch von Friedländer, „Konzernrecht", 1927. Nicht immer durchsichtig scheint mir auch das anregende Werk von Haussmann, „Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen", 1926. Die klarste Orientierung findet man wohl auch heute bei Liefmann, a. a. O. Sehr anschaulich wird die Verwendung der Holdinggesellschaft für Konzernbildung geschildert von Saitzew, a. a. O., S. 12 ff.

einheit Ausdruck verliehen durch Gründung einer leitenden „Spitzengesellschaft"[14]).

Es gehören somit zu jedem Trust und Konzern bestimmte juristische Instrumente der Unternehmenszusammenfassung (was noch zu wenig beachtet wird). Man kann den Trust und den Konzern wirtschaftlich nicht erfassen, ohne zugleich die spezifische juristische Methode der jeweiligen Unternehmenszusammenfassung zu präzisieren[15]). Im Gegensatz hierzu eignet aber dem Kartellbegriff kein derartiges juristisches Instrument der Gebildeerzeugung. Ein juristisches Instrument gehört darum nicht zu den notwendigen Merkmalen des Kartellbegriffs, weil das Kartell überhaupt keine Zusammenfassung von Unterneh m e n[16]) ist (die eben nur juristisch ausgedrückt werden kann), sondern eine Zusammenfassung

---

[14]) Diese braucht, auch wenn sie in Form einer A.-G. oder GmbH. gegründet ist, keine Holdinggesellschaft zu sein. Will man, nach Liefmanns Vorschlag, den Ausdruck „Dachgesellschaften" auf rein administrative (nichtfinanzielle) Spitzengesellschaften einschränken, so hat man zu beachten, dass solche „Dachgesellschaften" auch bei Kartellverträgen vorkommen; so z. B. bei dem in Genf domizilierten internationalen Glühlampenkartell oder bei dem ebenfalls in der Schweiz domizilierten Asbestkartell („Internationale Asbestzement A.-G."). Der vorwiegend administrative Charakter dieser Gesellschaften ist durch verhältnismässig niedriges Kapital erkennbar.

[15]) Zum Begriff des Unternehmens vergleiche man Passow, „Betrieb, Unternehmung, Konzern", 1925. Der Unternehmensbegriff ist zuerst von C. Wieland in systematischer Weise dem Handelsrecht zugrundegelegt worden; Wieland, „Handelsrecht", Bd. I, 1921, S. 239 ff., mit starker Hervorhebung der Komplexität des Unternehmensbegriffs. Für einen „dynamisch-funktionellen" Unternehmensbegriff tritt ein: Fehr, Hd.R., 1928: „Unternehmen".

[16]) Darum ist zu verwerfen die Systematisierung Haussmanns, welcher die Kartelle unter die „Unternehmenszusammenfassungen" subsumiert, a. a. O., S. 87, 106 ff., 125 ff.; auch neuerdings in Hd.R. 1928: „Unternehmenszusammenfassungen", S. 257. Gegen die unrichtige Verkoppelung von Konzern und Kartell hat schon Egger lebhaften Einspruch erhoben; SJZ, Bd. 23, 1926/27.

von Unternehm e r n (die auch durch ausserjuristische gentlemen's agreements zustandekommen kann). Deshalb ist die Kartellbewegung nicht in demselben Sinne Konzentrationserscheinung wie die Trust- und Konzernbewegung.

Man kann dieses Ergebnis auch so ausdrücken: Trusts und Konzerne sind, ihrem Begriffe nach, wirtschaftliche Einheiten, Verwaltungseinheiten[17]). Sie sind Gebilde, in welche ein und dasselbe Unternehmen eindeutig und abschliessend eingegliedert ist. Es wird durch das Instrument der Zusammenfassung als Ganzes einer beherrschenden Leitung unterworfen, juristisch und faktisch. Diese Leitung kann dem eingegliederten Unternehmen allerdings weitestgehende Freiheit der Selbstverwaltung überlassen. Das Mass dieser Freiheit richtet sich aber im Grunde nach ihrem Belieben. Darin liegt das Moment der inneren „Beherrschung", das bei jedem Konzern und Trust gegeben ist. Umgekehrt wird durch die Kartellierung das Unternehmen niemals als Ganzes einer höheren Einheit eingegliedert; sondern nur bestimmte Richtungen der Unternehmensführung werden einer „Kartellbindung" unterworfen. So die Preisbildung (beim Preiskartell), die Geschäftsbedingungen gegenüber der Kundschaft (beim Konditionenkartell), die Produktions- oder Absatzmenge (beim Kontingentierungskartell), das Absatzgebiet (beim Gebietskartell), die Prinzipien der Preiskalkulation (beim Kalkulationskartell) usw.[18]).

---

[17]) Aber deswegen nicht eo ipso Grossunternehmungen, Gesamtunternehmen, wie sie heute vielfach definiert werden. Wird der Unterschied von Unternehmenseinheit und Unternehmenszusammenfassung nicht wenigstens begrifflich aufrechterhalten, dann lässt sich offenbar keine Lehre von den Unternehmenszusammenfassungen mehr durchführen. Gegen die Einheitslehre auch Liefmann, a. a. O., S. 277, Passow, a. a. O. S. 100 ff., Haussmann, Hd.R., a. a. O., S. 257. Anders, aber weniger klar, Friedländer, a. a. O., S. 3, Klug, a. a. O., S. 65.

[18]) Dass Kalkulations- und Konditionenverbände Kartelle darstellen können, wird bestritten. Die Verbindlichmachung von

Auch mehrere dieser Richtungen der Unternehmensführung können der Kartellbindung unterworfen sein. Aber im übrigen bleibt das Unternehmen grundsätzlich frei. Und selbst wenn es in seiner inneren Geschäftsführung einer Kontrolle unterworfen wird, so ist diese Kontrolle, als Kartellkontrolle, doch nur Mittel zur Durchführung der bestimmten und begrenzten Kartellverpflichtungen, niemals aber Ausdruck einer juristisch begründeten Beherrschung eines ganzen Unternehmens durch fremde Unternehmungen. Darum ist ein kartelliertes Unternehmen in Bezug auf nichtkartellierte Waren prinzipiell frei. Und darum kann ein und dasselbe Unternehmen in beliebig vielen Kartellen sein, wenn es beliebig viele Warenarten führt oder produziert. Einem Trust oder Konzern dagegen ist das Unternehmen, wie schon bemerkt, eindeutig und abschliessend zugeordnet (so wie das Staatengebiet dem Staate)[19]). Daher können sich zwar Konzerne und Trusts innerhalb eines Kartells bilden, oder Kartelle zwischen Konzernen zustandekommen, nicht aber Kartelle innerhalb von Konzernen und Trusts. Liegt somit das Wesen des Kartells nicht in einer Erfassung des Unternehmens durch eine höhere Einheit, so liegt es umgekehrt in einer Erfassung des Marktes durch die zusammengeschlossenen Unternehmer. Man kann demnach das Wesen von Kartell, Konzern und Trust schlagwortartig folgendermassen kennzeichnen: Bei allen drei Gebilden ist das Moment einer „Beherrschung" gegeben. Beim Kartell richtet sie sich vorwiegend nach aussen (auf den Markt). Beim Konzern richtet sie sich vorwiegend nach innen (auf die erfassten

Kalkulations- und Konditionennormen durch Unternehmerverbände hat aber wohl meistens marktregulierende und darum kartellmässige Bedeutung. Sogar blosse Qualitätsabreden können unter diesem Gesichtspunkt eine Kartellierung implizieren („Fertigungskartelle").

[19]) Dabei kann ein und dasselbe Unternehmen bei konzernmässiger Schachtelbildung allerdings in mehreren Konzernen sein; aber immer in eindeutiger Unterordnung unter eine oberste Konzerngewalt (wie das Teilstaatengebiet im Bundesstaat).

Unternehmungen). Beim Trust richtet sie sich sowohl nach innen als nach aussen[20]).

Genauer drückt man das Wesen des Kartells aber dadurch aus, dass man als Merkmal des Kartellbegriffs den Zweck monopolistischer Regulierung des Marktes verlangt[21]). Damit ist zwar gesagt, dass zum Begriff des Kartells eine gewisse Machtposition auf dem Markte gehört. Aber diese Machtposition braucht keine eigentliche Beherrschung (absolutes Monopol) zu sein, sondern ist auch dann gegeben, wenn nur ein Teil der Gegenkontrahenten (Lieferanten oder Kunden) auf Verkehr mit den Machtinhabern angewiesen oder wenn das monopolisierte Gut nur zum Teil unersetzbar ist (relatives Monopol). Jedenfalls setzt eine lebensfähige Kartellierung zwar nicht die Gesamtbeteiligung der Unternehmer voraus, aber immerhin eine Mehrheitsbeteiligung der auf dem zu regulierenden Markte konkurrierenden Unternehmermacht. — Mit dem angeführten Merkmal ist ferner gesagt, dass die Machtposition im Sinne einer Regulierung des Marktes verwendet wird, entgegen der freien Konkurrenz. Und hierdurch grenzt sich das Kartell nun erstens ab vom blossen Berufsverband der Unternehmer, der ganz allgemein die Standesinteressen der Unternehmer vertritt und höchstens Ratschläge über Konditionen-, Preis- oder Qualitätsgestaltung erteilt (stellt der Verband juristische oder moralische Verpflichtungen hierüber auf, so wird er zugleich zum Kartell). Ausserdem aber unterscheidet sich das Kartell durch das Moment der Marktregulierung noch

---

[20]) Ähnlich Haussmann, Hd.R., a. a. O., S. 257. — Mit einer anderen Schlagwortreihe lässt sich die Abgrenzung auch so bezeichnen: Im Kartell bleiben die Unternehmungen juristisch und wirtschaftlich selbständig; im Konzern bleiben sie juristisch, aber nicht wirtschaftlich selbständig; im (fusionierten) Trust werden sie sowohl juristisch als wirtschaftlich unselbständig.

[21]) Zum Begriff des Monopols vgl. man Franz Oppenheimer, „System der Soziologie", Bd. III, 1923/24, S. 475 ff. Gegen die Einführung des Monopolmerkmals in den Kartellbegriff: Tschierschky, „Kartellpolitik", 1930, S. 3.

von den Verbänden, welche eine spekulative Störung des Marktes bezwecken (Ringe zur Durchführung von corners).

Schliesslich heben sich die Kartelle der kapitalistischen Wirtschaft durch ihren rein privaten Charakter auch ab von den Zwangssyndikaten in Westeuropa und Russland[22]) und von den Zünften der vorkapitalistischen Wirtschaft, wobei gegenüber den Zünften noch das besondere Unterscheidungsmerkmal besteht, dass die Zünfte als historisch bleibende, „gewachsene" Verbände erscheinen, die Kartelle dagegen als willkürlich erzeugte und willkürlich auflösbare Vereinigungen, die oft nur ein ziemlich kurzes Leben haben.

Wir **definieren** demnach die Kartelle als private Vereinigungen selbständiger Unternehmer zur monopolistischen Regulierung des Marktes. Auch Unternehmerverbände können als Kartellparteien auftreten (namentlich bei den internationalen Kartellen).

Die angegebene Definition stimmt weitgehend mit derjenigen überein, die Liefmann in seinen grundlegenden Arbeiten gibt[23]). Nur nach zwei Richtungen sind (neben

---

[22]) Einem Zwangssyndikat verwandt war die „Genossenschaft schweizerischer Käseexportfirmen", die unter Mitwirkung des schweizer. Volkswirtschaftsdepartements zustandekam. Ihre Gründung erfolgte zwar formell frei (privatrechtlich). Aber die im Verbande zusammengeschlossenen Exporteure erhielten durch Bundesratsbeschluss vom 27. November 1915 und Departementsverfügung vom 5. September 1916 ein öffentliches Exportmonopol, so dass für die einzelnen Exportfirmen ein zwar indirekter, aber völliger Beitrittszwang gegeben war. Man vgl. dazu Lustenberger, a. a. O., S. 30 ff.

[23]) Liefmann, a. a. O., S. 9: „Unter Kartellen verstehen wir freie Vereinbarungen oder . . . Verbände zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beeinflussung des Marktes." Ich ersetze den Ausdruck „frei" durch „privat", weil infolge des starken Druckes, der bei Kartellgründungen oft ausgeübt wird und sich zur Existenzbedrohung steigern kann, manche Kartelle nichts weniger als „freie" Vereinigungen sind.

anderen, weniger wichtigen Modifikationen) Vorbehalte zu machen. Nicht zustimmen kann ich, wenn Liefmann prinzipiell nur Anbieterkartelle, nicht dagegen Einkaufsverbände als Kartelle anerkennt[24]). Der Grund soll darin liegen, dass die einkaufenden Unternehmer angeblich nicht in der Lage seien, gegenüber den Lieferanten eine Monopolstellung aufzurichten. Das ist aber eine Frage der Macht und des Vorhandenseins von Konkurrenz unter den Einkäufern, die nicht a priori entschieden werden kann. Einkäuferkartelle können daher gegebenenfalls möglich sein. Ein zweiter Vorbehalt ist nach der Richtung zu machen, dass die Kartelle nicht, mit Liefmann, auf Vereinigungen von Unternehmern derselben Art oder derselben Wirtschaftsstuie beschränkt werden dürfen. Auch die häufigen und wichtigen Ausschliesslichkeitsverträge, durch welche die Unternehmerverbände verschiedener Wirtschaftsstufen (Anbieter- und Abnehmerverbände) sich zu ausschliesslichem Verbandsverkehr zusammenschliessen, zeigen die typischen Kartellmerkmale: Auch sie sind Unternehmervereinigungen zur monopolistischen Regulierung des Marktes. Daher ist es nicht gerechtfertigt, diese für die Kartellbewegung grundlegenden Erscheinungen vom Kartellbegriff aus-

---

[24]) Ähnlich ablehnend auch Schäffer, „Kartelle und Konzerne" in: Strukturwandlungen der deutschen Volkswirtschaft, 2. Aufl., Bd. I, 1929, S. 329. Die Einkaufsverbände sind insofern allerdings keine Kartelle, als sie nur Zusammenfassung des Einkaufs erstreben zum Zwecke der Erlangung von Engrospreisen, von Rabatten, von Verbilligung der Fracht- und Lagerspesen (so namentlich die Einkaufsgenossenschaften der Handwerker und Detaillisten). Unter den Einkaufsgenossenschaften des schweizerischen Detailhandels ist hervorzuheben die „Union", schweizerische Einkaufsgesellschaft, Olten, deren Jahresumsatz (1927: 56,699,000 Fr.) den der anderen Einkaufsgenossenschaften bei weitem übertrifft. Man vgl. A. Schnurrenberger, a. a. O., S. 251, 258; ferner „Wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen" des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, 1929, S. 230.

zuschliessen, bloss darum, weil sie „vertikale" Vereinigungen sind[25]).

Dagegen sind vom Kartell zu unterscheiden die sogenannten „Zweckgemeinschaften" (wovon wiederum der, verschieden gebrauchte, aber engere, Ausdruck „Interessengemeinschaft"[26]) zu unterscheiden ist). Unter dem Ausdruck „Zweckgemeinschaft" kann man ganz allgemein die Vereinigungen von Unternehmern zusammenfassen, die weder eine konzernartige Verbindung aufweisen, noch einen monopolistischen Marktregulierungszweck. Es sind dies Vereinigungen, die zwischen mehreren selbständig bleibenden Unternehmern zustandekommen, zu reinen Rationalisierungszwecken, zur Durchführung von Spezialisierung und Typisierung der Produktion, Qualitätsnormierung und Qualitätsprüfung, Betriebsstillegung oder Betriebseinschränkung, Durchführung von Einkauf, Absatz oder Propaganda, Gewinnverteilung, Emission von Wertpapieren usw. Alle diese Vereinigungen können, soweit sie weder konzernartig noch kartellartig sind, was stets zu untersuchen ist, unter dem erwähnten Sammelnamen von den Konzernen und Kartellen unterschieden werden

II. Die Rechtsformen der Kartelle.

Die wirtschaftliche Praxis der Kartellbewegung bedient sich, soweit sie überhaupt auf Rechtsgeschäften

---

[25]) Ebenso ablehnend: Isay, „Die Reform des Kartellrechts", 1929, S. 36; Klug, a. a. O., S. 51.

