

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:	89 (1970)
Artikel:	Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes
Autor:	Homburger, Eric
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896017

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: 24.02.2026

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

RECHTSGRUNDLAGEN DER INTERESSENABWÄGUNG BEI ANWENDUNG DES KARTELLGESETZES

Referat von

Dr. ERIC HOMBURGER

Rechtsanwalt, Zürich

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	12
Literaturverzeichnis	13
Einleitung	24

Erster Teil

Die der Rechtsordnung im Bereich des Kartellrechts gestellten Grundfragen

§ 1. Die Gegenstand rechtlicher Ordnung bildenden soziologischen Sachverhalte und die darauf bezüglichen Grundfragen	25
I. Beim Kartell	25
Grundfrage A	28
II. Bei kartellähnlichen Organisationen	28
1. Stillschweigendes Abstimmen	28
2. Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen	29
3. Einzelne Unternehmungen	29
Grundfrage A zu (1)–(3)	30
III. Grundfragen B–D, gemeinsam für Kartelle und kartellähnliche Organisationen	31
§ 2. Wesen und Bedeutung der Grundfragenbeantwortung . .	32
I. Zweistufigkeit des Entscheidungsvorganges	32
II. Durch Beantwortung der Grundfragen erfolgt Abgrenzung des Bereichs der Privatautonomie. Persönlichkeitsrechtliche und wirtschafts-verfassungsrechtliche Bedeutung solcher Abgrenzung	35

Zweiter Teil

Die Beantwortung der Grundfragen durch die schweizerische Rechtsordnung

§ 3. Grundfrage A	37
I. Bundesverfassung	37
1. Betreffend Kartelle	37
A. Gemeinschaftliche Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens ist nach Art. 31, Abs. 1 und Art. 31 ^{bis} , Abs. 3, lit. d grundsätzlich zulässig . . .	37
B. Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen:	39
a) Gruner	39
b) Giacometti	41
c) Huber	42
2. Betreffend kartellähnliche Organisationen	47
3. Zusammenfassung und Motive der verfassungsrechtlichen Regelung	48
4. Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Regelung	49
A. Das Ergebnis des Nebeneinanders beider Formen der Freiheitsbetätigung wird als mit dem Gesamtinteresse vereinbar anerkannt	49
B. Grundsatz der Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Betätigung der Privatautonomie	50
C. Art. 31 ^{bis} , Abs. 3, lit. d räumt dem Bund die Kompetenz ein zur wirtschaftspolitisch motivierten Korrektur dieser Grundsatzentscheidung, sofern das Gesamtinteresse dies rechtfertigt	51
D. Bedeutung der verfassungsrechtlichen Kompetenzumschreibung für die Auslegung des KG. Grundsatz der verfassungskonformen Gesetzesauslegung	52
E. Vergleich mit der Regelung des deutschen Rechts Berücksichtigung deutscher wettbewerbsrechtlicher Konzepte bei Lösung kartellrechtlicher Probleme in der Schweiz nur beschränkt möglich . . Beispiel: Die sogenannten «immanenten», «funktionellen» Schranken der Vertragsfreiheit	54
.	55
.	56
II. Kartellgesetz	59
1. Art. 2 und 3 bestätigen die Beantwortung der Grundfrage A durch die Bundesverfassung	59

2. Die hauptsächliche Bedeutung der Geltungsbereichsnormen: Wirtschaftlich relevantes Verhalten ist nur dann der Beurteilung nach den im KG niedergelegten Maßstäben unterworfen, wenn es die im KG umschriebenen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erfüllt und einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation zuzurechnen ist	59
3. Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG bedeutet u.U. eine rechtliche Sonderbehandlung des betreffenden wirtschaftlichen Verhaltens. Die Geltungsbereichsnormen des KG sind deshalb zurückhaltend auszulegen Beispiele: A. Auslegung des Art. 2, Abs. 1 KG. Erfaßt wird nur Verhalten, das zu spürbarer Einwirkung auf das Verhalten des Marktbeteiligten führt	60
B. Auslegung des Art. 3, lit.a. Zum Begriff der Beherrschung oder maßgeblichen Beeinflussung des Marktes für bestimmte Waren oder Leistungen . . Berücksichtigung von Substitutionsgütern schon bei Ermittlung des Beherrschungsgrades erforderlich Marktbeherrschung kann nicht ohne weiteres aus Erfüllung eines Tatbestandes gemäß Art. 4 KG abgeleitet werden	61
Zusammenfassung	64
§ 4. Grundfrage B	65
I. Bundesverfassung	65
1. Die BV verbietet nicht bestimmte Handlungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen absolut, d.h. unabhängig von der jeweiligen konkreten Interessenlage	65
2. Aus dem grundsätzlichen Ausschluß staatlicher Eingriffe in die private wirtschaftliche Freiheitsbetätigung kann keine absolute Schranke für die Tätigkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen abgeleitet werden	66
II. Kartellgesetz	68
1. Zivilrechtliche Bestimmungen Art. 4 und 5 setzen der Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen keine absolute Schranke	68