[26]) Empfehlen dürfte sich, an Stelle vielfach verschwommener Definitionen, die möglichst eng gehaltene Umschreibung Liefmanns, a. a. O., S. 285. Er definiert die Interessengemeinschaft als „vertragsmässige Vereinbarung zwischen zwei oder drei, selten mehr selbständigen Unternehmern über Gewinnverteilung". Daraus zieht Liefmann, leider etwas zögernd, den richtigen Schluss, dass die Interessengemeinschaft an sich keine Konzernverbindung darstellt (S. 279), wie dies meistens fälschlich angenommen wird. Vielmehr bietet die Interessengemeinschaft bloss ein mehr oder weniger zwingendes Motiv zur Herstellung einer gleichzeitigen Konzernverbindung.

beruht (was in der Schweiz, im Gegensatz zu einigen anderen Ländern, die Regel ist), der verschiedensten Rechtsformen. Nirgends, auch nicht in Ländern mit Kartellspezialgesetzen, hat sich ein Rechtsgeschäft entwickelt, welches als eigenartige Rechtsform der Kartelle bezeichnet werden könnte. Ja, die Kartelle lassen sich nicht einmal vollständig unter das Handelsrecht subsumieren, zumal bei uns, wo sie sich mit Vorliebe der Rechtsformen der einfachen Gesellschaft oder Genossenschaft bedienen. Allerdings fallen die einzelnen Unternehmungen, die Gliedelemente der Kartelle, in das Gebiet des Handelsrechts. Nicht ebenso aber die Kartelle selbst, als Rechtsgeschäfte zwischen den Unternehmern. Wäre ein Wirtschaftsrecht, im allgemeinen Sinne des Wortes, entwickelt — neben dem Handelsrecht wären hierher zu zählen z. B. die Gebiete des Arbeitsrechts, Genossenschaftsrechts, Patentrechts —, so liessen sich selbstverständlich auch die Kartelle unter diesen Begriff des „Wirtschaftsrechts" subsumieren. Indessen ist das System des Wirtschaftsrechts einstweilen noch Postulat, und es ist daher unmöglich, den verhältnismässig präzisen Begriff des Kartells durch den weniger präzisen des Wirtschaftsrechts zu erläutern.

1.

Trotz dieser negativen Ergebnisse lässt sich für unser Recht indessen von vornherein eine allgemeine Charakterisierung der Rechtsform der Kartelle aufstellen, die von rechtssystematischer Bedeutung ist: Die Kartelle sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich als **Gesellschaften** (bezw. Korporationen) anzusehen.

Dieser Satz, der auch für Deutschland gilt, besagt keineswegs, dass Kartelle nicht in einzelnen Fällen, so z. B. bei Ausschliesslichkeitsverträgen oder bei Syndikaten (Kartellen mit gemeinsamer Verkaufsstelle) in die Form anderer Rechtsgeschäfte gegossen werden könnten. Aber solche Fälle sind Ausnahmen und setzen besondere Situationen voraus, in denen Tatbestandsmomente, die

an und für sich nicht charakteristisch für die Kartelle sind, eine Rolle spielen (wie z. B. die Aufstellung bestimmter Lieferungspflichten bei Ausschliesslichkeitsverträgen oder Syndikaten)[27]). Diese Tatbestandsmomente können dann in einzelnen Fällen in den Vordergrund geschoben werden und dazu führen, dass das ganze Kartell eine exzeptionelle, nichttypische Rechtsform erhält[28]).

---

[27]) Als mögliche Vertragstypen erscheinen der Kaufvertrag, der Kommissionsvertrag oder vor allem der Normenvertrag, der allerdings noch keine Gestaltung in der positiven Gesetzgebung gefunden hat. Man vergleiche zum Begriff des Normenvertrages die eingehenden Ausführungen von Wackernagel, „Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages", ZSR. Bd. 49, 1930.

[28]) Einen eigenartigen nichttypischen Vertrag erwähnt H. Reichel, „Einfluss des Krieges auf internationale Kartelle", ZSR. Bd. 37, 1918, S. 196: „Eine deutsche Fabrik (Breslau) und eine Schweizer Fabrik (Basel), welche das Produkt Gamma herstellten, hatten unter sich ein Absatzkartell getroffen (die Rechtsnatur dieser Vereinigung steht nicht zur Diskussion, Verf.). Da später eine französische Konkurrenz (Lyon) auftrat, die sich gleichfalls mit einem Schweizerhause (Genf) verbunden hatte, so schloss die Gruppe Breslau-Basel mit der Gruppe Lyon-Genf 1913 einen Stillegungsvertrag auf zunächst fünf Jahre ab. Lyon und Genf verpflichteten sich darin solidarisch, bestimmte Erzeugnisse, insbesondere Gamma, nicht herzustellen, feilzuhalten oder in Verkehr zu bringen, auch eine solche Tätigkeit weder mittelbar noch unmittelbar zu unterstützen. Dafür versprachen Breslau und Basel solidarisch, an Lyon und Genf als Gesamtgläubiger jährlich Fr. 100,000.— Vergütung zu zahlen." Reichel bezeichnet diesen Stillegungsvertrag als Kartell (S. 206) und stützt sich dabei auf Liefmanns Definition des Kartells. Mit Unrecht: Nach Liefmanns zutreffender Auffassung gehört ein gemeinsamer Marktregulierungszweck zum wesentlichen Inhalt des Kartells, und Liefmann bezeichnet daher die Kartelle als „Verbände" im wirtschaftlichen Sinne des Wortes. Bei dem von Reichel angeführten Vertrag wird nun freilich — nach Reichels Darstellung — eine monopolistische Marktbeherrschung erstrebt. Aber nur von einer Vertragspartei! Der Marktbeherrschungszweck ist hier nicht gemeinsamer Zweck. Er ist lediglich Element der Leistung einer Vertragspartei, wofür diese eine Geldsumme als Gegenleistung erhält — eben darum, weil sie ihrerseits nicht am Zweck der Marktbeherrschung beteiligt ist. Der Vertrag ist also

Dem Wesen des Kartells aber entspricht nur die Gesellschaftsform. Alle notwendigen Merkmale sind hierfür gegeben[29]):

Es sind beliebig viele Rechtssubjekte als Beteiligte an dem Rechtsverhältnis denkbar, in der Weise, dass jeder mit jedem (oder mit einer zentralen juristischen Person) durch die rechtsgeschäftliche Grundlage verbunden ist. Und die Anordnung dieser Beteiligten ist nicht synallagmatisch; sie beruht nicht auf einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Vielmehr ist die „Partei"-Anordnung bestimmt durch einen gemeinsamen, alle verbindenden Zweck. Die Leistungen der Einzelnen erfolgen zentripetal, nach diesem Zweckzentrum hin.

---

kein Kartellvertrag und aus demselben Grunde, aus dem er dies nicht ist, auch kein Gesellschaftsvertrag (was Reichel übrigens ebenfalls bemerkt). Da Reichel seiner Kartellstudie somit einen nichtkartellartigen Tatbestand zugrunde legt, so konnte die Beziehung zwischen Kartell- und Gesellschaftsrecht begreiflicherweise nicht geklärt werden.

An einem ähnlichen Mangel leidet, wie mir scheint, die, im übrigen äusserst scharfsinnige, Arbeit von Alfred Wieland, ZSR. Bd. 40, 1921, S. 75 ff. Wieland legt zunächst Beispiele von Unternehmervereinigungen zugrunde, die, wie er selbst sagt, „keinen kartell-, d. h. keinen monopolartigen Zweck verfolgen" (S. 97). Im folgenden betrachtet Wieland nur den ganz speziellen und für die Schweiz nicht belangvollen Typus des Kontingentierungskartells mit Verkaufsstelle (Syndikat). Hieraus entsteht dann begreiflicherweise der Eindruck, als ob die Kartelle sich des Kaufvertrages als einer der Sache entsprechenden, typischen Rechtsform bedienen könnten (S. 114 f., 117), was für die überwiegende Mehrzahl der Kartelle nicht in Betracht kommt.

[29]) Ähnlich auch Zölly, a. a. O., S. 58 ff. — Diese Auffassung ist heute, nach langjährigen Bemühungen des Kartelljuristen Flechtheim, in Deutschland zur herrschenden geworden. Man vgl. Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle", 2. Aufl. 1923, S. 22 ff. Dagegen vor allem C. Wieland, a. a. O., S. 455 ff.; die Gegenargumente Wielands sind im Text ausführlich behandelt. — Auch das Bundesgericht hat, im „Zigaretten-Prozess" (BGE Bd. 52 II 370), das Kartell als einfache Gesellschaft bezeichnet.

Der wesentliche Zweck nun, der im Rechtsgeschäft stets enthalten ist, ist die kartellmässige Beeinflussung des Marktes. Ohne diesen Zweck ist kein Kartell denkbar. Ihm gegenüber stellt die individuelle Absicht aller Kartellmitglieder, ihre Unternehmenserträge zu steigern, die innere psychologische Triebkraft dar; sie ist das Motiv der Kartellbildung. Aber allerdings ein Motiv, das bei der Auslegung des Kartellzwecks stets berücksichtigt werden muss, weil nur so erkennbar ist, in welchem Sinne der Zweck der kartellmässigen Marktbeeinflussung vereinbart ist. Damit ist zugleich gesagt, dass der juristische Bestand eines Kartells abhängt davon, dass der erstrebte Marktregulierungszweck noch irgendwie erreichbar ist. Wird der Zweck wegen wesentlicher Umgestaltung der Verhältnisse (Vertragsverletzungen, Austritte, Aussenseitergründungen) unerreichbar, dann tritt, entsprechend den Normen des Gesellschafts- oder Korporationsrechts, Auflösung des Kartells ein[30]).

Der typische Kartellzweck ist also nichts rein Negatives: Er geht auf Bewirkung einer bestimmten Kartellpolitik, auf systematische Gestaltung des Marktes, auf Regulierung der Konkurrenz. Negativer Art sind dagegen die grundlegenden Mittel, die zur Erreichung dieses Kartellzwecks angewendet werden. Diese Mittel bestehen in kollektiv durchgeführten Einzelunterlassungen: Unterlassung niedrigerer Preisofferte, günstigerer Konditionengewährung, grösserer Produktions- und Absatzquanten, Unterlassung der Belieferung von Aussenseitern, von verbotenen Absatzgebieten usw. Diese Unterlassungen sind niemals als Selbstzweck gedacht, sondern stets als blosse Mittel, die mit dem Kartellzweck oder gar mit der Kartellwirkung nicht zusammenfallen. Für sie werden Unterlassungspflichten aufgestellt. Und diese Unterlassungspflichten charakterisieren sich

[30]) OR Art. 545, Ziff. 1. So auch die Praxis; man vgl. Schärer a. a. O., S. 119; Zölly a. a. O., S. 76. Man vgl. ferner Egger, Kommentar, 2. Aufl., N. 1 zu ZGB Art. 76.

nun als Beiträge der Kartellmitglieder oder als Mitgliedschaftspflichten (bei korporativer Gestaltung).

Mit Recht hat man bemerkt, dass hier in der Tat ein negatives Element vorliegt, welches für jedes Kartell typisch ist. Auch dort, wo finanzielle Beitragspflichten zur Speisung einer gemeinsamen Kartellkasse bestehen oder Lieferungspflichten gegenüber einer gemeinsamen Verkaufsstelle, liegt doch der Schwerpunkt des Kartells in der Innehaltung der Unterlassungspflichten.

Daraus folgt aber nicht die Unvereinbarkeit des Kartelltatbestands mit dem Gesellschaftsbegriff. Gewiss ist es juristisch möglich, dass ein Kartellmitglied die Wirtschaftstätigkeit ganz aufgibt, ja sogar dass (in Kontingentierungskartellen) der eine Kartellgenosse dem anderen für Betriebsstillegung eine Entschädigung bezahlt, um sein Kontingent, seine „Beteiligungsziffer", zu erwerben. Allein, in der Regel scheidet ein Kartellmitglied, welches die Wirtschaftstätigkeit der Kartellbranche völlig aufgegeben hat, aus dem Kartell aus. Bleibt ein solcher passiver Unternehmer gleichwohl im Kartell, was bei Kontingentierungskartellen vorkommt, dann bezieht er in der Regel eine dauernde Entschädigung für die Nichtführung des Betriebs und bleibt — in einer allerdings anormalen Weise — am Kartellzweck beteiligt, der für ihn in diesem Falle aufhört, „gemeinsamer Zweck" in dem für die Kartelle charakteristischen Sinne zu sein. Das spezielle Verhältnis charakterisiert sich dann als gesellschaftsähnliches Verhältnis. Früher oder später wird diese Anomalie zum Ausscheiden des „passiven" Kartellmitglieds oder zur Wiederaufnahme seiner Wirtschaftstätigkeit führen.

Gerade aus solchen Anomalien wird aber um so deutlicher ersichtlich, dass die normalen Kartellunterlassungen die typische Anordnung von Beiträgen der Gesellschafter zu einem gemeinsamen Gesellschaftszweck haben. Daher wäre es eine äusserst formalistische Auslegung des Gesetzes, wenn man aus Artikel 531, Abs. 1 des OR schliessen

wollte, dass Kartelle keine einfachen Gesellschaften darstellen. Nach Art. 531, Abs. 1 hat „jeder Gesellschafter . . . einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit". Diese Aufzählung ist indessen exemplifizierend[31]). Sie enumeriert Beiträge, an denen der Beitragscharakter besonders deutlich erkennbar ist. Auch eine Erfinderidee, die Zurverfügungstellung des Namens oder Kredits können daher Gesellschafterbeiträge darstellen[32]). Das geht schon daraus hervor, dass nach Art. 62 des ZGB „ideale Vereine", denen, wegen eines Mangels der Statuten, die Persönlichkeit nicht zukommt, „den einfachen Gesellschaften gleichgestellt" sind[33]), womit einfache Gesellschaften möglich werden, die nicht notwendig Beiträge von der in Art. 531, Abs. 1 aufgezählten Art aufweisen. Aber auch abgesehen hiervon, ist gar kein legislativer Grund ersichtlich, Beiträge von der Art der Kartellpflichten vom Gesellschaftsbegriff auszuschliessen und diesen Begriff willkürlich so zu fassen, dass zahlreiche wichtige Tatbestände als „gesellschaftsähnlich" bezeichnet werden müssen, um dann doch nach Gesellschaftsrecht beurteilt zu werden[34]). Das ist eine unzweckmässige Methode der Gesetzesinterpretation, die um so mehr zu verwerfen ist, als der Wortlaut des Gesetzes sie keineswegs notwendig macht. Will man überhaupt Unterlassungen als Gesellschaftsbei-

---

[31]) Ebenso P. Speiser, „Die Kapitaleinlage der Kollektivgesellschafter", ZSR. Bd. 31, 1890, S. 327, 332; Hafner, „Das Schweizerische Obligationenrecht", 2. Aufl., 1905, § 524, N. 5; anders Zeller, Kommentar 1915, N. 1 zu Art. 531 OR.

[32]) BGE 39 II 749; Rossel, „Manuel du droit fédéral des obligations", I, 4. Aufl., S. 625.

[33]) Man vergleiche auch Egger, Komm. N. 25 zu Art. 59.

[34]) Anders Schärer, a. a. O., S. 55, wo der lose Kartellvertrag als „Quasigesellschaft" bezeichnet wird; dagegen betrachtet Schärer das organisierte Kartell als einfache Gesellschaft (S. 57). Beim organisierten Kartell tritt indessen der allen Kartellen gemeinsame Grundtypus der Kartellvereinigung nur besonders deutlich zu Tage. Auf diesen Grundtypus muss sich die Charakterisierung der Rechtsform in einheitlicher Weise beziehen.

träge ausschliessen, dann darf dies offenbar nur insofern geschehen, als der Beitragscharakter bei einer Unterlassung undeutlich wird. Wo aber die Unterlassungen Elemente einer Kooperation, einer systematischen gemeinsamen Gestaltungstendenz sind, wie beim Kartell, und wo mit diesen kooperativen Unterlassungen zugleich der Einsatz der wirtschaftlichen Persönlichkeit in eine solidarische Kampfposition eingebracht wird, da wäre es gewiss unnatürlich, den Gesellschaftscharakter des sozialen Gebildes zu verneinen[35]). Die Gesellschaftsnatur der Kartelle ist also allerdings nicht durch die finanziellen Beiträge[36]) der Kartellmitglieder begründet. Solche Beiträge können auch fehlen. Kommen sie aber vor, so sind sie immerhin ein Ausdruck mehr dafür, dass Kartelle Vereinigungen „zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln" sind (Art. 530 des OR).

Schliesslich liegt eine Besonderheit des Kartells darin, dass dieses sehr oft keine Vermögensgemeinschaft darstellt. In vielen Fällen wird zwar eine Kasse gehalten zur Entschädigung der Kontrollorgane, zur Durchführung von Unterstützungen, Kampfmassnahmen usw. Diese Kasse wird dann durch Beiträge, Bussen, Abzüge bei Warenlieferungen u. dgl. unterhalten. Aber sie ist doch stets blosses Mittel zum Zweck und kann, wie gesagt, auch fehlen. Auch dies ist indessen kein Hindernis für die Subsumtion des Kartells unter den Gesellschaftsbegriff[37]). Denn dass die Gesellschaft des schweizerischen Rechts nicht notwendig Vermögensgemeinschaft ist, das geht wiederum aus Art. 62 des ZGB hervor; im übrigen folgt diese Konsequenz schon daraus, dass Gründerkonsortien und ähnliche Gelegenheitsvereinigungen als einfache Gesell-

---

[35]) Ähnlich Zölly, a. a. O., S. 68.

[36]) Ebenso C. Wieland, a. a. O., S. 457.

[37]) BGE 43 II 194, 197; ebenso Zölly, a. a. O., S. 69; Schärer, a. a. O., S. 53. Gemeinsamer Vermögensbesitz ist höchstens ein Naturale, kein Essentiale des schweizerischen Gesellschaftsbegriffs; anders Reichel, a. a. O., S. 207, aber wohl unzutreffend.

schaften beurteilt werden. Daran ändert auch Art. 532 des OR nichts, da diese Gesetzesbestimmung hypothetisch den Fall regelt, wo überhaupt Gewinn gemacht wird[38]). Wollte man überhaupt ein Vermögensmerkmal für die einfache Gesellschaft fordern, so dürfte dieses Merkmal wohl nur darin bestehen, dass ein Vermögenswert des Gesellschaftszwecks für die Gesellschafter verlangt würde. Ein solcher Vermögenswert ist beim Kartell in der Tat gegeben; er zeigt sich oft in einer Kurssteigerung der Papiere der kartellierten Unternehmungen.

Immerhin sind die Kartelle keine Erwerbsgesellschaften. Erwerbsgesellschaften sind nur die beteiligten Unternehmen (sofern sie Gesellschaften sind); und ferner beruht das Motiv der Kartellgründung auf dem Erwerbsstreben der einzelnen Kartellmitglieder. Aber das Kartell selbst ist keine Erwerbsgesellschaft; es verfolgt keine eigene Erwerbstendenz. Es verfolgt eine Gestaltungstendenz (nach aussen) und einen Förderungszweck (nach innen), so dass es nach aussen die kapitalistischen Züge eines Marktbeherrschungsinstruments trägt, nach innen die genossenschaftlichen Züge einer Förderungsgemeinschaft. Ein zwieschlächtiges Gebilde! Dies bringt es mit sich, dass in Frankreich und Italien die Kartelle vom engeren Gesellschaftsrecht ausgeschlossen sind[39]). Der moderne romanische Gesellschaftsbegriff verlangt — im Gegensatz zum Gesellschaftsbegriff des germanischen Rechtskreises — Gewinnzweck und Gewinnverteilungszweck als Essentiale.

---

[38]) Gewinnzweck ist keinesfalls ein notwendiges Merkmal des Gesellschaftsbegriffs; Zeller, Komm., N. 5 zu Art. 530.

[39]) Mazeaud, „Die rechtliche Behandlung der Unternehmenszusammenfassungen in Frankreich", 1927, S. 19 ff.; die Einschränkung gilt auch für die 1925 eingeführte GmbH. — De Sanctis, „Das Recht der Kartelle und anderen Unternehmenszusammenfassungen in Italien", 1928, S. 13, 55 ff. (der Verfasser sucht die Konsequenzen hieraus mehrfach zu umgehen). Wolff, a. a. O. S. 35 f.

2.

Im übrigen bestehen unter den verschiedenen Gesellschaftsformen ziemlich reiche Auswahlsmöglichkeiten für die Kartelle, wobei vor allem die Fragen der Kartellbindung und der Publizität die Wahl bestimmen. Da, mangels einer speziellen Kartellgesetzgebung in der Schweiz, keine generellen Formerfordernisse für die Kartelle aufgestellt sind, so richten sich die Formerfordernisse nach dem jeweils anwendbaren Gesellschaftsrecht. Das Kartellgeschäft wird aber üblicherweise, auch wo kein Zwang hierzu besteht, schriftlich abgefasst, was der Wichtigkeit der aufgestellten Verpflichtungen wohl allein entspricht.

a) Kartelle, die sich nicht ausdrücklich einer anderen Rechtsform unterstellt haben, sind im schweizerischen Recht normalerweise als **einfache Gesellschaften** zu betrachten. Sie unterstehen, auch wenn eine korporative Organisation mit schriftlichen Statuten vorliegt, nicht dem Vereinsrecht. Denn obwohl das Kartell keine Erwerbsgesellschaft ist, so ist sein Zweck doch kein idealer im Sinne von Art. 60, Abs. 1 des ZGB, sondern ein wirtschaftlicher, im Sinne von ZGB Art. 59, Abs. 2[40]). Das Kartell steht daher „unter den Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften" (ZGB Art. 59, Abs. 2), ohne dass andererseits eine Pflicht zur Registereintragung besteht, weil das Kartell in der Regel kein „nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe" betreibt (ZGB Art. 61, Abs. 2). Wenn das Kartell sich daher nicht als Genossenschaft ins Handelsregister eintragen lässt, so ist es, gemäss Art. 59, Abs. 2, als einfache Gesellschaft zu betrachten.

Anders verhält es sich mit den Unternehmervereinigungen, die als Berufsverbände erscheinen. Der Berufsverband vertritt die allgemeinen Standesinteressen der

---

[40]) Diese Auffassung gilt wohl unbestritten. Man vergleiche Zölly, a. a. O., S. 80; Schärer, a. a. O., S. 64 f.; A. Wieland, a. a. O., S. 91; Egger, Komm., N. 6 zu Art. 60.

Unternehmer und kann sich daher, ähnlich wie die Gewerkschaften, als idealer Verein, im Sinne des Zivilgesetzbuches, konstituieren; er erhält ohne Registereintrag juristische Persönlichkeit[41]). Und sofern der Berufsverband zugleich noch Kartellierung vorsieht, so gilt er dennoch als idealer Verein, wenn der Kartellzweck nicht alleiniger Hauptzweck ist[42]). Als bloss koordinierter Hauptzweck kann der Kartellzweck des Berufsverbandes gegebenenfalls erscheinen bei Kartellierungen niedrigerer Stufe (Konditionen-, Kalkulations- und wohl auch Preiskartell). Dagegen sind Kartellierungen höherer Ordnung, wie z. B. die Produktionskontingentierungskartelle, nicht vereinbar mit der Annahme eines idealen Hauptzwecks, da die höheren Kartellformen allzutief in die wirtschaftliche Sphäre der Kartellmitglieder eingreifen[43]).

Die verhältnismässig grosse Freiheit der Gestaltung, die den Berufsverbänden zur Verfügung steht, findet eine innere Schranke darin, dass der Kartellierungszweck in den Statuten umschrieben sein muss, um für die Mitglieder Verbindlichkeiten zu begründen. Den Mitgliedern eines Berufsverbandes, die dem Kartellierungszweck nicht zu-

---

[41]) Egger, Komm., N. 11 zu Art. 60.

[42]) Egger, Komm., N. 9 zu Art. 60; etwas enger Hafter, Komm. 2. Aufl., N. 11 zu Art. 60. Es scheint mir unzweckmässig, bei mehreren koordinierten, aber zusammengehörigen Hauptzwecken (worunter wirtschaftliche) dem Verband die juristische Persönlichkeit abzusprechen oder neben dem idealen Verein noch eine gleichzeitige einfache Gesellschaft anzunehmen. Das führt zu unklaren rechtlichen Verhältnissen, insbesondere auch dann, wenn die wirtschaftlichen Zwecke später hinzutreten. Kein idealer Verein liegt dagegen vor, wenn der ideale Zweck als ein Hauptzweck nur vorgetäuscht wird. Verfolgt der Verband selbständig neben dem idealen Zweck eine ausgesprochen wirtschaftliche Tätigkeit, dann spaltet sich das Gebilde in einen Verein einerseits und eine Gesellschaft (bzw. Genossenschaft) andererseits; BGE Bd. 48 II 170.

[43]) Zur Einteilung der Kartelle in „niedrige" und „höhere" vgl. man Liefmann, a. a. O., S. 41 f.

gestimmt haben, dürfen keine Kartellnormen durch Organakte auferlegt werden[44]).

Sieht man von diesen Fällen ab, wo die Kartellierung im Schosse eines Berufsverbandes zustandekommt, und ferner von den erwähnten selteneren Fällen, wo der Kartelltatbestand eine aussergesellschaftliche Rechtsform zulässt, dann gilt der schon ausgesprochene Satz, dass alle Kartelle, die sich nicht einer qualifizierten Rechtsform unterstellen, als einfache Gesellschaften zu gelten haben[45]). Sie treten oft in korporativer Organisation auf, mit schriftlicher „Satzung" und mit „Organen" („Vorstand", „Kartelleiter", „Mitgliederversammlungen"), welche Verwaltung und Kontrolle ausüben, über Neuaufnahmen und Änderungen des Vertrages oder der Reglemente beschliessen, Modifikationen der Kartellpreise, Konditionen, Kontingente usw. festsetzen. Alle diese Kompetenzen können auf Grund der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit vorgesehen werden[46]). Selbstverständlich

---

[44]) BGE Bd. 52 II 380; man vgl. auch Bd. 52 II 178. Anders, aber nicht unbedenklich, die frühere Rechtsprechung: BGE Bd. 36 II 560.

[45]) Ebenso Zölly, a. a. O., S. 191; anders, aber weniger klar, Rossel, a. a. O., S. 624.

[46]) Für das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung ist Einstimmigkeit gesetzlich präsumiert (OR Art. 534, Abs. 1). Sind Mehrheitsbeschlüsse im „Statut" vorgesehen, so gilt für sie vermutungsweise ein Stimmrecht nach Köpfen (OR Art. 534, Abs. 2). Doch ist diese Bestimmung nicht zwingend; es kann daher ein nach Kapitaleinlagen (Unternehmensgrösse) abgestuftes Stimmrecht festgesetzt werden. Man vgl. Zeller, Komm., N. 2 zu Art. 534. — Der Vertrag kann auch vorsehen, dass die Dauer des Kartells durch Mehrheitsbeschlüsse der Versammlung oder des Vorstandes verlängert werden kann (BGE Bd. 19, S. 279 f.); doch kann eine derartige Verlängerung gegebenenfalls ein ausserordentliches Austrittsrecht aus wichtigem Grunde erzeugen, in sinngemässer Anwendung von Art. 545. Entsprechend kann sich der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch inhaltlichen Modifikationen der Verpflichtungen durch Mehrheitsbeschlüsse oder Entscheidungen der Geschäftsleitung unterwerfen; ausgenommen hiervon ist nur die Umwandlung des Gesellschaftszweckes (Änderung der Kar-

aber erhalten derart korporativ organisierte Kartelle („nichteingetragene Genossenschaften") keine juristische Persönlichkeit. Sie können daher, obwohl sie sich in Verträgen oft als Vertragsparteien bezeichnen, nicht als Verbände am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen. Durch die Handlungen der geschäftsführenden „Organe" werden vielmehr die einzelnen Kartellmitglieder, nach Stellvertretungsregeln, verpflichtet (OR Art. 543, Abs. 2 und 3.) Und auch die Kartellbindung bestimmt sich nach den Regeln der einfachen Gesellschaft, so dass bei unbestimmter Dauer des Vertrages die sechsmonatliche Kündigungsfrist des Art. 546 OR gilt, andererseits aber auch die Möglichkeit besteht, den Vertrag auf eine längere Reihe von Jahren fest abzuschliessen, womit die vorzeitige Austrittsmöglichkeit auf den Fall wichtiger Gründe (OR Art. 545) beschränkt wird[47]). Trotz dieser Subsumtion unter die Regeln der einfachen Gesellschaft hat die korporative Organisation des Kartells aber juristische Wirkungen: Die Existenz des Kartells wird (falls nicht etwa das Gegenteil ausdrücklich vorgesehen ist), entsprechend dem Sinne der korporativen Vertragsgestaltung, unabhängig von Mitgliederwechsel, ähnlich wie dies bei der Genossen-

---

tellart). Auch über Neuaufnahmen kann mehrheitlich beschlossen werden, da OR Art. 542, Abs. 1, dispositiver Natur ist; Zeller, Komm., N. 1 zu Art. 542.

Diese Lösungen ergeben sich übrigens als unmittelbare Konsequenz daraus, dass ideale Vereine, denen aus formellen Gründen die juristische Persönlichkeit fehlt, den einfachen Gesellschaften gleichgestellt sind.

[47]) Keinesfalls dürfen für die Frage der Kartellbindung hier die Normen des Vereins- oder Genossenschaftsrechts zur Anwendung kommen; anders, wie es scheint, Egger, Komm., N. 4 zu Art. 62. Die wichtige Frage der Lösung der Kartellbindung darf den im Gesetze enthaltenen Normen nicht entzogen sein; das hätte eine zu grosse Unsicherheit des Kartellrechts zur Folge. Was den Umstand anbelangt, dass der Einzelne in der nichteingetragenen Genossenschaft einer weitgehenden „Verbandsgewalt" unterworfen sein kann, so bietet hier die mögliche Ausscheidung (oder Auflösung) aus wichtigen Gründen die notwendige Korrektur.

schaft der Fall ist. Bei Neueintritten und Einzelaustritten bleibt daher der alte Gesellschaftsvertrag, das alte „Statut", aufrechterhalten[48]). Obwohl das Gesetz eine derartige Unabhängigkeit des Gesellschaftsvertrages vom Eintritt und Austritt nicht ausdrücklich zulässt (sondern in Art. 545, Ziff. 2 des OR lediglich für den Fall des Todes vorsieht), können auch nichtkorporative Kartelle diese Unabhängigkeit vorsehen. Ein dahingehender Wille darf aber bei nichtorganisierten Kartellen nicht allgemein präsumiert werden. — Scharf zu unterscheiden von diesen Fragen ist natürlich der schon erwähnte Fall, wo der Kartellzweck durch zahlreiche oder schwerwiegende Austritte unerreichbar wird.

b) Während die Rechtsform der einfachen Gesellschaft keinerlei Publizität erfordert und, wie wir sahen, eine mehrjährige Bindung zulässt, setzt die **Genossenschaft** Registereintrag und Publikation[49]) voraus und beschränkt die Bindungsmöglichkeit zeitlich sehr stark. Nach der Bestimmung von OR 684, Abs. 1 ist der Austritt aus der Genossenschaft frei und kann mit einer vierwöchentlichen Kündigungsfrist auf Ende des „Geschäftsjahres" geltend gemacht werden. Da „ein statutarisches Verbot

---

[48]) Egger, Komm., N. 4 zu Art. 62; Schärer, a. a. O., S. 72f.; anders Zölly, a. a. O., S. 76f.; Zeller, Komm., N. 1 zu Art. 545. Aber diese abweichende Auffassung wird dem Tatbestand nicht gerecht. Dass eine Gesellschaft, bei der weder ein Gläubigerinteresse noch ein Interesse der Gesellschafter an Liquidierung besteht, ihre Unabhängigkeit vom Gesellschafterwechsel nicht vorsehen könne, das ist eine Auffassung, die so unpraktisch ist, dass sie (mangels einer entgegenstehenden Bestimmung), nicht als Sinn des Gesetzes gelten kann. Hinsichtlich des Ausscheidens einzelner Gesellschafter gilt die für die Kollektivgesellschaft formulierte Regel (OR Art. 575) per analogiam auch bei einfachen Gesellschaften; man vgl. die ausdrückliche Regel BGB § 736. Ebenso kann die Unabhängigkeit des Gesellschaftsvertrages gegenüber Neueintritten vorgesehen werden. Diese Erkenntnis setzt sich neuerdings in Deutschland folgerichtig durch; man vgl. Planck, Komm. 4. Aufl., 1928, N. 2 zu § 736.

[49]) OR Art. 678, 681.

des Austritts oder ein vertragsmässiger Verzicht", nach Absatz 2 des Artikels, ungültig ist, so müsste diese Frist, gemäss dem Wortlaut des Gesetzes, als maximal betrachtet und der Vorbehalt zugunsten der Statuten, den Absatz 3 macht, auf Verkürzungen der Kündigungsfristen eingeschränkt werden. Indessen gestattet die Praxis des Bundesgerichts eine statutarische Austrittserschwerung durch „Aufstellung einer angemessenen Kündigungsfrist"[50]. So wurde z. B. eine zweijährige Kündigungsfrist nicht beanstandet[51]. Da aber die Praxis noch ein sofortiges Austrittsrecht aus wichtigen Gründen[52] ausgebildet hat, so erscheinen die Bindungsmöglichkeiten bei der Rechtsform der Genossenschaft als sehr begrenzte und wenig sichere.

Die Publizität der Genossenschaftsform erstreckt sich vor allem auf den Zweck der Genossenschaft, ferner auf die Organisation, auf die Art und Grösse der Beiträge und die Namen der Vorstandsmitglieder (OR Art. 680, 681). Die Namen der übrigen Kartellmitglieder müssen der Registerbehörde nicht bekanntgegeben werden, da die persönliche Haftbarkeit der Genossenschafter meistens ausgeschlossen wird (OR Art. 702). Auch die Präzisierung der Kartellpflichten selbst ist von der Publikation aus-

---

[50]) Praxis, Bd. 9, S. 59; man vgl. auch Rossel, a. a. O., Bd. 2, 2. A., 1920, S. 173; ferner BGE Bd. 55 II 125. Zugelassen sind durch die Praxis auch Austrittserschwerungen, die „durch den Genossenschaftszweck geradezu vorausgesetzt" sind. Für die Kartelle kommen diese Erschwerungsmöglichkeiten, nach dem Stande der Praxis, aber nicht in Betracht. Man vgl. BGE Bd. 45 II 658; 55 II 131.