Abweichung dieser Regelung von dem durch die Preisbildungskommission entwickelten Konzept des «Möglichen Wettbewerbes»	68
2. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen	69
Art. 22 enthält keine absolute Schranke für die Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen	69
§ 5. Grundfragen C und D	70
I. Bundesverfassung	70
1. Grundfrage C	70
A. Im Konfliktfall zwischen Kartell oder kartellähnlicher Organisation einerseits und von deren Vornehmern Betroffenen anderseits sind jedenfalls die Interessen der am Konflikt Beteiligten in Betracht zu ziehen	70
B. Art. 31 ^{bis} , Abs. 3, lit. d enthält die Ermächtigung, wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, kartellistisches Verhalten nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu werten	70
Zusammenfassung	73
2. Grundfrage D	74
A. Voraussetzungen, unter denen das Gesamtinteresse es rechtfertigt, kartellistisches Verhalten der Wertung nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu unterstellen	74
a) Maßgebender Sachverhalt: Kartellistisches Verhalten bezweckt Ausschaltung. Verunmöglichung wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung der Betroffenen	75
b) Erfüllung dieses Sachverhaltes ist nach BV nicht ohne weiteres mit dem Gesamtinteresse unvereinbar. Sie bewirkt Notwendigkeit behördlicher Prüfung der Vereinbarkeit des kartellistischen Verhaltens mit dem Gesamtinteresse	75
B. Maßstab zur Bestimmung der Grenzen kartellistischen Verhaltens, wenn dieses nicht die Verunmöglichung wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung der Betroffenen bezweckt	77
a) Interessenabwägung unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten, ohne wirtschaftspolitische Wertung des kartellistischen Verhaltens	77

b) Die BV fixiert in Art. 31 den für diese Abwägung maßgebenden Grundwert der Freiheit wirtschaftlicher Persönlichkeitsentfaltung. Sie enthält aber keine die Interessen-Gewichtung a priori und generell zugunsten der Kartelle, bzw. kartellähnlicher Organisationen, oder der vom kartellistischen Verhalten Betroffenen bestimmende Aussage	78
C. Maßstab zur Bestimmung der Grenzen kartellistischen Verhaltens, wenn dieses die Verunmöglichung wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung der Betroffenen bezweckt	79
a) Der Gesetzgeber muß die Grundlage schaffen für die behördliche Wertung der Auswirkungen von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen unter dem Gesichtspunkt ihrer volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit. Ferner für die Beurteilung der Frage, ob volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen mit dem Gesamtinteresse unvereinbar sind . . .	79
b) Maßstab zur Ermittlung volkswirtschaftlicher oder sozialer Schädlichkeit	82
Volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit kann nicht von Verfassungs wegen mit Einschränkung des Wettbewerbs oder einem bestimmten Grad solcher Einschränkung gleichgesetzt werden	82
Konkretisierung des bei Beurteilung volkswirtschaftlicher oder sozialer Schädlichkeit anzuwendenden Maßstabes in der Literatur	82
c) Maßstab für die Beurteilung der Vereinbarkeit volkswirtschaftlich oder sozialschädlicher Kartellauswirkungen mit dem Gesamtinteresse . .	87
Konkretisierung dieses Maßstabes in der Literatur	87
II. Kartellgesetz	89
1. Grundfrage C	89
A. Zivilrechtliche Bestimmungen	89
a) Die Methode des KG zur Bestimmung der Schranken kartellistischer Tätigkeit	89
b) Die einzelnen Tatbestandselemente des Art. 4 KG	92
aa) Vorkehr	93

aaa) Betreffend Kartelle	93
Zur Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhal-	
tens tritt dessen Ausrichtung gegen Dritte	93
Diskriminierung nicht notwendiges Tatbe-	
standselement	94
Beispiele	95
bbb) Betreffend kartellähnliche Organisationen	96
Probleme der Abgrenzung der «Vorkehr»	
von «normalen» Wettbewerbshandlungen.	
Diskriminierungsabsicht wird in vielen Fäl-	
len entscheidend sein für die Anwendbar-	
keit des Art. 4.	97
Ablehnung einer allgemeinen «Pflicht zur	
Gleichbehandlung»	98
bb) Ausschluß vom Wettbewerb	99
Bedeutet Verunmöglichung des Zutritts	
oder des weiteren Tätigseins in der vom Be-	
troffenen frei gewählten Branche	99
cc) Erhebliche Behinderung in der Ausübung	
des Wettbewerbs	100
Erfordernis eines gewissen Mindestmaßes	
von Intensität der Angriffshandlung	101
Dieses Erfordernis entspricht der bisherigen	
Boykottrechtsprechung des Bundesgerich-	
tes	102
Im Zweifelsfalle ist Erheblichkeit zu be-	
jahren	104
c) Die für die Interessenabwägung nach Art. 4/5	
KG relevanten Interessen	105
aa) Die privaten Interessen der Beteiligten fal-	
len jedenfalls in Betracht	105
bb) Im konkreten Fall können nur entweder	
zivilistische oder wirtschaftspolitische Ge-	
sichtspunkte maßgebend sein	105
cc) Wirtschaftspolitische Kriterien sind nur	
anwendbar, wenn sich ihre Relevanz ein-	
deutig aus Verfassung oder Gesetz ergibt.	
Ablehnung der These, wonach wirtschafts-	
politische Kriterien in jedem Fall aus-	
schlaggebend sein sollen	106
dd) Anwendung des Art. 5, lit. a und b KG er-	
fordern nicht notwendig eine wirtschafts-	
politische Wertung des streitigen Kartell-	
verhaltens	108

ee) Die These wurde durch die Expertenkommission abgelehnt	109
ff) Das KG stützt sich sowohl auf Art. 31 ^{bis} , Abs. 3, lit. d wie auch auf Art. 64 BV	111
gg) Die Intensität der kartellistischen Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter ist bei den unter Art. 4 KG fallenden Tatbeständen nicht einheitlich	112
Das Gewicht der Interessen zur Rechtfertigung nach Art. 5 KG bestimmt sich nach der Intensität des mit der Vorkehr verbundenen Eingriffes in die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen	113
hh) Eine Vorkehr berührt das Gesamtinteresse, wenn sie auf den Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist. Bei Vorliegen dieses Sachverhaltes kann die Vorkehr nur durch den Nachweis der Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse gerechtfertigt werden	113
Zusammenfassung	115
B. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen	116
a) Das KG verbietet in Art. 22 nicht bestimmtes Kartellverhalten, sondern umschreibt die tatbeständlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Kartellauswirkungen behördlicher Wertung unterstellt werden können	116
b) Verhältnis des Tatbestandes gemäß Art. 22 zu den Tatbeständen nach Art. 4	116
c) Bei Anwendbarkeit des Art. 22 sind die Kartellauswirkungen immer auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse zu prüfen	118
2. Grundfrage D	118
A. Zivilrechtliche Bestimmungen	118
a) Das Erfordernis der Schutzwürdigkeit	119
Kriterium zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit der mit kartellistischer Vorkehr verfolgten Interessen ist ihr Zusammenhang mit dem Kartellzweck	120
Besondere Probleme bei Anwendung des Art. 5 Abs. 3 auf kartellähnliche Organisationen	120
b) Das Erfordernis des «Überwiegens» schutzwürdiger Interessen	121

aa) Bei Interessenabwägung nach zivilistischen Gesichtspunkten	121
Maßgebend ist das Interesse an der Verwirklichung des mit der Vorkehr erstrebten Zustandes	121
Durch das Erfordernis des «Überwiegens» betont das KG die Bedeutung der Betätigung der Wirtschaftsfreiheit als Mittel zur Selbstverwirklichung der Persönlichkeit der Betroffenen	122
Bei Vorkehren zum Schutz des lauteren oder unverfälschten Wettbewerbs ergibt sich das «Überwiegen» des verfolgten Interesses aus der absoluten Natur des Lauterkeitschutzes	122
Bei Vorkehren zur «Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen» ist Prüfung nach objektiven Gesichtspunkten, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der betreffenden Branche erforderlich. Das KG konkretisiert den Begriff «angemessen» nicht weiter	123
Wenn die mit der Vorkehr verfolgten Interessen nicht unter Art. 5 Abs. 2 lit. a oder b fallen, muß der Grundwert der Selbstverwirklichung der Persönlichkeit Ausgangspunkt und Maßstab für die Beurteilung ihres «Überwiegens» bilden	123
Es ist Aufgabe der Gerichte, diesen Maßstab im einzelnen Fall zu konkretisieren	124
bb) Bei Interessenabwägung unter Einbezug der Frage der Vereinbarkeit der kartellistischen Interessen mit dem Gesamtinteresse; die Vorkehr ist auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet . . .	125
Art. 4 begründet in solchen Fällen eine widerlegbare Vermutung der Unvereinbarkeit des vom Kartell erstrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse	126
Diese Vermutung kann widerlegt werden durch den Nachweis des Überwiegens volkswirtschaftlich oder sozial positiver Auswirkungen des angestrebten Zustandes, oder,	