[51]) BGE Bd. 42 II 156 ff. Mit dem Austritt erlöschen die persönlichen Unterlassungspflichten; höchstens fällige Konventionalstrafen, finanzielle Beiträge und dergleichen bleiben bestehen; gegebenenfalls auch kartellartige Lieferungspflichten, aber nur in ziemlich engen Grenzen. Man vgl. Eugen Huber, „Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft", ZSR. Bd. 40, 1921, S. 5 ff., insbesondere S. 29 f.

[52]) Man vgl. Egger, „Revision des Genossenschaftsrechtes", ZSR. Bd. 41, 1922, S. 173 a.

genommen, wenn sie durch Organakte erfolgt oder in einer „Geschäftsordnung" oder einem „Reglement" enthalten ist[53]).

Im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft gewährt die Genossenschaft dem Kartell juristische Persönlichkeit. Damit ist nicht nur die Möglichkeit gegeben, das Kartell als solches in den Rechtsgeschäftsverkehr einzuführen. Sondern auch im Innern ist der individualistische Charakter, welcher selbst der korporativ organisierten einfachen Gesellschaft anhaftet, durch eine eindeutig kollektive und zudem elastische Organisation ersetzt, die dem Wesen der meisten Kartelle besser entspricht, zumal diese nach innen als Förderungsgemeinschaften erscheinen. Darum haben sich die meisten Kartelle in der Schweiz als Genossenschaften konstituiert, trotz der engen Schranken der möglichen Bindung (worüber sich manche Kartellstatuten übrigens in seltsamer Weise „hinwegzusetzen" suchen).

Diese Bevorzugung der Genossenschaft wird sich vermutlich steigern nach der Revision des Obligationenrechtes[54]). Manche Kartelle haben die zu knappe Kündigungsfrist des Artikels 684 gescheut. Und hier bringt nun der bundesrätliche Entwurf (E III), von einem Extrem ins andere fallend, äusserst radikale Änderungen, die vor allem für die landwirtschaftlichen Organisationen gedacht sind, aber zugleich für die Kartellierung eine scharfe und gefährliche Waffe schaffen. Zunächst ist die präsumtive Kündigungsfrist so gehalten, dass die Kündigung nicht mehr 4 Wochen, sondern ein Jahr im voraus auf Ende des Geschäftsjahres erfolgen muss (833). Überdies aber

---

[53]) Zölly, a. a. O., S. 102 f.

[54]) Über die Genossenschaft des Entwurfes vgl. man Haab, ZBJV. Bd. 62, S. 161 ff.; ferner Egger, ZSR. Bd. 41, S. 107a ff. Nicht ganz zutreffend äussert sich die Botschaft des Bundesrates, S. 70, über die Beziehung zwischen Genossenschaft und Kartell („Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizer. Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928").

wird den Genossenschaften die Möglichkeit geboten, den Austritt statutarisch oder durch vertraglichen Verzicht für zehn Jahre maximal völlig auszuschliessen (832, Abs. 1)[55]) und zudem unter gewissen Voraussetzungen den Austritt an eine statutarische Auslösungssumme zu knüpfen (Art. 831, Abs. 3), was allerdings schon durch die neueste Praxis des Bundesgerichts in bescheidenerem Masse bewilligt wird[56]). Als Korrelat dieser weitreichenden Unterwerfung unter die genossenschaftliche Kollektivmacht ist eine ausserordentliche richterliche Austrittsbewilligung aus wichtigen Gründen vorgesehen (832, Abs. 2). Aber der Entwurf enthält die unverständliche und unannehmbare Bestimmung, dass selbst bei richterlicher Bewilligung des Austritts die Bezahlung der Auslösungssumme vorbehalten bleibt, womit dieses unentbehrliche Sicherheitsventil zugleich wieder verstopft wird (832, Abs. 2)[57]). Kartellrechtlich von grosser Bedeu-

---

[55]) Die zehnjährige Frist ist in der Expertenkommission bei Stimmengleichheit durch Stichentscheid des Vorsitzenden angenommen worden; Bedenken wurden in der Diskussion insbesondere mit Rücksicht auf die starke Ausdehnung der Kartellbindung geäussert („Protokoll der Expertenkommission", 1928, S. 578 ff.). Zu beachten ist, dass die Steigerung der Bindung Hand in Hand (!) geht mit einer nicht unbedeutenden Verringerung der Publizität: Art und Mass der Kartellbindung können der Kenntnis der Öffentlichkeit vollständig entzogen werden (825, Abs. 2). Diese Verringerung der Publizität widerspricht in krasser Weise der wachsenden Bedeutung des Kartellwesens und allen modernen Anforderungen an Publizität der grossen wirtschaftlichen Vorgänge. (Man vergl. z. B. die Publizitätsforderung in der Kartellresolution der Genfer Weltwirtschaftskonferenz von 1927.) Ähnliche Rückschläge sind auch im Aktienrecht des Entwurfes zu verzeichnen.

[56]) Die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts hat im Mai 1930, in Gutheissung einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde der Milchgenossenschaft Aarburg, das eidgenössische Handelsregisteramt angewiesen, die statutarische Bestimmung von Austrittsgebühren einzutragen.

[57]) Bei der jetzigen Fassung des Entwurfes wird die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass die Genossenschaften sogar nach

tung ist schliesslich Art. 839: Er sieht die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft verdinglicht wird durch Grundbucheintrag (Vormerkung nach ZGB 959). Demnach kann die Kartellmitgliedschaft auf die Grundstücke der Kartellunternehmungen radiziert werden, was bisher weder in der Form der Grunddienstbarkeit noch der Grundlast möglich war. Auch in dieser Hinsicht führt also der Entwurf zu einer Ära intensivster Steigerung der Kartellbindung. Daher ist es unerlässlich, dass das in Art. 828 nunmehr vorgesehene Prinzip der „offenen Tür" beibehalten oder noch verstärkt und klarer formuliert wird. Überdies liegt hier eine wichtige Aufgabe der Gerichte, einer zunftmässigen Erstarrung des Kartellwesens vorzubeugen; denn schon heute machen sich Tendenzen zu fester Abriegelung ganzer Gewerbe bemerkbar[58]).

c) Mit der Revision des Obligationenrechts wird ferner die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung,** welche im deutschen Kartellrecht eine hervorragende Rolle spielt, in den Kreis der Kartellrechtsformen einrücken[59]). Diese gegen die Jahrhundertwende in Deutschland entstandene und seither weitverbreitete Gesellschaftsform stellt eine Mittelstufe dar zwischen den „kollektivistischen" und „individualistischen" Gesellschaften. Ihre Tendenz neigt

---

Ablauf der Austrittsverzichtsfristen den Austritt noch durch auferlegte Auflösungssummen sperren. Diese kumulative Aufpfropfung der indirekten Bindung auf den an sich schon bedeutenden Austrittsverzicht sollte unter allen Umständen verboten werden, wenn der Entwurf nicht geradezu die starrste Monopolbildung fördern will.

[58]) Man vgl. hierzu Egger, ZSR. Bd. 41, S. 169a ff., insbesondere S. 170a. Leider ist die von Egger aufgestellte Formulierung des Prinzips der offenen Tür nicht in den Entwurf aufgenommen worden. Die starke Entwicklung des ausschliesslichen Verbandsverkehrs legt es den Gerichten nahe, ganz allgemein ein vernünftig umgrenztes Eintrittsrecht in kartellartige Verbände, welche in exklusivem Wirtschaftsverkehr stehen, auszubilden.

[59]) Man vgl. zur GmbH. des Entwurfs: Haab, a. a. O., S. 145 ff.

im schweizerischen Entwurf stark zur „individualistischen" Kollektivgesellschaft (offene Handelsgesellschaft) — nicht zur kollektivistischen Aktiengesellschaft, wie im deutschen Recht. Infolge dieser persönlicheren Gestaltung sieht der Entwurf denn auch ohne weiteres die Möglichkeit vor, dass der Richter aus wichtigen Gründen (die auch rein persönlicher Natur sein können) die Gesellschaft auflöst oder, auf Antrag der übrigen Gesellschafter, eine Einzelausscheidung des klagenden Gesellschafters herbeiführt (Art. 809, Ziff. 3, 811, Abs. 2). Da die GmbH. im übrigen unkündbar ist, so wäre mit diesem ausserordentlichen Auflösungsrecht (bzw. Ausscheidungsrecht) ein wichtiges Postulat des Kartellrechts erfüllt, das vor Erlass der Kartellverordnung (1923) in Deutschland schon lange geltend gemacht wurde[60]). Die GmbH. bleibt aber auch in dieser gemässigten Gestalt ein ausserordentlich einschneidendes Instrument der Kartellierung, das von den Beteiligten wie den Behörden nur mit grösster Umsicht gehandhabt werden darf. Die Bedeutung der GmbH. wird wohl am klarsten werden, wenn wir die kartellrechtlich wesentlichen Unterschiede der projektierten GmbH. von anderen Gesellschaftsformen hervorheben:

Die GmbH. unterscheidet sich zunächst von der einfachen Gesellschaft vor allem durch ihre Unkündbarkeit.

Von der Kollektivgesellschaft wird die GmbH. sich dadurch unterscheiden, dass sie dem Kartell juristische Persönlichkeit verleiht, dass sie, auch in ihrer regulären Gestalt, keinen kaufmännisch geführten Gewerbebetrieb voraussetzt[61]), dass, nach ausdrücklicher Bestimmung, auch Firmen als Gesellschafter möglich sind, dass die persönliche Haftung maximal begrenzt ist und dass die Namen der nichtgeschäftsführenden Kartellmitglieder nicht

---

[60]) Flechtheim, a. a. O., S. 94 ff.

[61]) Daher auch keinen Erwerbszweck, wie die Botschaft, S. 70, nicht ganz genau, sagt.

publiziert werden (sondern nur in den Anteilslisten beim Handelsregister eingesehen werden können) (774, 766, 798, 772, 771, 788).

Von der Aktiengesellschaft unterscheidet sich die GmbH. durch die wichtige Bestimmung, wonach die typischen Kartellpflichten als persönliche Nebenleistungspflichten (neben der kapitalistischen Stammeinlage) im Statut der GmbH. oder auch in blossen Reglementen aufgestellt werden können, und ferner dadurch, dass einerseits die den Kartellen unerwünschte Anteilsübertragung in zwingender Weise erschwert ist, während andererseits der Erwerb eigener Stammanteile durch die GmbH. gestattet wird, selbstverständlich nicht aus den Beständen des Stammkapitals bezahlbar. Für die Kartell-GmbH. wird daher ein spezieller Kartellfonds notwendig sein zum Zwecke des allfälligen Anteilerwerbs (770, 789, 803).

Von der Genossenschaft schliesslich unterscheidet sich die GmbH. dadurch, dass für die GmbH. ein Stammkapital (Kartellvermögen) von minimal Fr. 20,000.— gefordert wird (768), dass ferner für die geschäftsführenden Organe weitgehend die Regeln der Kollektivgesellschaft anwendbar sind (778, 780, 783), dass für die Mitgliedschaft eine gewisse Publizität besteht und dass die künftige Genossenschaft einen Dauerbestand von mindestens sieben Mitgliedern aufweisen muss (820) und überdies dem Prinzip der offenen Tür unterworfen ist. Da ausserdem bei der GmbH. ein kapitalistisch abgestuftes Stimmrecht vorgesehen ist (775), bei der Genossenschaft dagegen ein zwingendes Stimmrecht nach Köpfen (873), so wird die GmbH. im allgemeinen für Kartelle grosser Unternehmer, die Genossenschaft dagegen eher für die an Kopfzahl grösseren Kartelle kleinerer Unternehmer prädestiniert sein. Dies schon darum, weil Neueintritte und Austritte bei der GmbH. stets eine öffentliche Verurkundung erfordern (789, 791, 804, 806, 811).

3.

Damit sind die wichtigsten Kartellrechtsformen des schweizerischen Rechts erschöpft.

Die Kollektivgesellschaft findet für die Kartellierung keine Verwendung, da sie sich nicht eignet (die Beteiligung von Gesellschaften ist bestritten; die Mitgliedschaft wird publiziert; die ganze Rechtsform ist, trotz der formellen Zulässigkeit irregulärer Kollektivgesellschaften, auf Unternehmensführung zugeschnitten, nicht auf Unternehmervereinigung, OR Art. 552, Abs. 1).

Ebenso ist auch die Aktiengesellschaft als unmittelbare Kartellrechtsform unbrauchbar. Art. 633 des OR beschränkt, wie namentlich Alfred Wieland sehr überzeugend gezeigt hat, die Verpflichtungen des Aktionärs in zwingender Weise auf die Einzahlungen des Aktienbetrages[62]). Der Grund liegt in der rein kapitalistisch-unpersönlichen Struktur der Aktiengesellschaft und der damit zusammenhängenden Möglichkeit, den Aktionär in seiner sachlich-partiellen Bindung absolut festzuhalten und einer weitgehenden Verbandsgewalt zu unterwerfen. Darum hat sogar das deutsche Recht, das in § 212 des HGB von 1897 die sogenannte „Nebenleistungsaktiengesellschaft" geschaffen hat (mit besonderem Zuschnitt auf die Verhältnisse der Rübenzuckerwirtschaft), den Bereich der persönlichen Pflichten der Aktionäre eng begrenzt: Es können dem Aktionär der Nebenleistungsgesellschaft nur „Verpflichtungen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden". Die Anwendbarkeit der Nebenleistungsaktiengesellschaft auf die dauernden Unterlassungspflichten der Kartelle ist daher sogar in Deutschland bestritten[63]). Im schweizerischen Recht, welches das Gebilde der Nebenleistungsaktiengesellschaft überhaupt nicht kennt, ist es somit von vorn-

---

[62]) A. Wieland, a. a. O., S. 78 ff.

[63]) Man vgl. hierüber Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle", S. 278 ff.

herein unmöglich, Kartellverpflichtungen als aktienrechtliche Pflichten aufzustellen. Widersprechende statutarische Bestimmungen sind ungültig[64]).

Dennoch ist die Aktiengesellschaft auch in der Schweiz den Kartellzwecken dienstbar gemacht worden: in Form der sogenannten Doppelgesellschaft. Dieses in der deutschen Kartellpraxis entwickelte, heute auch in der Konzernbewegung auftretende und immer noch umstrittene Gebilde wollen wir nunmehr kurz betrachten[65]).

Man versteht unter Doppelgesellschaft die Kombination einer einfachen Gesellschaft mit einer andern Gesellschaft, welche ihrerseits juristische Persönlichkeit geniesst. Die Doppelgesellschaft kommt dadurch zustande, dass die Kartellmitglieder eine juristische Persönlichkeit erzeugen und (vorher, gleichzeitig oder nachher) durch „Nebenvertrag" noch eine einfache Gesellschaft als Instrument der Kartellierung begründen. Demgemäss ist eine derartige Doppelgesellschaft in den verschiedensten Gestaltungen denkbar, entsprechend den Variationen der möglichen Kombination einerseits und der kombinierten Gesellschaftsarten der juristischen Persönlichkeit (Genossenschaft, Verein, Aktiengesellschaft, GmbH.) andererseits.

Was die Kombination anbelangt, so kann sie variieren, je nachdem die juristische Person parallel neben die juristische Persönlichkeit gestellt wird, oder als qualifizierter Gesellschafter der einfachen Gesellschaft eingeordnet wird[66]). Natürlich stehen hier nur Bildungen

---

[64]) BGE Bd. 25 II 22 ff. Die Nebenleistungsaktiengesellschaft wird auch in E. III ausdrücklich abgelehnt; Botschaft S. 38 f., 69 f.

[65]) Flechtheim, a. a. O., S. 22 ff.