bei Mißlingen dieses Beweises, durch den Nachweis der Vereinbarkeit des angestrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse . . .	126
Art.5 Abs.2 lit.a verweist auf einen stark konkretisierten Wertmaßstab («unlauterer Wettbewerb»); der Begriff «Unverfälschter Wettbewerb» ist weitgehend konkretisierungsbedürftig	128
Der Begriff «angemessen»(Art.5 Abs.2 lit.b) bringt keine nennenswerte Konkretisierung	128
Art.5 Abs.2 lit. c konkretisiert den anwendbaren Wertmaßstab insofern, als «Vereinbarkeit» mit dem Gesamtinteresse nicht genügt, sondern «Erwünschtheit» gefordert wird und die Vorkehr überdies der Strukturförderung dienen muß	128
cc) Das weitere Erfordernis des Art.5 Abs.1 KG: keine übermäßige Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art der Durchführung der Vorkehr, bringt kein zusätzliches materielles Kriterium für die Beurteilung der Frage der Schutzwürdigkeit oder des Überwiegens der kartellistischen Interessen	129
B. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen	129
a) Das in Art.22 KG aufgestellte Kriterium der «Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse» umfaßt die beiden verfassungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte: volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit und Gefordertsein behördlichen Einschreitens zur Wahrnehmung des Gesamtinteresses	129
b) Die Tatbestände des «Ausschlusses» und der «erheblichen Beeinträchtigung» des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf dürfen nicht «per se» als «mit dem Gesamtinteresse unvereinbar» qualifiziert werden	130
c) Ablehnung der These, daß der Schutz des möglichen Wettbewerbs die «per se»-Ausprägung der wettbewerbspolitischen Komponente des Gesamtinteresses sei	130
d) Art.22 KG enthält keine selbständige Konkretisierung des Maßstabes zur Beurteilung der «Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse» . . .	132

Dritter Teil

Charakterisierung der bei Anwendung des KG zu erfüllenden Aufgaben

§ 6. Allgemein	133
Die Bestimmung der Grenzen für die Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen ist nach der Ordnungsvorstellung des Verfassungsgesetzgebers wesentlich eine Frage der Interessenwertung und -Abwägung . . .	133
Die Aufgabe des Gesetzgebers, hiefür die normative Grundlage zu schaffen, ist komplex. Das KG ist nicht ein Gesetz «gegen», sondern ein Gesetz «betreffend» Wettbewerbsbeschränkungen	133
Das KG hat die Antworten auf die Grundfragen C und D in relativ geringem Grade konkretisiert	134
Die weitergehende Konkretisierung dieser Antworten ist Hauptaufgabe der das KG anwendenden Behörden . . .	134
§ 7. Die Aufgabe der Interessenwertung und -abwägung im besonderen	134
I. Bei kartellistischen Vorkehren, die nicht auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet sind	134
Feststellung und Abwägung des für die Beteiligten in Frage stehenden Verzichtes auf Verwirklichung frei gewählter wirtschaftlicher Zielsetzungen	135
Mitberücksichtigung finanzieller Aspekte als ein Element der Interessengewichtung	135
Ausschlaggebend ist der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der bei den einzelnen Interessenträgern festgestellten Einschränkungen in der Verwirklichung je ihrer individuellen wirtschaftlichen Zwecke	136
Dem Richter obliegt die Konkretisierung des durch die BV anerkannten Grundwertes der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit	137
Solange eine Vorkehr nicht auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist, gilt das Gesamtinteresse als gewahrt, und es fehlt an einer der verfassungsrechtlich statuierten Voraussetzungen für die behördliche Überprüfung privaten wirtschaftlichen Verhaltens auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse	137
Eine vergleichbare Aufgabe: Die Bestimmung der nachbarrechtlichen Schranken für die Ausübung des Grund-eigentums (ZGB Art. 679/684)	138

II. Bei kartellistischen Vorkehren, die auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet sind	140
Die Rechtfertigung solcher Vorkehr ist nicht schlechthin ausgeschlossen	141
Notwendigkeit der Erstellung einer «Saldobilanz» vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus	142
Die dem Richter gestellte Aufgabe enthält wirtschafts- politische Elemente	144
Abgrenzung gegenüber polizeilichen Aufgaben	145
Vergleichbare Aufgabe: Entscheidung, ob der Grundsatz der Freiheit vor fremder Störung dem öffentlichen Inter- esse an Information und freier Meinungsbildung weichen muß	147
III. Bei Anwendung des Art. 22 KG. Die dem Richter hier gestellte Aufgabe entspricht wesentlich der unter (II) besprochenen	149
Vergleichbare Aufgaben:	
Prüfung der «gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung» von Kartellen nach § 18 des österreichischen Kartellge- setzes	150
Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV	152
Anwendung von Ausnahmebestimmungen des deutschen GWB	153
Beurteilung von Handelspraktiken nach amerikani- schem Antitrustrecht	153
§ 8. Die bei Behandlung von Fällen der Kategorien (II) und (III) gestellte Aufgabe enthält ein politisches Element	155
Richter und Kartellkommission dürfen sich dieser Aufgabe nicht durch Annahme von «per se»-Tatbeständen entziehen	156
Die Frage der «Justizierbarkeit» der Art. 5 und 22 ist mit Erlaß des KG obsolet geworden	156
Aufgabe des Richters ist die Erhaltung bzw. Herstellung des Gleichgewichtes zwischen Privatinteressen und Ge- samntinteresse	157
Wahrscheinlichkeit der Entwicklung bestimmter Tatbe- standstypen, jedoch muß sich die Praxis zu solcher Typi- sierung langsam «vortasten»	157
Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft müssen vereint die Behörden bei Lösung der unausweichlich ge- stellten Aufgaben unterstützen	158

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
a. M.	anderer Meinung
Bbl.	Bundesblatt, Bern 1848 ff.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Diss.	Dissertation
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Exp.	Expertenkommission für die Kartellgesetzgebung
gl. M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift, Weinheim/Bergstr. 1899 ff.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3. Januar 1966 (deutsches Kartellgesetz)
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
JZ	Juristenzeitung, Berlin 1896 ff., Tübingen 1945 ff.
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (Schweizerisches Kartellgesetz)
m.a.W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
NF	Neue Folge
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin/Tübingen 1936 ff.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich 1904 ff.
SZVS	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Bern 1874 ff.
Sten Bull (NR, StR)	Stenographisches Bulletin (des Nationalrates, des Ständerates)
u. U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift, Zürich 1948 ff.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift, Düsseldorf 1950 ff.

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff.
Zbl.	Zentralblatt; schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1910
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich 1902 ff.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1882 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

(Zitierweise: Name des Autors; bei mehreren Werken ist zusätzlich das im Literaturverzeichnis kursiv Gedruckte angeführt.)

ALLEMANN H. Kartellgesetz und *Preisbindung* der zweiten Hand, Gewerbliche Rundschau, 1959, S. 112 ff.

- Die Verwirklichung der Konzeption des «*Möglichen Wettbewerbs*» im Schweizerischen Kartellgesetzentwurf, WuR 1959, S. 145 ff.
- Zur Problematik der «*kartellähnlichen Organisation*», NZZ 1.2. 1960, Nr. 331.
- Die *Wettbewerbspolitik*, in Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 369 ff.
- Kartellgesetz und *marktmächtige Unternehmungen*, WuR 1965, S. 213 ff.
- *Gruß- und Dankadresse* des Vertreters des Bundesrates an der Jahrestagung der Schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, SZVS 1968, S. 235 ff.

AUBERT J.-F. Traité de droit constitutionnel suisse, Paris/Neuchâtel 1967.

BALLERSTEDT K. *Wirtschaftsverfassungsrecht*, in «Die Grundrechte», Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1958, 3. Bd. 1. Halbbd., S. 1 ff.

- Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ?, in Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 179 ff.

BARNIKEL H. H. Zur Theorie des «*Möglichen Wettbewerbs*» (Kritische Anmerkungen zu «*Kartell und Wettbewerb in der Schweiz*») WuW 1958, S. 600 ff.

BÄR R.: Kartellrecht und internationales Privatrecht, Bern 1965.

BIEDENKOPF K. H. Die *Verfassungsproblematik* eines Kartellverbotes, Stellungnahme zu einem Gutachten von E. R. Huber, Betriebs-Berater 1956, S. 473 ff.

- Grundgesetz und *Kartellverbot* (zusammen mit H. Müller), Betriebs-Berater 1956, S. 972 ff.