[66]) Eine dritte, früher oft erwähnte Abart, bei welcher das Gebilde der einfachen Gesellschaft seinerseits in die juristische Person eingeordnet wird, ist ein Unding. Das Bundesgericht hat die Möglichkeit einer derartigen Konstruktion gelegentlich erwogen, in Anschluss an die deutsche Praxis und den Entwurf Munzingers; BGE Bd. 25 II 21. — Ein Fall paralleler Bildung ist behandelt in BGE Bd. 37 II 417 (Société des fabricants de

in Frage, bei denen beide Gesellschaften als Instrumente der Kartellierung dienen, nicht also die ziemlich häufigen Kartellierungen im Berufsverbande, die nicht als Angelegenheit des Verbandes betrachtet werden, sondern „Privatsache" der einzelnen Verbandsmitglieder sind. Bei der Kartelldoppelgesellschaft dagegen handelt es sich um Fälle, wo der Kartellzweck im Statut der juristischen Persönlichkeit enthalten ist. Die Kartellierung kommt dann z. B. dadurch zustande, dass das Statut die Mitglieder verpflichtet, noch „Nebenverträge" zu unterzeichnen, in welchen die Kartellpflichten näher präzisiert, oder in welchen die schon im Statut enthaltenen Pflichten wiederholt werden, nach dem Grundsatz: „doppelt genäht, hält besser." Wird die juristische Person in den „Nebenvertrag" einbezogen (also die Doppelgesellschaft durch Einordnung, nicht durch Parallelisierung konstruiert), dann ergeben sich oft sehr eigenartige Gebilde: Es kommen Kartelle vor, wo jedes Kartellmitglied einen separaten Vertrag gleichen Inhalts mit der juristischen Person abschliesst. Und hier könnte es auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt eine einheitliche einfache Gesellschaft aller Kartellmitglieder mit der juristischen Person erzeugt wird. Denn formell hat nicht jeder mit jedem kontrahiert. Indessen hat schon das Bundesgericht in Anlehnung an die deutsche Doktrin und Praxis erklärt, dass in solchen Fällen eine gegenseitige Beziehung zwischen

---

cadrans d'émail). Unter den heutigen Doppelgesellschaften, die mit Einordnung der juristischen Person in die einfache Gesellschaft konstruiert sind, ist vor allem das Zementkartell zu erwähnen, das sich der Kombination mit Genossenschaftsform bedient (Sonderheft 4 der Preisbildungskommission, S. 31 ff.). Die Aktiengesellschaft wird als Element der Doppelgesellschaft z. B. verwendet von dem in Genf domizilierten internationalen Glühlampenkartell. Die Kartellkonstruktion trägt bei diesem letzteren Beispiel den juristischen Anforderungen Rechnung dadurch, dass, neben den Organen der j. P., in klarer Weise besondere Organe für die einfache Gesellschaft ausgebildet werden (man vgl. Wolff, a. a. O., S. 92 ff.; ferner JWS. Bd. 59, 1930, S. 1799).

den einzelnen Separatverträgen vorliegt, eine Beziehung, die dazu nötigt, das ganze Vertragssystem als vertragliche Einheit zu betrachten[67]). Jeder Kontrahent unterschreibt seinen Kontrakt mit Rücksicht auf die andern Kontrakte und bezieht sich damit auf einen einheitlichen gemeinsamen Zweck, aus dem allein sich die aufgestellten Verpflichtungen erklären. Auch beim System der separaten Einzelverträge (die übrigens im Text sehr oft auf einen einheitlichen „Vertrag" Bezug nehmen) wird daher eine einheitliche einfache Gesellschaft erzeugt, an der sämtliche Kartellgenossen sowie die juristische Person beteiligt sind. Immerhin ist es vorzuziehen, dass diese Einheit dadurch zum Ausdruck gebracht wird, dass, wie das oft geschieht, im Eingang der Verträge als Parteien die sämtlichen andern Kartellgenossen und die juristische Person einerseits sowie das unterzeichnende Einzelmitglied andererseits angeführt werden. Auch dann bleiben indessen bei den meisten Doppelgesellschaften noch Unklarheiten bestehen: Den Organen der juristischen Person werden im Nebenvertrage gewöhnlich bestimmte Kartellfunktionen übertragen, so dass sich leicht eine Doppelspurigkeit geltend macht. Man wird, um eine gewisse Einheit herzustellen, den Vertrag daher womöglich so interpretieren, dass die juristische Person als „Organ" der einfachen Gesellschaft, d. h. als ihr qualifizierter Geschäftsführer betrachtet wird. Die Verwaltungsfunktionen, die den Organen der juristischen Person im Nebenvertrag zugewiesen sind, erscheinen dann zugleich als Aufgaben und Ermächtigungen dieses geschäftsführenden „Organs" der

[67]) BGE Bd. 31 II 913 f. „Cette solidarité, créée par l'identité des contrats spéciaux passés par la société avec chacun des membres du syndicat, — identité qui ramène ces contrats à l'unité, — et les intérêts communs existant entre les divers co-contractants, pourrait permettre de les considérer comme ayant uni leurs efforts en vue d'atteindre un but commun et comme étant, de fait, associés au sens de l'art. 524 CO." Daher könne gegebenenfalls eine „société simple embrassant la société par actions et l'ensemble des actionnaires" vorliegen.

einfachen Gesellschaft. Das führt allerdings leicht zu künstlichen Verhältnissen, da die „Organe" der beiden Gesellschaften sich oft aus denselben Personen zusammensetzen und daher oft unklar bleibt, ob eine bestimmte Organhandlung als solche der juristischen Person oder des „Organs" der einfachen Gesellschaft zu betrachten ist. Klarer ist daher die in Deutschland gebräuchliche Konstruktion, bei der für die einfache Gesellschaft besondere „Organe" geschaffen werden, im Unterschied zu den Organen der juristischen Person. Insbesondere für die Syndikate (d. h. Kartelle mit Verkaufsstelle) ergibt sich auf diesem Wege eine sachentsprechende Organisation. Die juristische Person dient bei diesen Kartellen, nach dem Vorbild des rheinisch-westfälischen Kohlensyndikates, zur Organisation der Verkaufsstelle, und die Konstruktion einer, ebenfalls organisierten, einfachen Gesellschaft (bezw. „nichteingetragener Verein") ist alsdann der natürliche Ausdruck der Einbeziehung dieser Verkaufsstelle in das Kartellganze.

Was nun die Frage der juristischen Zulässigkeit dieser etwas komplizierten Doppelgesellschaften anbelangt, so kann man diese Zulässigkeit kaum ernstlich bestreiten. Das Bundesgericht hat in den Fällen, wo es derartige Tatbestände behandelte, die Doppelgesellschaft jedenfalls nicht grundsätzlich abgelehnt[68]). Und in der Botschaft des Bundesrats zur Revision des Obligationenrechtes wird die Doppelgesellschaft in gewissem Sinne anerkannt[69]). Allerdings hat Zölly in seiner eingehenden Behandlung des Problems die Doppelgesellschaften für die Schweiz als unzulässig bezeichnet. Allein er hat, wie mir scheint, die Frage der Zulässigkeit nicht hinreichend von der (später zu erörternden) Frage der Zweckmässigkeit dieser Gebilde getrennt. Trennt man die beiden Probleme, so ist nicht einzusehen, was gegen die juristische Möglichkeit von Doppelgesell-

[68]) Man vgl. namentlich BGE Bd. 31 II 913 f.

[69]) „Botschaft des Bundesrates", S. 39; Vorbehalte immerhin auf S. 69.

schaften einzuwenden wäre, die sich der Genossenschaft oder der GmbH. bedienen.

Einzig die Verwendung der Aktiengesellschaft kann zu Zweifeln Anlass geben. Alle statutarischen Bestimmungen einer derartigen Aktiengesellschaft, die Kartellverpflichtungen oder Verpflichtung der Aktionäre zur Unterzeichnung von Nebenverträgen, sowie Kompetenzen der Gesellschaftsorgane zur Festsetzung oder Modifikation von Kartellpflichten vorsehen, sind von vornherein nichtig, aus den schon erwähnten Gründen. Und auch wenn man hiervon absieht oder nur Konstruktionen von Aktiengesellschaften in Betracht zieht, welche derartige Missgriffe vermeiden, so bleibt doch stets eine Anomalie bei einer für Kartellzwecke vorgesehenen Aktiengesellschaft bestehen: Die kapitalistische Struktur des Gebildes wird zur Nebensache, die Bindung der einzelnen Personen an die Aktiengesellschaft zur Hauptsache. In dieser Anomalie könnte indessen nur dann ein Grund für die Unzulässigkeit einer derartigen Aktiengesellschaft liegen, wenn es auf dem Umwege ihrer Einbeziehung in die Kartelldoppelgesellschaft gelingen könnte, eine Bindung der Person herbeizuführen, die der Gesetzgeber bei seiner Gestaltung der Aktiengesellschaft nicht zulassen wollte. Dies ist nun in der Tat nicht der Fall.

Mit dieser Behauptung berühren wir zugleich die Frage der Zweckmässigkeit der Doppelgesellschaft und wollen diese Zweckmässigkeitsfrage daher vorerst kurz erörtern. Das wesentliche Motiv, aus dem heraus in der Schweiz die Doppelgesellschaft entstanden ist, liegt zweifellos in dem Bestreben, die Kartellbindung zu verstärken. Der nächstliegende Gedanke ist dabei der, dass sich das Kartell einerseits die Form der juristischen Person sichern will und andererseits zugleich eine Unterschrift der einzelnen Unternehmer in der Hand haben möchte, was populärerweise höher bewertet wird als ein blosses Statut oder formlose Beschlüsse. Dazu kommt nun aber eine weitere Überlegung: Man meint, dass es gelingen könne,

durch die Konstruktion der Doppelgesellschaft eine Bindung zu erzeugen, welche eine längere Festhaltung der Kartellmitglieder gewährleistet als die zur Verfügung stehenden Einheitsformen. Dieses Motiv, das mit der Revision des Obligationenrechtes übrigens stark zurücktreten dürfte, beruht indessen auf einem Irrtum. Verwendet ein Kartell bei der Konstruktion der Doppelgesellschaft die Rechtsform der Genossenschaft, was öfters vorkommt, dann bleiben für die Zugehörigkeit der Kartellmitglieder zu dieser Genossenschaft offenbar nur die Normen des Genossenschaftsrechts anwendbar. Der Kartellgenosse kann sich also nach Massgabe der gesetzlichen und gültigen statutarischen Fristen aus der Genossenschaft zurückziehen. Und da die schweizerischen Doppelgesellschaften meistens so konstruiert sind, dass das Genossenschaftsstatut zugleich wesentliche Kartellbestimmungen enthält und die Genossenschaft sämtliche Kartellmitglieder umfasst, so wird ein derartiges Ausscheiden aus der Kartellgenossenschaft regelmässig einen wichtigen Grund darstellen, um sich zugleich auch aus der einfachen Gesellschaft zurückzuziehen. Während also die einfache Gesellschaft, wenn sie als Einheitsform verwendet wird, eine mehrjährige Kartellbindung zulässt, wird diese Bindung durch Kombination mit der Genossenschaftsform nicht nur nicht verstärkt, sondern abgekürzt. Psychologisch mag, bei der juristischen Komplikation des Tatbestandes, die Konstruktion einer derartigen Doppelgesellschaft beim Einzelnen zwar das Gefühl verstärkter Bindung erzeugen, und die Konstruktion ist in diesem Sinne gewiss auch missbraucht worden. Objektiv juristisch aber ist die Bindung gegenüber der Einheitsform der einfachen Gesellschaft abgeschwächt.

Anders liegen die Verhältnisse bei der Kombination mit Aktiengesellschaften. Hier besteht kein dem Artikel 684 OR analoges Recht der Einzelnen zum Austritt aus der juristischen Person, zumal der Aktienbesitz statutarisch stets gebunden wird. Mit der Konstruktion einer aktien-

rechtlichen Doppelgesellschaft wird daher in der Tat das Ergebnis erzielt, dass das Kartell sich juristische Persönlichkeit erwirbt, ohne die kurzfristigen Austrittsnormen des Genossenschaftsrechts anwendbar zu machen. Mehr aber wird auf diesem Wege keinesfalls erreicht. Denn für den Austritt aus der einfachen Gesellschaft, aus dem „Nebenvertrag", bleiben nach wie vor die Normen des Gesellschaftsrechts anwendbar. Und da das Statut der Aktiengesellschaft, im Gegensatz zum Genossenschaftsstatut, keinerlei gültige Bestimmungen über persönliche Kartellpflichten vorsehen kann, so ist mit dem Austritt aus dem Nebenvertrag zugleich auch die Kartellzugehörigkeit erledigt. Dieser Effekt kann unter keinen Umständen vermieden werden, auch dann nicht, wenn das ausgeschiedene Mitglied in der Kartell-A.-G. verbleiben sollte. Denn selbst wenn der Nebenvertrag den Organen der Aktiengesellschaft Kompetenzen zur Festsetzung von Kartellpflichten einräumt, so sind diese Kompetenzen doch keine aktienrechtlichen, sondern solche des qualifizierten Geschäftsführers der einfachen Gesellschaft; sie erfassen daher den aus dieser Ausgeschiedenen nicht mehr. Durch die Verwendung der Aktiengesellschaft kann also die zeitliche Dauer der Kartellbindung nicht gesteigert, die Bindung der Person nicht erweitert werden. Gerade darum — und nur darum — ist die Verwendung der Aktiengesellschaft bei der Konstruktion einer Doppelgesellschaft zulässig[70]). Es ergibt sich daher das paradoxe Resultat, dass die Argumente, welche A. Wieland gegen Zölly angeführt hat, um dessen Ansicht von der Unzulässigkeit der Doppelgesellschaft zu widerlegen, zwar

---

[70]) In der Entscheidung Bd. 39 II 246 hat das Bundesgericht die Doppelgesellschaft mit A.-G. nicht als unmöglich bezeichnet; man vermisst allerdings in der Entscheidung eine Erörterung der naheliegenden Probleme. Die A.-G. und die einfache Gesellschaft des Nebenvertrages werden vom Bundesgericht nicht klar auseinandergehalten.

durchaus zutreffen[71]), aber nur deshalb, weil zugleich die Argumente Zöllys gegen die Zweckmässigkeit dieser Doppelgesellschaft weitgehend richtig sind[72]). Dabei muss das weitläufige und dornenvolle Problem des möglichen Auseinanderfallens der Mitgliedschaft in der juristischen Person einerseits und der einfachen Gesellschaft andererseits — eine Frage, die auch nicht für die Zweckmässigkeit der Doppelgesellschaft spricht — im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben.

Nach der Revision des Obligationenrechtes, die für die Kartelle weitreichende Bindungsmöglichkeiten in Aussicht stellt, wird das Bedürfnis nach Doppelgesellschaften wohl erheblich zurückgehen. Ihre Verwendung dürfte sich alsdann einzig für Konstruktionen mit GmbH. empfehlen. Die GmbH. impliziert nämlich, wie ich bereits erwähnte, für die Kartelle die Schwierigkeit, dass Neueintritte eine öffentliche Verurkundung und eine Neugestaltung des Stammkapitals oder des Anteilsverhältnisses notwendig machen. Da aber Kartelle meistens an einer Leichtergestaltung des Eintritts interessiert sind, so erfüllt die einfache Gesellschaft in Kombination mit der GmbH. unter Umständen eine nützliche und durchaus legitime Funktion: Die Kartellverpflichtungen lassen sich für neueintretende Kartellmitglieder zunächst in einem Nebenvertrage mit der GmbH. aufstellen, und der Eintritt der neuen Kartellmitglieder in die GmbH. kann dergestalt auf einen geeigneten Moment verschoben werden. Bei Kontingentierungskartellen spielen diese Fragen allerdings eine weniger wichtige Rolle, da dort ohnehin bei Neueintritten die Kontingente geregelt werden müssen, was erheblich mehr Kopfzerbrechen verursacht als die Aufstellung einer öffentlichen Urkunde und die Neuordnung der Gesellschaftsanteile.

---

[71]) A. Wieland, a. a. O., S. 102 ff.

[72]) Zölly, a. a. O., S. 118 ff., auch 132 ff.

III. Die rechtlichen Schranken der Kartelle.

In der Schweiz sind die Kartelle von der Praxis des Bundesgerichts schon seit langem grundsätzlich anerkannt worden[73]). Während in England, Frankreich und Amerika das Prinzip der Handelsfreiheit als ein einheitlicher politisch-sozialer Grundsatz aufgefasst wurde, als ein Prinzip, welches die Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen zugleich gegen Eingriffe der Behörden und der Privaten schützt[74]), ist in der Schweiz dieses Prinzip — das unter anderem ursprünglich gegen die Koalitionen der Zünfte gerichtet war — dahin eingeschränkt worden, dass es nur eine Schranke gegen Eingriffe der Staatsgewalt darstellt. Artikel 31 der revidierten Bundesverfassung von 1874, der „die Freiheit des Handels und der Gewerbe . . . im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet", wurde von den Behörden restriktiv dahin interpretiert, dass damit nur die Freiheit der Einzelnen gegenüber staatlichen Beschränkungen (nicht gegenüber Privaten) gemeint sei[75]). Der positive Jurist, der sich nicht von den grundlegenden Ergebnissen der jeweils massgebenden Macht entfernen kann, hat dieses Resultat einer konstanten Praxis zu akzeptieren. Und so ergibt sich das paradoxe Resultat, dass die tiefstgehenden Eingriffe in die „freie Konkurrenz", ja sogar private Tendenzen, die ganze Gewerbezweige gegen Neubegründung von Unternehmungen und freie Ausübung des Berufs abriegeln, heute dem verfassungsmässigen Prinzip „Handels- und Gewerbefreiheit"

---

[73]) BGE Bd. 22 S. 183, 31 II 914/15, 32 II 364, 33 12 116 ff., 37 II 211, 39 II 251, 54 II 168.

[74]) Lehnich, „Kartelle und Staat", 1928; Mazeaud, a. a. O.; Koch, „Grundzüge des englischen Kartellrechts", 1927.