- *Freiheitliche Ordnung* durch Kartellverbot, in Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechtes, Heidelberg 1957, S. 11 ff.
 - Vertragliche *Wettbewerbsbeschränkung* und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958.
 - Über das Verhältnis wirtschaftlicher *Macht* zum Privatrecht, in Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff.
- BÖCKLI H.R. Der Mißbrauch der Mißbrauchgesetzgebung, «Die Tat» 11.11.59, Nr. 307.
- Bemerkungen zur Frage der Kartellpublizität, WuR 1961, S. 95 ff.
- BÖHLER E. Die *Konkurrenz* als Organisationsprinzip der Wirtschaft, SZVS 1950, S. 381 ff.
- *Nationalökonomie; Grundlagen und Grundlehren*, 5.A., Zürich 1964.
- BORCHARDT K./FIKENTSCHER W. *Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung*, Stuttgart 1957.
- BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der *Wirtschaftsartikel* der Bundesverfassung vom 10. September 1937 (Bbl. 1937 II 833).
- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehr gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8. Februar 1957 (Bbl. 1957 I 347).
- BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961 (Bbl. 1961 II 553).
- BRIDEL M. Sur les limites des *libertés individuelles*, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 99 ff.
- BUCHER E. Neues auf dem Gebiet des privatrechtlichen *Persönlichkeitsschutzes*, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Bd. XXXV, 1961, S. 5 ff.
- Das *subjektive Recht* als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.
- BÜRGI W.F. Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht, ZSR NF 66, 1947, S. 1 ff.
- Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in «Etudes de Droit Commercial en l'Honneur de Paul Carry», Genf 1964, S. 1 ff.
- CASTELBERG VON, G. Die Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter *Wirtschaftszweige* oder Berufe, WuR 1952, S. 179 ff.
- Das «*Gesamtinteresse*» der Wirtschaftsartikel (BV 31^{bis} III Ingreß), WuR 1953, S. 8 ff.
- DESCHEAUX H. Licéité et limites du *boycott*, ZSR NF 70, 1951, S. 127 ff.

- *La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott et l'avant-projet de la loi sur les cartels*, WuR 1961, S. 137 ff.
- *L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues*, in «*Etudes de Droit Commercial en l'Honneur de Paul Carry*», Genf 1964, S. 193 ff.
- A propos de l'*ouvrage «Das Schweizerische Kartellgesetz»* du professeur H. Merz, ZSR NF 87, 1968, I, S. 73 ff.
- La notion d'*effets nuisibles* des cartels et organisations analogues, in «*Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève*» Nr. 24, Genf 1969, S. 79 ff.

EGGENSCHWILER E. Zur Kartellpraxis des Bundesgerichtes, WuR 1955, S. 173 ff.

EXPERTENKOMMISSION. *Protokolle*: Oktober 1957 Exp. I, Januar 1958 Exp. II, Mai 1958 Exp. III, Oktober 1958 Exp. IV, Januar 1959 Exp. V, April 1959 Exp. VI, November 1960 Exp. VII.

- *Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen* (Bericht und Text des Gesetzesentwurfes der Expertenkommission, April 1959).

ESSER J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. A., Tübingen 1964.

FEHR C. Boykottverbot und Persönlichkeitsschutz im Entwurf zum Kartellgesetz, SJZ 56, 1960, S. 165 ff.

FIKENTSCHER W. Bemerkungen zu den schweizerischen *Entwürfen* eines Kartellgesetzes, RabelsZ 1961, S. 467 ff.

- siehe BORCHARDT/FIKENTSCHER.

FINK M. Die Darstellung der bundesgerichtlichen Praxis über die Kartellfrage, WuR 1954, S. 107 ff.

FORKEL H. Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1968.

FREY U. P. Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich 1965.

FRÖHLICHER K. Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, S. 240 ff.

GABRIEL S. L. Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, WuW 1968, S. 581 ff.

GERMANN O. A. Zur Problematik der Ermessensentscheide, in Festgabe für Erwin Ruck, Basel 1952, S. 173 ff.

- Zum Leistungsprinzip im Wettbewerbsrecht (nach der Judikatur unseres Bundesgerichts), WuR 1968, S. 143 ff.

GEYER E. Handels- und Gewerbefreiheit und Kartelle im Licht der ersten Urteile des Bundesgerichtes, WuR 1959, S. 179 ff.

GIACOMETTI Z. *Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung*, in «*Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht*», Zürich 1948, S. 175 ff.

- Schweizerisches *Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, Neudruck 1965.
- Die *Freiheitsrechtskataloge* als Kodifikation der Freiheit, Rektorsrede 29.4.1955, Zürich 1955.

GIGER H. G. Eine rechtliche Würdigung des Kartellgesetzentwurfes, WuR 1959, S. 163 ff.

- *Grenzen der Privatautonomie im Kartellrecht*, Zürich 1964.

GIGER S. Volkswirtschaftliche und ordnungspolitische Probleme des Boykotts, insbesondere des Kartellboykotts und ihre rechtspolitische Behandlung, Diss. St. Gallen 1957.

GLASSON P. Die Berechnung des Schadenersatzes gemäß Art. 6 des Kartellgesetzes, ... WuR 1965, S. 268 ff.

GRÜBEL A. Das schweizerische Kartellgesetz, GRUR Ausl. 1965, S. 238 ff.

GRUNER E. Die *Wirtschaftsverbände* in der Demokratie (Vom Wachstum der Wirtschaftsorganisationen im schweizerischen Staat), Erlenbach-Zürich/Stuttgart 1956.

- Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische *Wirtschaftsordnung*, NZZ 19.8.1958, Nr. 2363, 20.8.1958, Nr. 2371, 21.8.1958, Nr. 2381.
- Die Handels- und Gewerbefreiheit und die *Staatsordnung* von 1874–1914, WuR 1960, S. 149 ff.

GUISAN F. La Protection de la Personnalité et le Boycott Commercial, in Festgabe für Carl Wieland, Basel 1934, S. 149 ff.

GUTERSON A. *Gruppeninteresse und Allgemeinwohl*, in «Individuum und Gemeinschaft», St. Gallen 1949, S. 201 ff.

- Kartellpolitik und Gewerbe, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 551 ff.

GYGI F. *Aktuelle Probleme* des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen ZBJV 92, 1956, S. 425 ff.

- Aufgaben und Grenzen der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* beim Uhrenstatut, WuR 1956, S. 114 ff.
- *Verwaltungsrechtspflege* und Wirtschaftsartikel, WuR 1958, S. 40 ff.
- *Rechtsfragen* der Wirtschaftsplanung, in Planung II, Herausgeber J. H. Kaiser, Baden-Baden 1965.

GYSIN A. Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR NF 49, 1930, S. 364 ff.

HAFFNER K. Ein schweizerisches *Kartellgesetz* auf privatrechtlicher Grundlage, Diss. St. Gallen 1953.

HAFNER A. Boykott und Autonomie des Individuums nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1960.

HEUSS E. Das Kartell (ein Beitrag zur Kartelltheorie), in Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1961, S. 144 ff.

- Zum heutigen Stand der Wettbewerbstheorie in Deutschland (Bemerkungen zur Untersuchung von E. Kantzenbach «Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs»), *Ordo XVIII*, 1967, S. 411 ff.

HILDEBRAND W. *Die Wirtschaftsfreiheit und die Demokratie*, Diss. Zürich 1956.

HIRSCH E. *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, Bern 1958.

HOMBURGER E. *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit* (Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung), Diss. Zürich 1948.

- Zum Vollzug der staatlichen *Intervention* gegenüber Kartellen auf Grund von Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d der Bundesverfassung, WuR 1951, S. 273 ff.
- *Bemerkungen* zum Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 10. Oktober 1950 in Sachen des Schweizerischen Großhandelsverbandes der sanitären Branche gegen Edwin Jud AG. (BGE 76 II 281 ff.), WuR 1952, S. 137 ff.

HOPPMANN E. *Preismeldestellen und Wettbewerb*, WuW 1966, S. 97 ff.

- Das Konzept der optimalen *Wettbewerbsintensität*, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 1966, S. 286 ff.
- *Workable Competition* (Funktionsfähiger Wettbewerb) die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, ZBJV 102 (1966), S. 249 ff.
- Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, *Ordo XVIII*, 1967, S. 78 ff.

HOTZ K. Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967.

HUBER E.R. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.A., 2.Bd., Tübingen 1953 und 1954.

HUBER H. Die Garantie der *individuellen Verfassungsrechte*, ZSR NF 55, 1936, S. 1a ff.

- Das Staatsrecht des *Interventionismus*, ZSR NF 70, 1951, S. 173 ff.
- Die Bedeutung der *Grundrechte* für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR NF 74, 1955, S. 173 ff.
- Das *Kartellproblem* auf der Verfassungsstufe, WuR 1955, S. 165 ff.
- Probleme des ungeschriebenen *Verfassungsrechts*, in «Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht», ZBJV 91^{bis}, 1955, S. 95 ff.
- Grundsätze in der Auslegung der *Wirtschaftsartikel*, WuR 1958, S. 1 ff.
- *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie*, in «Ius et Lex», Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 535 ff.

- Der *Schutz der Staatsbürgerrechte* des Arbeitnehmers, ZSR NF 82, 1963, I, S. 131 ff.
- Das Gemeinwohl als Voraussetzung der *Enteignung*, ZSR NF 84, 1965, I, S. 39 ff.
- Die Verfassungsmäßigkeit des erweiterten *Notenbankinstrumentariums*, NZZ 14. 1. 1969, Nr. 27.