[75]) Man vgl. hiezu Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., 1914, S. 251; Fleiner, „Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 1923, S. 377. BGE Bd. 52 II 384. Ansätze zu einer sozialen Anwendung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit finden sich in BGE Bd. 31 II 915.

nicht nur nicht widersprechen, sondern dass umgekehrt die notwendigen Massnahmen, welche der Staat zum Schutze wirtschaftlicher Freiheit ergreifen möchte, durch den Grundsatz der „Handels- und Gewerbefreiheit" anscheinend verhindert werden. Verschiedene kantonale Bestimmungen gegen das Aufkommen privater Gewerbebeschränkungen, welche unter der Einwirkung liberaler Ideen aufgestellt wurden — so § 205 des tessinischen codice penale von 1816 (nunmehr der ähnliche Art. 235 des Gesetzes von 1873), § 17 des zürcherischen Gewerbegesetzes von 1831, § 2 der bernischen Verordnung betreffend den freien Verkehr mit Nahrungsmitteln von 1846 —, wären dann durch die eidgenössische Ausgestaltung der „Handels- und Gewerbefreiheit" verfassungswidrig geworden[76]! Alles übrigens ein deutlicher Beweis dafür, dass es ein Irrtum war, wenn man einst glaubte, im Grundsatz der Freiheit ein genügend regulierendes Sozialprinzip zu finden.

Sieht man von den Anomalien des Notverordnungsrechts im Kriege ab und ferner auch von den Schranken des Strafrechts, die ihrerseits durch die heutige Gestaltung der „Handels- und Gewerbefreiheit" begrenzt sind, so bleiben (neben den theoretisch möglichen Massnahmen der Zollpolitik) nur die **Normen des Privatrechts** als mögliche Schranken der Kartellierung.

Unmöglich ist es zunächst, aus dem Prinzip der privatrechtlichen Vertragsfreiheit eine Schranke der Kartellierung abzuleiten. Auch hier enthüllt sich nämlich alsbald der Januskopf der „Freiheit" (wenn man sie als oberstes Prinzip zu betrachten sucht). Der Befürworter der Kartellbeschränkung kann wohl darauf hinweisen, dass durch die Kartellverträge der „freie Rechtsgeschäftsverkehr" aufs stärkste eingeschränkt wird. Aber der Kartellfreund wird stets antworten, dass diese Beschränkungen der Freiheit ja durch „freie" Rechtsgeschäfte erzeugt seien, dass sie sich also als Ausfluss der Vertrags-

---

[76]) Man vgl. Zölly, a. a. O., S. 30 ff.

freiheit darstellten. Bei einer derartigen Diskussionsbasis ist guter Rat teuer. Die Praxis der schweizerischen Gerichte hat es daher mit Recht vermieden, das glatte Parkett dieser Dialektik zu betreten[77]).

Als Grundlagen für eine eventuelle Regulierung der Kartellentwicklung seitens des Staates bleiben somit heute nur die mehrfach erwähnten gesellschaftsrechtlichen Normen für Kartellaustritt und Kartellauflösung, ferner die allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte, die aus dem Obligationenrecht und dem Zivilgesetzbuch gewonnen werden können. Dabei ist von vornherein zu beachten, dass der Rechtsschutz hiermit völlig der Privatinitiative überlassen ist, und dass auch die mögliche richterliche Präzisierung der Kartellschranken davon abhängt, wieweit von dieser Initiative überhaupt Gebrauch gemacht wird, bzw. wieweit der Weg der privaten Schiedsgerichtbarkeit beschritten wird, was tatsächlich überwiegend der Fall ist.

Für die Kartelle bestehen demgemäss die Schranken der Sittlichkeit und des Rechts, wie sie für Rechtsgeschäfte allgemein in Artikel 20 des Obligationenrechtes aufgestellt sind, insbesondere die Anforderungen des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 u. 28 des ZGB), die von Egger neuestens in meisterhafter Bearbeitung dargestellt worden sind. Diesen Schranken unterliegen die Kartelle in ihren Zwecken und Methoden; ebenso die Kartellbeschlüsse und z. T. auch die Kartellhandlungen. Wirksam werden diese Schranken durch die Rechtsfolgen völliger oder partieller Nichtigkeit der Kartelle, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kartellbeschlüsse (OR Art. 20; ZGB Art. 52, Abs. 3, Art. 75; E. III Art. 703, 775, Abs. 6, Art. 879; BGE Bd. 53 II 231, Bd. 54 II 24), ferner durch die Rechtsfolgen des Schadensersatzes (OR Art. 41 ff.) und schliesslich der Beseitigung schädlicher Einwirkungen (ZGB Art. 28).

---

[77]) Man vgl. Egger, Komm., N. 36 zu Art. 27.

Das System dieser Schranken lässt sich daher am einfachsten so darstellen, dass zunächst die Frage der Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit von Kartellzwecken nach verschiedenen Richtungen ins Auge gefasst wird; anschliessend dann die Frage der Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit der angewandten Mittel. Dabei ist aber zu beachten, dass in Wirklichkeit diese Probleme eng mit einander verbunden sind und sich im konkreten Fall nicht immer trennen lassen.

A. Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit des Kartellzwecks.

Eine Verletzung der Sittlichkeit oder des Rechts kann sich hier nach drei Richtungen geltend machen: Die Kartellierung kann die Interessen der Abnehmer, insbesondere der letzten Konsumenten, in unzulässiger Weise verletzen, ferner die Interessen der Aussenseiter in der Kartellbranche, und schliesslich die Interessen von Kartellmitgliedern selbst.

1. Die Konsumenten (Abnehmer) sind in dieser Hinsicht unter dem geltenden System praktisch schutzlos. Das Bundesgericht erklärt zwar ein Kartell als unzulässig, wenn es eine „exploitation abusive du public", eine „wucherische Preistreiberei", eine „unerträgliche Monopolisierung eines allgemein unentbehrlichen Nahrungsmittels behufs künstlicher Preisbeeinflussung" in sich schliesst[78]).

Aber selbst wenn man davon absieht, dass „wucherische Preistreiberei", „unerträgliche Monopolisierung eines allgemein unentbehrlichen Nahrungsmittels" Tatbestände sind, die innerhalb der Skala möglicher Beeinträchtigung der Konsumenteninteressen nurmehr das allerletzte Extrem darstellen, so bleiben überdies sämtliche Rechtsfolgen des Privatrechts, die (wenigstens) in diesen

[78]) BGE Bd. 31 II 915, 33 II 117, 37 II 211. Man vgl. auch Bl.f.Z.R. Bd. 2 N. 6.

extremen Fällen eintreten würden, ziemlich belanglos für den Schutz der Konsumenteninteressen.

Nichtigkeit des Kartells? Diese Rechtsfolge kann sich — abgesehen davon, dass die Stellung eines aussenstehenden Klägers prekär wäre — augenscheinlich nur auswirken zu Gunsten einzelner Kartellmitglieder, solcher, die sich durch die Kartellbindung bedrückt fühlen und daher von ihr loskommen möchten. Je „unerträglicher" nun aber die Monopolstellung eines Kartells für die Konsumenten ist, je schrankenloser die vom Bundesgericht angeführte Ausbeutung des Publikums, desto günstiger wird das Kartell für die Kartellierten selbst, desto leichter ertragen sie die Kartellbindung, und desto stärkerer Druck droht ihnen bei eventuellem Austritt. Gerade in denjenigen Situationen also, wo zum „Schutze" der Konsumenten die Rechtsfolgen der Kartellnichtigkeit eintreten würden, sind die Kartelle nicht auf juristische Verbindlichkeit der Kartellierung angewiesen; sie können die Kartellierung in ausserjuristischer Gestalt durchführen, was ihnen, auch bei Nichtigkeit des Kartellvertrages, keineswegs verboten ist.

Beseitigungsklage auf Grund von Artikel 28 des ZGB? Durch eine solche können sich höchstens Abnehmer schützen, deren wirtschaftliche Existenz durch Lieferantenkartelle bedroht wird[79]) (man vergleiche weiter unten, Seite 419). Die reinen Freiheitsinteressen jedenfalls sind hier kaum wesentlich geschützt. Insbesondere ist es einem Lieferantenkartell möglich, durch den im Bierbrauereigewerbe üblichen Kundenschutzvertrag den Abnehmer auf einen Lieferanten exklusiv festzulegen, so dass ohne Zutun des Betroffenen die Freiheit der Bezugsquellen völlig aufgehoben wird. Gänzlich schutzlos ist vollends der letzte Konsument. Er ist in seiner Persönlichkeit niemals durch die Existenz eines Kartells bedroht. Mag ihm also das Leben noch so sauer gemacht werden durch

[79]) Man vgl. hierzu auch BGE Bd. 52 II 383.

die Kartellierung aller möglichen Wirtschaftsbranchen; selbst wenn man sich den extremen Fall denkt, dass seine wirtschaftliche Konsumentenexistenz durch massenweise Kartellierung bedroht würde, so könnte er doch kaum gegen ein einziges Kartell mit der Beseitigungsklage durchdringen, denn: „keiner ist es gewesen"! Jedes einzelne Kartell hat nur ein Teilmomentchen zur Gesamtwirkung beigetragen und gerade ein derartiger Tatbestand lässt sich mit den Normen des Persönlichkeitsrechtes praktisch nicht erfassen.

Schadensersatz? Diese Frage ist mit den soeben erörterten implicite beantwortet. Eine Schadensersatzklage auf Grund von OR Art. 41, Abs. 1 käme kaum in Betracht. Für eine Klage aus OR Art. 41, Abs. 2 müsste Absichtlichkeit der Schädigung nachgewiesen werden. Und selbst wenn dies gelänge, so wäre dieser Weg völlig unpraktikabel: Die Massen der Konsumenten hätten gegen Dutzende von Kartellen in einzelnen Zivilklagen vorzugehen. Und Richter wie Konsumenten könnten ihr Leben damit verbringen, in jedem einzelnen Falle die Quentchen an Einzelschädigungen festzustellen, bzw. nachzuweisen, aus denen eine in Wirklichkeit vielleicht bedeutende Volksschädigung sich zusammensetzt.

Der Konsument geniesst also unter dem herrschenden System keinen direkten Schutz. Er ist auf den indirekten Schutz angewiesen, der gegebenenfalls aus der Wirksamkeit der latenten Konkurrenz resultiert[80]).

---

[80]) Auch der Staat als Abnehmer geniesst keinen direkten Schutz. Das gilt insbesondere auch für das Gebiet der Submissionskartelle (Kartelle zur Regelung der Konkurrenz unter den Bewerbern bei Ausschreibungen), soweit nicht ein besonderer Schutz in den kantonalen Regelungen des Submissionswesens enthalten ist. Die Submissionskartelle sind grundsätzlich erlaubt; vgl. v. Tuhr, „Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes", S. 224. Sind sie wegen übertriebener Preisstellung nichtig, so ist damit dem Submittenten nicht gedient, da die Nichtigkeit des Submissionskartells natürlich nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des vom Submittenten abge-

2. Die Aussenseiter der kartellierten Branche. Den Aussenseitern droht durch den Zweck der Kartellierung im allgemeinen keine Schädigung. Ihre Stellung ist — solange sie nicht durch Zwangsmittel des Kartells verfolgt werden — diejenige des Sperlings im Hanfsamen: Sie ernten, wo sie nicht gesät haben, d. h. sie geniessen die Früchte der Kartellierung, ohne ihre Lasten zu tragen. Wird der Aussenseiter nicht bekämpft, so ist er in der Regel in der Lage, seinen Absatz durch Preisunterbietung des Kartells zu erweitern. Beeinträchtigt wird das Interesse des Aussenseiters erst durch die Existenz von Gegenseitigkeitskartellen (Verträge auf ausschliesslichen Verbandsverkehr). Diese Verträge sind von der Praxis des Bundesgerichts als gültig anerkannt[81]). Der Aussenseiter kann sich aber gegen eine exzessive Schädigung gegebenenfalls mit Schadenersatz- und Beseitigungsklage zur Wehr setzen, nach den Prinzipien, die für den Boykott gelten (man vergleiche unten Seite 418 ff.).

---

schlossenen Rechtsgeschäfts nach sich zieht. Dagegen kann dieses Rechtsgeschäft gegebenenfalls für den Submittenten unverbindlich sein wegen Täuschung, insbesondere dann, wenn von den Kartellmitgliedern sog. Schutzofferten gestellt werden, d. h. wesentlich höhere, von vornherein vereinbarte Offerten, die eine freie Konkurrenz vortäuschen und dazu führen, dass die eine, niedriger gehaltene Offerte, die nach der geheimen Kartellabmachung durch die Überbietungen „geschützt" wurde, vom Submittenten angenommen wird. Der Kartellvertrag selbst ist, wenn derartige geheime Schutzofferten abgemacht werden, allerdings stets unsittlich und daher unverbindlich. Wird der Submittent geschädigt, so kann er auf Schadensersatz klagen nach OR Art. 41, Abs. 2.

[81]) BGE 22, S. 176. — Eng verwandt mit den Verträgen auf gegenseitigen Verbandsverkehr ist das System der Treurabatt- und Schutzskontoverträge. Sie erfassen allerdings nur je einen Abnehmer. Indessen werden oft von Anbieterverbänden gemeinsame Treurabattnormen aufgestellt, was dann zur Isolierung der auf diese Normen nicht eingehenden Aussenseiter der Abnehmerstufe führt. Man vgl. Bühling, „Die rechtliche Struktur der Exklusiv- und Treurabattverträge", Kartellrundschau, Bd. 28, 1930, S. 234 ff.

3. Die Kartellmitglieder. Ihr Schutz ist der wirksamste. Zuerst greifen hier die Normen der Kündigung und des Austritts aus wichtigen Gründen ein. In extremeren Fällen: Nichtigkeit des Kartells wegen unsittlicher und rechtswidriger Bindung der Kartellmitglieder, und zwar nach zwei Richtungen:

a) Das Bundesgericht nimmt in konstanter Praxis ein unbedingtes Recht der Persönlichkeit an gegenüber rechtsgeschäftlichen Bindungen der eigenen Person, welche die eigene wirtschaftliche Existenz gefährden[82]). Praktisch ist dies allerdings auf dem Gebiete der Kartellierung nicht von überragender Bedeutung, da die Kartelle in der Regel den Unternehmer vor Ruin gerade bewahren. Immerhin kann das von der Praxis angenommene Existenzrecht von kleineren Unternehmern geltend gemacht werden, welche durch die massgebende Kartellpolitik stärkerer Kartellgenossen in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht sind (das Prinzip würde sich in diesem Falle als Schutz der teurer produzierenden Kleinbetriebe auswirken). Eine ähnliche Schranke der Kartellbindung ist auch in den Fällen gegeben, wo die Einhaltung der Kartellnormen einzelne Kartellgenossen einer Vernichtung aussetzt durch inzwischen erstarkte Aussenseiterkonkurrenz.

b) Neben diesen Schutz der wirtschaftlichen Existenz tritt der Schutz des idealen Freiheitsinteresses der Kartellierten. „Niemand kann sich seiner Freiheit ent-

---

[82]) BGE Bd. 40 II 239, 50 II 486, 51 II 168, 222 f., 440, 53 II 339, 56 II 54; ferner ein nichtpubliziertes Urteil vom 6. März 1929 in Kartellrundschau Bd. 27, 1929, S. 585 ff. In der Interpretation dieses Urteils zieht H. P. Zschokke aus dem Urteil Konsequenzen in der Richtung auf eine vermeintliche Steigerung des inneren Organisationszwanges, ohne dass diese Konsequenzen durch die Ausführungen des Gerichts begründet erscheinen. Die Praxis hat den unbedingten Rechtsschutz der wirtschaftlichen Existenz nur bei Zwangsmassnahmen gegen Kartellpflichtverletzungen aufgegeben (BGE Bd. 54 II 175). Wir kommen weiter unten hierauf zurück. Man vergl. Anm. 98 weiter unten.

äussern oder sich in ihrem Gebrauche in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken" (ZGB Art. 27, Abs. 2). Hier treten vor allem zwei Gesichtspunkte hervor, unter denen die Praxis die Freiheitsbeschränkung der an einem Vertrage Beteiligten behandelt.

aa) Von Belang ist zunächst die zeitliche Dauer der Freiheitsbeschränkung. Kartellverträge, in denen eine zeitlich exzessive Bindung versprochen wird, können unter dem Gesichtspunkt der Freiheitsbeschränkung als ungültig betrachtet werden[83]).

bb) Im übrigen stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt der ökonomischen Entschädigung der Freiheitsbeschränkung. Selbst tiefgehende Einschränkungen der Freiheit werden als zulässig erklärt, wenn für den Eingriff ein Äquivalent geboten wird in Form wirtschaftlicher Vorteile[84]). Ich halte diese Auffassung für begründet, insofern, als dem Betroffenen die Freiheit bleibt, den Beruf zu wechseln und damit gegebenenfalls selbst die Konsequenz aus dem Umstande zu ziehen, dass er die persönliche Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung höher bewertet als ökonomische Vorteile.

In der weiteren Anwendung aber führt diese Praxis des Bundesgerichts dann zu der Konsequenz, dass Verpflichtungen zu ausschliesslichem Wirtschaftsverkehr (exklusive Absatz- und Bezugsverpflichtungen) ohne weiteres für zulässig erklärt werden, wenn sie nur einigermassen zeitlich beschränkt sind und dem Gebundenen eine angemessene Einkommensquelle eröffnen[85]). Und im Zusammenhang damit duldet das Bundesgericht Vertragssysteme, durch welche ganze Berufszweige seitens der

[83]) BGE Bd. 26 II 120, 31 II 915, 40 II 239; ZBJV. Bd. 58, S. 613. Das Bundesgericht legt mit Recht Gewicht darauf, dass langjährige Bindungen auf die wirtschaftliche Sphäre beschränkt bleiben.

[84]) BGE Bd. 40 II 240, 53 II 329; Kartellrundschau Bd. 27, 1929, S. 587.

[85]) BGE 40 II 241, 51 II 167; Kartellrundschau Bd. 27, S. 587.

Lieferantenverbände verpflichtet werden, gewisse Warensorten nicht aus dem Auslande zu beziehen, oder gewisse Marken nicht zu halten, womit den öffentlichen Zollmauern noch ein Privatverschluss hinzugefügt wird[86]). Zugelassen wird ferner die ziemlich weitverbreitete „Preisbindung der zweiten Hand" (Bindung der Wiederverkäufer an feste Verkaufspreise)[87]), womit auf der Wiederverkäuferstufe die Konkurrenz aufgehoben wird. Auch hier ist die Betrachtung der Gerichte überall eine einseitig individualistische; die Funktion der Bindungen für den Prozess der Monopolbildung findet keine Berücksichtigung. Nur zu einer wesentlichen Schranke hat das privatrechtliche System in seiner Konsequenz hier, gewissermassen unfreiwillig, geführt: Die Preisbindung der zweiten Hand kann sich nicht automatisch auf die „dritte Hand" erstrecken! Auch dort, wo der Weiterverkäufer rechtsgeschäftlich an Wiederverkaufspreise gebunden ist, sind Kaufgeschäfte mit Dritten, welche die vertraglichen Normen verletzen, im allgemeinen gültig. Diese Regel, die dem berühmt gewordenen „Zigaretten-Prozess" zu Grunde lag, ist Ausfluss des privatrechtlichen Grundsatzes, wonach die Verletzung vertraglicher („relativer") Rechte Dritter durch Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres die Unverbindlichkeit dieser Rechtsgeschäfte nach sich zieht. Für das Kartellrecht bedeutet dies eine Schranke des äusseren Organisationszwanges der Verbände[88]).

---

[86]) BGE Bd. 54 II 170.

[87]) BGE Bd. 54 II 172. Wie weit die Methoden der Preisbindung gehen können, ersieht man daraus, dass die deutsche Regierung neuestens ein generelles Verbot erlassen musste gegen das um sich greifende System, den Warenbezüger sogar für anderwärts bezogene Ersatzwaren an Minimalverkaufspreise zu binden, womit jede Möglichkeit einer billigeren Bedienung der Konsumenten unterdrückt wird.

[88]) BGE Bd. 26 II 140, 52 II 370 (die Entscheidung stellt gleichzeitig fest, dass Preisunterbietung im Konkurrenzkampf an sich nicht sittenwidrig ist). Man vgl. v. Tuhr, a. a. O. S. 220 f., 224; Oser, Komm., 2. A., N. 21 zu Art. 20; SJZ Bd. 27, 1930, S. 71.

Zu den hiermit berührten Problemen des Organisationszwanges führt uns nunmehr insbesondere die Betrachtung der Methoden der Kartelle.

B. Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit der Mittel.

Eine Rechtsordnung, welche wirtschaftliche Organisationen zulässt, muss zweifellos auch ein gewisses Mass an innerem und äusserem Organisationszwang zulassen. Das schwierige rechtspolitische Problem liegt in der richtigen Beschränkung dieses Zwanges. In dieser Hinsicht glaubt man heute vielfach, dass es vor allem geboten sei, dem Organisationszwang der wirtschaftlich Schwächeren, der Arbeiter, Schranken aufzuerlegen[89]). Gegenüber den Unternehmerorganisationen — deren Monopol meist vollständiger ist und deren in der Form gewöhnlich korrektere und unauffälligere Zwangsmassnahmen infolge der möglichen Solidarität vor- und nachgeordneter Wirtschaftsstufen (Lieferanten- und Abnehmerverbände) tiefer einzuwirken vermögen — ist dagegen ein System von Schranken ausgebildet worden, das weniger gegen den existierenden Organisationszwang gerichtet ist, als gegen eine denkbare Steigerung dieses Zwanges.

Das wesentliche Zwangsmittel der Kartelle ist (neben dem Niederkonkurrieren und der Anwendung von Konventionalstrafen) der **Boykott**[90]). Zu definieren ist der Boykott als eine Verrufserklärung, durch welche

---

[89]) Man vgl. namentlich die neueren Urteile: BGE Bd. 51 II 525, 54 II 142 (einer sozialistisch orientierten Arbeitergewerkschaft ist verboten, den Arbeitgeber vor die Alternative zu stellen, entweder einige unorganisierte Arbeiter zu entlassen oder einen Streik zu riskieren). Für den Fall, dass die Gewerkschaft mit der Verdrängung einen eigenen Rechtsanspruch gegen den Verdrängten sichert, hat die Praxis allerdings zu Gunsten der Gewerkschaft entschieden. SJZ Bd. 27, 1930, S. 70 ff.

[90]) Man vgl. hierzu „Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins 1927", ZSR. Bd. 46, S. 173a ff.

wirtschaftliche Gegenkontrahenten des Bekämpften (Anbieter und Abnehmer) veranlasst werden, dem Bekämpften nicht zu liefern, bzw. nicht bei ihm zu beziehen oder Arbeit anzunehmen[91]). Ein derartiger Boykott kann sich richten gegen Aussenseiter, gegen Kartellmitglieder und schliesslich gegen Personen anderer Wirtschaftsstufen, und zwar ist er zunächst denkbar als „zweiseitiges" Verhältnis (z. B. wenn ein Einkäuferverband ein Anbieterunternehmen boykottiert). In diesen Fällen wenden die Kämpfenden den Zwang in ihrem eigenen Interesse an, und der Tatbestand ist, namentlich wenn eine grössere Menge Schwächerer wenige Stärkere bekämpfen, dem Streik analog (mit dem Unterschied, dass die Kämpfenden während des Kampfes nicht auf eigene Erwerbstätigkeit verzichten). Dieses zweiseitige Verhältnis ist nun aber keineswegs die für den Kartellzwang typischste Situation. Die wirksamste Methode des Kartellzwangs hat vielmehr die Struktur eines „mehrseitigen" Verhältnisses: Eigene Branchegenossen (vertragsbrüchige Kartellmitglieder oder preisunterbietende Aussenseiter) werden bekämpft, indem das Kartell die umliegenden Wirtschaftsstufen (die Gegenkontrahenten!) zu solidarischem Kampfe aufruft. Die verschiedenen Anbieterverbände im Inland und gegebenenfalls im Ausland werden zur Nichtbelieferung aufgefordert, die Abnehmerverbände zur Sperrung des Absatzes, die Banksyndikate zur Kreditsperre, die im kämpfenden Betrieb arbeitenden Arbeitnehmer können auf schwarze Listen gesetzt werden[92]). Dieser Zwang kann sich in völlig friedlicher Form so weit ausdehnen, wie eben die Organisierung der Unternehmer reicht; er kann seine

[91]) Der Begriff „Boykott" wird oft auch objektiv gefasst: nicht als die subjektive Verrufserklärung, sondern als bereits erfolgter Abbruch der Beziehungen. Man vgl. Miller, „Der Boykott nach schweizer. Zivilrecht", ZSR. Bd. 46, S. 173a ff.

[92]) Man vgl. die Publikationen der eidg. Preisbildungskommission, insbesondere Sonderhefte 1, S. 24; 4, S. 15; 7, S. 13. Ähnliche Aufschlüsse vermitteln auch die schon erwähnten Publikationen des deutschen Enquête-Ausschusses.

Wirkung nicht verfehlen, sobald er wenigstens nach einer Richtung hin vollständig ist (sobald z. B. die absolute Sperre für die im Betrieb nötigen Maschinen gelingt).

Auch hier sind die Schranken, welche die Praxis aufstellt, im wesentlichen den Grundsätzen der Sittlichkeit und des Persönlichkeitsrechtes entnommen. Sie betreffen die Form der Mittel, die Proportionalität der Mittel, die ungleiche Handhabung des inneren Organisationszwanges und die Proportionalität der verteidigten und angegriffenen Interessen.

1. Absolut verwerfliche Formen der Boykottmethoden machen den Boykott widerrechtlich. Das ist namentlich dann der Fall, wenn in den Verrufserklärungen unwahre Angaben zur Begründung des Boykotts gemacht werden[93]). Ausserdem dann, wenn der Bekämpfte in der Verrufserklärung persönlich verunglimpft wird[94]).

2. Nahe verwandt mit dieser ersten Schranke ist die Anforderung der Proportionalität der angewandten Mittel: Es sollen die einschneidendsten Massnahmen vermieden werden, wenn leichtere Mittel den angestrebten Kampferfolg ebenfalls herbeizuführen vermögen. Und es soll insbesondere nicht wegen geringfügiger Verstösse gegen Kartellnormen das schwerwiegende Mittel des Boykotts ausgelöst werden[95]).

3. Richtet sich der Boykott gegen Kartellmitglieder, so ist er unzulässig, falls in dieser Hinsicht die verschiedenen Kartellmitglieder ungleich behandelt werden. Wenn also die Kartelleitung gegenüber Vertragsverletzungen einzelner Kartellmitglieder die Augen schliesst, so ist es unzulässig, dass sie andere Mitglieder wegen gleich schwerer Verfehlungen mit Boykott belegen lässt[96]).

---

[93]) BGE Bd. 41 II 439, 443, 48 II 327.
[94]) BGE Bd. 41 II 444.
[95]) BGE Bd. 36 II 562, 51 II 532, 54 II 174.
[96]) BGE Bd. 37 II 417.

4. Schliesslich berücksichtigt die Praxis die Wichtigkeit der Interessen, welche beim Boykottierten verletzt werden. In langjähriger Rechtsprechung wurde hier zunächst das unbedingte „Existenzrecht", das eine wirtschaftlich ruinöse Selbstbindung ausschliesst, auch auf den Organisationszwang angewendet. Der Organisationszwang war demnach widerrechtlich, wenn er zum wirtschaftlichen Ruin des Bekämpften führte[97]). Indessen hat das Bundesgericht den Standpunkt des unbedingten Persönlichkeitsrechts teilweise verlassen: in Bezug auf einen bestimmten Bereich des inneren Organisationszwangs. Das Gericht hat erklärt, dass selbst die wirtschaftliche Existenz keinen absoluten Schutz im Kampf geniesst, wenn der Boykott das einzige Mittel sei, um ein Organisationsmitglied von der Verletzung seiner Verbindlichkeiten abzuhalten. Vielmehr seien in solchen Fällen die beiderseitigen Interessen abzuwägen, und es sei die wirtschaftliche Vernichtung der boykottierten vertragsbrüchigen Person daher insoweit erlaubt, als hinreichend wichtige Interessen der boykottierenden Organisation auf dem Spiele stehen[98]). Das bedeutet, wenn die praktischen Konsequenzen gezogen werden, eine entscheidende Ausdehnung des erlaubten Organisationszwanges. Im übrigen ist das Prinzip der Interessenabwägung als Schranke des Organisationszwanges vom Bundesgericht schon früher anerkannt worden: Der Boykott ist demnach unzulässig, wenn die Organisation verhältnismässig geringfügige Vorteile mit einem schweren Eingriff wahren will[99]).

---

[97]) BGE Bd. 22, S. 184 f.; 32 II 367.

[98]) BGE Bd. 54 II 175. Ausserdem ist zu beachten, dass auch im Bereiche des absoluten Existenzschutzes stets nur ein Inbegriff von realen Erwerbsmöglichkeiten geschützt wird, nicht dagegen die zur Zeit behauptete konkrete Erwerbsposition als solche. Man vergl. BGE Bd. 52 II, S. 383; SJZ Bd. 27, 1930, S. 72.

[99]) BGE Bd. 51 II 532.

Ist der Boykott unzulässig, so sind die auf ihn bezüglichen Beschlüsse nichtig oder anfechtbar. Überdies steht dem Boykottierten die Schadensersatzklage gegen die Verrufserklärer und die Beseitigungsklage gegen die Boykottierenden zur Verfügung (OR Art. 49, ZGB Art. 28).

Wurde ein widerrechtlicher Zwang bei Gründung des Kartells geltend gemacht, so greifen gegebenenfalls die Normen der Drohung bei Rechtsgeschäften Platz; insbesondere kann der Beitritt zu einem Kartell auf Grund von OR Art. 29 f. rückgängig gemacht werden, gleichgültig, in welcher Rechtsform das Kartell erscheint[100]).

IV. Postulate.

Wenn man die dargestellten Grundlinien der rechtlichen Stellung der Kartelle in der Schweiz überblickt, so fallen zwei Momente auf: Die Rechtsformen, welche die geltende Rechtsordnung den Kartellen zur Verfügung stellt, sind wenig geeignet für eine länger dauernde, festere Bindung der Kartelle. Und ferner: Die Schranken, welche die Rechtsordnung für die Kartelle aufstellt, sind wesentlich den Prinzipien des individualistischen Vertragsverkehrs entnommen; sie sind für eine Gesellschaft „Freier und Gleicher" berechnet und stellen insbesondere den Schutz des konsumierenden Publikums der Wirksamkeit der offenen oder latenten Konkurrenz anheim, auf deren Beschränkung die Kartellierung ja nun gerade abzielt.

Was zunächst das erste Moment: die Kartellbindung, anbelangt, so kommt der neue Entwurf für die Revision des Obligationenrechts den Interessen der Kartelle hier in weitestem Masse entgegen. In der projektierten Genossenschaft und GmbH. werden die Kartelle Rechtsformen finden, welche die von manchen Kartellen gewünschte Steigerung der inneren Bindung ermöglicht, und zwar bis zu einem Grade, der den meisten andern Ländern unbekannt sein dürfte. Die öfters geäusserten

[100]) Egger, Komm., Vorb. zum zweiten Titel N. 18.

Klagen über ungenügende Rechtsformen für die Kartelle werden daher nach Annahme des Entwurfs zweifellos verstummen. Und wenn man die Kartelle grundsätzlich bejaht, so kann man dies nur begrüssen.

Für die Interessen der Kartelle ist also gesorgt. Nicht dieselbe Vorsorge ist aber für diejenigen Interessen getroffen, welche durch die Kartellierung gefährdet sind. Zwar ist die frühere Auffassung, wonach die Kartelle nur Nachteile mit sich bringen, mit Recht im Zurückgehen begriffen, und man anerkennt, dass die Kartelle einen, oft günstigen, stabilisierenden Einfluss auf die Preisbildung ausüben können, dass sie unter Umständen die Produktion an den Bedarf anzupassen vermögen und den Gedanken der wirtschaftlichen Kooperation und (z. T. auch) der internationalen Verständigung fördern. Gleichzeitig steigern sich aber auch die Gefahren und die nachteiligen Wirkungen der Kartelle: Die Tendenzen der künstlichen Preissteigerung und Preisstützung zum Nachteil der Konsumenten[101]), die bedrohliche Überkapitalisierung der durch künstliche Hochhaltung der Preise überfüllten Branchen (was zur Aufstellung eines kostspieligen, dauernd unterbenützten Wirtschaftsapparats führt)[102]) und

---

[101]) Man vgl. hierzu die mehrfach erwähnten Publikationen der Preisbildungskommission. In der gegenwärtigen Wirtschaftssituation tritt zudem die von neueren Theoretikern festgestellte krisenverlängernde Wirkung der kartellmässigen Preisstützung zu Tage, insbesondere in Deutschland.

[102]) In Deutschland, dem klassischen Land der Kartelle, hat die Überkapitalisierung und Unterbenützung katastrophale Formen angenommen. Die seit lange absolut kartellierte Kaliindustrie war schon vor dem Kriege, nach Liefmann, um 2000% überkapitalisiert. Der industrielle Gesamtproduktionsapparat Deutschlands wurde im Sommer 1929, nach Schätzung des deutschen Instituts für Konjunkturforschung, zu nur 70% ausgenützt. Eine mächtige Überkapitalisierung ist seit dem Kriege insbesondere in der kartellgeschützten Eisenindustrie eingetreten. Chronisch ist die Überkapitalisierung in der seit langem kartellierten Zementindustrie: Ihre Gesamtanlagen wurden in der Schweiz im Jahre 1927 zu nur 58%, 1928 zu höchstens 66% aus-

schliesslich die Steigerung der wirtschaftlichen Machtunterschiede durch Schaffung neuer privater Monopolstellungen. Alle eingehenderen Untersuchungen des Kartellwesens haben diese Schäden und Gefahren, trotz gegenteiliger Behauptungen, immer wieder an den Tag gelegt.

Als ausgleichendes Regulativ wird man hier vielleicht die Konkurrenz empfehlen. Und in der Tat: auch heute, im Zeitalter der Kartellierung und Trustbildung, ist dieses Moment nicht zu unterschätzen. Auch in kartellierten Branchen wirkt, wenn nicht offene Aussenseiterkonkurrenz, so doch die latente Konkurrenz zwischen den Kartellierten, der Druck, sich für den Fall einer künftigen Kartellauflösung vorzusehen. Und ferner wirkt der wichtige Rest von offenem Wettbewerb, der in Hinsicht auf Qualitätsüberbietung und Kostenersparnis auch im Innern der Preiskartelle verbleiben kann. Daher kann auch derjenige, der eine umfassende, radikale Interessenausgleichung als Ziel betrachtet, die Methoden des Privatrechts nicht schlechterdings verwerfen. Ja, man muss heute vor jeder prinzipiellen Geringschätzung dieser Methoden warnen. Und doch darf man nicht übersehen, dass selbst die Reste der direkten Konkurrenz auf ein ziemlich prekäres Minimum reduziert werden können durch Qualitätsnormierung, durch Gebiets- und Kontingentsabreden, durch radikale Bekämpfung der Aussenseiter usw. Sogar die latente Konkurrenz zwischen den Kartellierten tritt um so mehr zurück, je weiter die vom Staate zugelassene Kartellbindung reicht.

Deshalb ist der Schutz, den das privatrechtliche System zu bieten vermag, ungenügend. Das kann, wie Tschierschky in seiner aufschlussreichen Schrift über „Kartellpolitik“ zeigt, heute kaum mehr ernsthaft be-

---

genützt (die Kartelle kontingentieren die Produktion, und die im Preisschutz aufgewachsenen Aussenseiter müssen dann zur gegebenen Zeit in das Kartell aufgenommen werden, womit die Kontingentierung noch enger wird).

stritten werden[103]). Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat zwar noch in neuerer Zeit (1927) in einem Gutachten zuhanden des Volkswirtschaftsdepartements erklärt, dass das Privatrecht vollkommen genügenden Schutz biete gegenüber den Gefahren der Kartellierung[104]). Allein, diese Auffassung ist bei den heutigen Umständen veraltet, und das Gutachten übersieht, dass die Konsumenteninteressen durch das privatrechtliche System keineswegs gegen die wachsende Gefährdung geschützt sind, und dass überdies die ganze Situation sich durch die Revision des Obligationenrechtes wesentlich ändert — wahrscheinlich sogar im Sinne einer Verringerung der Publizitätswirkung der privatrechtlichen Kartellformen. In Deutschland haben wachsende Kartellierung und verhältnismässig weitreichende Bindungsmöglichkeiten dazu geführt, dass ein ausserordentliches Kündigungsrecht für sämtliche Kartellarten, sowie ein Spezialgericht zur Beurteilung von Kartellkündigung und Kartellzwang geschaffen wurde[105]). In andern Ländern sind die

[103]) In interessanter Weise sucht neuerdings Schreier mit dem Privatrecht dadurch auszukommen, dass er eingreifende Modifikationen im materiellen und formellen Recht für die Kartelle vorschlägt, insbesondere Offizialvertretung bezw. Kollektivierung der Konsumenten im Prozessrecht. Man vergl. Schreier, „Aufgaben der Kartelljurisprudenz" in Bd. 180 der Schriften des Vereins f. Sozialpol., 1930, S. 69 ff.

Auch Schreier anerkennt damit die Unzulänglichkeit des typischen, d. h. individualistisch aufgebauten Privatrechtsystems. Seine Vorschläge zeigen zum mindesten einen beachtenswerten Weg zur Lösung der kartellrechtlichen Probleme und ergänzen die im Text vertretene Auffassung in wertvoller Weise.

[104]) Abgedruckt bei H. P. Zschokke, „Über die Zweckmässigkeit und die rechtlichen Grundlagen einer allfälligen Kartell-Spezialgesetzgebung in der Schweiz", Kartellrundschau, Bd. 28, 1930, S. 246 ff.

[105]) Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen („Kartell-Verordnung") vom 2. November 1923. Man vgl. dazu Isay-Tschierschky, „Kartellverordnung", 1925; Decugis, Olds und Tschierschky, „Etude sur le régime juridique des ententes industrielles", 1930, S. 22 ff.

Kartelle und andere Monopolgebilde einer staatlichen Kontrolle unterworfen worden[106]). Es ist auch bei uns geboten, das System der staatlichen Behandlung der Kartelle einer Revision zu unterziehen und die privatrechtliche Methode des Rechtsschutzes in geeigneter Weise zu ergänzen. Das ist nicht nur von verschiedenen wirtschaftlichen Interessenverbänden[107]), sondern auch von unbeteiligten Sachverständigen wiederholt verlangt worden[108]).

Dabei dürfte von vornherein klar sein, dass der Weg eines generellen Verbotes der Kartelle, wie er zuzeiten in England in Verfolgung des Prinzips der Wirtschaftsfreiheit beschritten wurde und auch heute noch in Amerika und Österreich begangen wird, bei uns nicht in Frage kommt. Die einseitig kritischen Auffassungen, die bei der Beur-

---

[106]) U.S.A., Federal Trade Commission Act vom 26. September 1914; Neuseeland, Board of Trade Act, 1919 (1923); Holland, Gesetz von 1921 (Trustkommission); Australien, Gesetz von 1921/22; Südafrikanische Union, Gesetze von 1921 und 1923 (Kontrollkommission über industrielle Vereinigungen); Kanada, Combines Investigation Act, 1923; Schweden, Gesetz von 1925 (Enquete-Berechtigung); Norwegen, Gesetz vom 12. März 1926 (das weitestgehende Kontrollgesetz in Europa); Tschechoslowakei, Entwurf 1929; Dänemark, Entwurf 1930; Polen, neuer Entwurf. Man vgl. auch § 4 der deutschen Kartellverordnung; ferner die neue Kartellnotverordnung vom 26. VII. 30.

[107]) Eingabe der Schweizerischen Angestelltenverbände an den Bundesrat vom 11. März 1926; Eingabe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes an das eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vom 14. November 1926 (Gewerkschaftliche Rundschau für die Schweiz, Bd. 19, 1927, S. 24 ff.). In der Eingabe wird eine Enquete, eine ständige Kontrolle, vermehrte Publizität und Errichtung eines Kartellgerichts gefordert. Eine Kartellkontrolle auf Grund von Verwaltungszwang postuliert auch die Eingabe des Schweiz. Verbandes evang. Arbeiter und Angestellter auf Grund eines Gutachtens von W. Hug.

[108]) Saitzew, a. a. O., S. 51; man vgl. auch die Diskussionsrede von W. Burckhardt am schweizer. Juristentag 1927, ZSR. Bd. 46, S. 288a f.; ferner vor allem Liefmann, a. a. O., S. 224, 230, 241.

teilung des amerikanischen Systems in Europa üblich sind, sind zwar, nach einer jüngst erschienenen Untersuchung[109]), wahrscheinlich unbegründet; denn das Shermangesetz von 1890, das gegen die „restraints of trade" erlassen und durch verschiedene spätere Gesetze ergänzt wurde, blieb (obwohl der amerikanischen Gesetzgebung durch die Gestaltung des Bundesstaates hemmende Fesseln auferlegt sind) keineswegs ohne günstige Wirkungen auf den Prozess der Monopolbildung. Indessen führen völlige Verbotsgesetze, wenn sie eine Bewegung ausrotten wollen, die auch ihre evidenten Vorteile hat und überdies dem Stande der geschichtlichen Entwicklung entspricht, fast immer zu Umgehungen und unterirdischen Prozessen, zumal wenn die Inhaber der wirtschaftlichen Macht die Bewegung stützen. Und auch in Amerika sind die günstigen Wirkungen der Antitrustgesetzgebung wahrscheinlich nicht sowohl dem absoluten Verbotsprinzip der ursprünglichen Gesetzgebung zu verdanken, sondern eher einem anderen Prinzip, das seit 1911 in die Rechtsprechung und seit 1914 in die Gesetzgebung eingedrungen ist[110]).

Dieses zweite Prinzip ist das Prinzip der Regulierung und Kontrolle. In der Form der Verwaltungskontrolle hat es seit Schaffung der Federal Trade Commission in Amerika einen starken und günstigen Einfluss ausgeübt. Es ist, wie bereits erwähnt, von verschiedenen Ländern rezipiert worden und hat neuerdings in Norwegen zur Einführung eines Kontrollkontors, Kontrollrats und Kartellregisters[111]) geführt. Für die Schweiz kommt,

---

[109]) Kuhr, „Der gegenwärtige Stand des Trustproblems in den Vereinigten Staaten von Amerika", Kartellrundschau Bd. 28, 1930, S. 325 ff.; ähnlich auch Fr. M. Sachett, amerikanischer Botschafter in Deutschland (Redeauszug), Kartellrundschau Bd. 28, 1930, S. 321, wo neuerdings eine Verschärfung der amerikanischen Gesetzgebung in Aussicht gestellt wird.

[110]) Man vgl. W. Hug, „Der Abbau des amerikanischen Antitrustrechts", Kartellrundschau Bd. 28, 1930, S. 1 ff.

[111]) In diesem neugegründeten Register sind bereits 418 Kartelle und 58 monopolistische Grossbetriebe eingetragen.

bei dem heutigen Stande der Entwicklung, ein Kartellspezialgericht noch nicht in Betracht. Dieses Gericht hat sich zwar in Deutschland augenscheinlich bewährt, obwohl die richterliche Beteiligung von Interessenvertretern nicht unbedenklich ist und die dort zu Grunde liegende Kartellverordnung verschiedene Mängel aufweist: Der einseitig beratene deutsche Juristentag, der 1928 die Abschaffung des Kartellgerichts postulierte[112]), ist durch die seitherige Entwicklung desavouiert worden[113]).

Realisierbar sind aber in der Schweiz die Postulate einer periodischen Wirtschafts-Enquete über Preis- und Monopolbildung, ferner eine dauernde **Verwaltungskontrolle über private Monopolbildungen** und eventuell auch ein Kartellregister zuhanden der Behörden. Wer der Meinung ist, dass dem breiten Publikum eine Ausbeutung ausgerechnet seitens der Arbeitnehmermassen drohe, der mag allerdings postulieren, dass auch Arbeitnehmerkoalitionen dieser Kontrolle unterstellt werden. Man übersehe aber nicht, dass die zu schaffende Kontrolle sich letzten Endes gegen vermehrte Steigerungen der wirtschaftlichen Ungleichheit wenden soll und daher unter keinen Umständen (wie ehemals in Amerika) gegen diejenigen Organisationen abgelenkt werden darf, die ohnehin im Sinne einer Ausgleichung der Wirtschaftsmacht wirken. In dieser Erkenntnis haben sich die modernen Monopolgesetzgebungen konsequent auf Machtpositionen kapitalistischer Tendenz beschränkt und haben im all-

---

[112]) „Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages". Man vgl. auch Isay und Nipperdey, „Die Reform des Kartellrechts", 1929.

[113]) Die Kartellverordnung von 1923 ist nicht nur nicht aufgehoben, sondern in jüngster Zeit durch die supplementäre Kartellnotverordnung der Regierung Brüning wesentlich verschärft worden. Bemerkenswert an der neuen Kartellverordnung ist namentlich die Bestimmung, wonach die Reichsregierung von sich aus Zollermässigungen verfügen kann im Kampfe gegen schädliche Kartellpreispolitik. Diese Bestimmung dürfte von Bedeutung für die Zukunft der Kartellpolitik sein. Man vergl. R. Wolff, „Die Kartell-Notverordnung", Kartellrundschau, Bd. 28, 1930, S. 509 ff.

gemeinen die Selbsthilfeorganisationen der Arbeiter, Konsumenten und Landwirte nicht einbezogen.

Ein „schüchterner und kleiner Versuch" ist in der hier angedeuteten Richtung auch bei uns gemacht worden durch die Schaffung der eidgenössischen Preisbildungskommission. Diese Kommission hat bereits wertvolle Arbeit geleistet. Aber selbst wenn das System der Enquete auf derartig vereinzelte Untersuchungen, wie sie das Tätigkeitsfeld der Preisbildungskommission ausmachen, beschränkt bleiben sollte, so kann doch grundsätzlich das Instrument der Untersuchung dem Rechtsstaat keinesfalls genügen. Die Untersuchung kann nur Vorbereitung für die Methode der Beeinflussung sein. Und eine solche müsste in Form der Verwaltungskontrolle (durch das Volkswirtschaftsdepartement oder ein spezielles Monopolamt) geschaffen werden.

Damit erhebt sich die Frage, ob es zur Schaffung einer derartigen Kontrolle (die sich auch auf konzernartige Monopole erstrecken müsste, wenn man nicht die Kartelle zur Trustbildung abdrängen will!) einer Verfassungsrevision bedarf.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat in dem erwähnten Gutachten[114]) diese Frage bejaht mit Rücksicht auf Art. 31 BV. Ich bezweifle aber die Richtigkeit dieser Auffassung.

Art. 31 der BV richtet sich, bei seiner heutigen Interpretation, allerdings nur gegen Eingriffe des Staates — also nicht gegen solche der Privaten unter sich. Eine Monopolkontrolle ist also durch Art. 31 BV in der Tat nicht gefordert — soweit kann man dem Justiz- und Polizeidepartement zustimmen. Allein, hieraus folgt keineswegs, dass eine Monopolkontrolle dem Art. 31 BV widerspricht. Geschützt ist durch diesen Artikel „die Freiheit des Handels und der Gewerbe" — wobei dieser Schutz sich freilich auch auf die im wirtschaftlichen Verkehr auftretenden Verbände erstreckt.

[114]) Kartellrundschau Bd. 28, S. 249 f.

Wenn nun aber der Schutz des Art. 31 sich auch nur gegen Eingriffe der Behörden richtet und wenn er ferner auch wirtschaftliche Verbände einbezieht, so ist doch ohne weiteres klar, dass der Sinn dieser Verfassungsbestimmung dahin geht, ein gewisses Mass an Freiheit der Konkurrenz im wirtschaftlichen Verkehr zu schützen. „Freie Konkurrenz" ist aber ein wirtschaftlich ziemlich klar umrissener Begriff. Und die privaten Monopolgebilde stellen, nach allgemein anerkannter Volkswirtschaftslehre, Beschränkungen der freien Konkurrenz dar. Wenn daher das Justizdepartement erklärt, die in Frage stehenden Monopolgebilde seien „Erscheinungsformen des freien Konkurrenzkampfes" (und somit durch Art. 31 BV geschützt), so ist dies — gelinde ausgedrückt — eine Umstellung der Begriffe, die man beim Juristen, der freie Konkurrenz und rechtsgeschäftliche Grundlage leicht identifiziert, entschuldigen mag. Aber objektiv bleibt jene Erklärung ein Fehler. Und da nun eben die kapitalistischen Monopolgebilde zweifellos keine Erscheinungsformen der freien Konkurrenz, sondern deren Aufhebung sind (weil Monopol und Konkurrenz polar entgegengesetzte Begriffe sind), so folgt, per argumentum e contrario, dass die privaten Monopolgebilde durch Art. 31 BV nicht geschützt sind. Es ist demgemäss genau auseinanderzuhalten:

1. Art. 31 BV schützt die Privaten von sich aus nicht vor privater Monopolbildung, da er nur gegen Staatseingriffe gerichtet ist. Der Verfassungsartikel enthält kein positives Gebot zur Bekämpfung der Privatmonopole.

2. Art. 31 BV schützt die Monopolgebilde von sich aus nicht vor Eingriffen des Staates, da der Schutz dieses Artikels der Freiheit des Handels und der Gewerbe gewährt wird, nicht der Ausschliessung solcher Freiheit aus ganzen Gewerbezweigen. Der Verfassungsartikel enthält kein negatives Verbot der Monopolbekämpfung.

Damit ist gesagt, dass ein Bundesgesetz über Monopolkontrolle seine verfassungsmässige Grundlage ohne weiteres in Art. 34ter der BV findet. Dieser Artikel hat bekanntlich schon oftmals als Basis für Gesetze gedient, welche die freie Konkurrenz unmittelbar beschränken — so sogar für das Bundesgesetz betreffend Einschränkung von Hotelbauten, das eine staatliche Produktionskontingentierung darstellt. Um so mehr bietet dieser Verfassungsartikel Handhabe für ein Gesetz, welches dem eigentlichen Zweck von Art. 31 BV nicht nur nicht widerspricht, wie z. B. das Hotelbauverbot, sondern mit ihm unmittelbar harmoniert. Allerdings bezöge sich, wie das Justizdepartement bereits ausgeführt hat, ein solches Gesetz auf ein breites Gebiet der Wirtschaft, nicht nur auf einzelne Gewerbezweige. Allein, das Anwendungsgebiet des Monopolgesetzes wäre dennoch bestimmt begrenzt, begrenzt nämlich dadurch, dass es sich nur auf wirtschaftliche Machtpositionen erstrecken würde, welche der freien Konkurrenz entgegenwirken. In einem derartigen Bundesgesetz würde also alles andere liegen, als geradezu die „Negation der Handels- und Gewerbefreiheit", wie das Justiz- und Polizeidepartement meint. Der Erlass eines derartigen Gesetzes wird, im Gegenteil, früher oder später notwendig werden, wenn der Begriff der „Freiheit des Handels und der Gewerbe" mit der Zeit nicht ein völlig gegenstandsloses Schema werden soll.