HUG W. Zur gesetzgeberischen Ausführung des *Kartellartikels* der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 89 ff.

HUMMLER A. Freiheit und Bindung in der schweizerischen Wirtschaftspraxis, WuR 1958, S. 134 ff.

IMBODEN M. *Normkontrolle und Norminterpretation*, in Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 133 ff.

- Der Richter im *Verbandsstaat*, WuR 1962, S. 214 ff.

JÄGGI P. Privatrecht und Staat, Freiburger Universitätsrede, Freiburg i. Ue. 1946.

- Fragen des privatrechtlichen Schutzes der *Persönlichkeit*, ZSR NF 79, 1960, S. 135 a ff.

JÖHR W.A. Die Beurteilung konkreter wirtschaftspolitischer *Probleme*, Bern 1947.

- Das Problem der *Wirtschaftsordnung*, in «Individuum und Gemeinschaft», St. Gallen 1949, S. 231 ff.
- Die Leistungen des *Konkurrenzsystems* und seine Bedeutung für die Wirtschaft unserer Zeit, SZVS 1950, S. 398 ff.

JUNOD Ch.-A. *Cartels, trusts et boycott en droit suisse*, Rivista delle società 1956, S. 979 ff.

KARTELLKOMMISSION. Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, Zürich (zit. Kartellkommission).

KIND F. Zur Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters 1968, S. 222 ff.

KOLLER A. Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 97 ff.

KRELLE W. Volkswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Kartellen, SZVS 1968, S. 239 ff.

KUMMER M. *Anwendungsbereich und Schutzgut* der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.

- Der *Begriff* des Kartells, Bern 1966.

KÜNG E. *Einzelinteresse und Gesamtinteresse*, in «Individuum und Gemeinschaft», St. Gallen 1949, S. 279 ff.

- Zur Problematik der freien *Konkurrenz*, WuR 1949, S. 73 ff.

- Der *Bojkott*, WuR 1953, S. 281 ff.

- Der ökonomische Aspekt des *Kartellwesens*, NZZ 1.11.1954, Nr. 2700.

- Zur wirtschaftlichen *Rechtfertigung* der Kartelle, Schweizer Monatshefte 1955, S. 20 ff.
- *Mißbrauchsbekämpfung* auf Umwegen, SZVS 1959, S. 417 ff.
- *Grundtendenzen* der staatlichen Wirtschaftspolitik, in Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 329 ff.

KUNDERT H. Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiet des Kartellwesens (BV 31^{bis} III d), Diss. Zürich 1954.

LEHNING H. Das Verbot der Diskriminierung von Lieferanten im deutschen und europäischen Recht, WuW 1966, S. 3 ff.

LOEVINGER L. Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1964, S. 588 ff.

LUKES R. Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.

MARBACH F. Über das *Kartell* und die Kartellierung in der Schweiz, Bern 1937.

- Zur Frage der antimonopolistischen *Intervention*, WuR 1949, S. 217 ff.
- Die «*Kartellinitiative*» in wettbewerbspolitischer Sicht, Herausgeber Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiterverband, Bern 1955.
- *Kartellpublizität* und «Möglicher Wettbewerb», WuR 1961, S. 103 ff.

MARTI H. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.

MERZ H. Über die Schranken der *Kartellbindung*, Bern 1953.

- Die *Widerrechtlichkeit* gemäß Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, in «Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht», ZBJV 91^{bis}, 1955, S. 301 ff.
- *Probleme* einer Kartellgesetzgebung in der Schweiz, WuR 1956, S. 81 ff.
- Bedeutsame Entwicklung der bundesgerichtlichen *Boykottrechtsprechung*, SJZ 52, 1956, S. 321 ff.
- Der «*Mögliche Wettbewerb*» und die zivilrechtlichen Bestimmungen im Kartellgesetzesentwurf vom April 1959, SZVS 1959, S. 429 ff.
- Der schweizerische *Entwurf* zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, RabelsZ 1960, S. 1 ff.
- Besprechung von BGE 85 II 489 (Triebold), ZBJV 96, 1960, S. 460 ff.
- Das *Wettbewerbsrecht*, in Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 355 ff.
- *Sicherung* oder *Abbau* der Wettbewerbsfreiheit? NZZ 27. 9. 1962, Nr. 3679.

- Die kartellistische Durchsetzung von *Preisvereinbarungen* und Kalkulationsnormen (Ein Beitrag zur rechtlichen Beurteilung der Preisunterbietung), in *Mélanges Roger Secrétan*, Lausanne 1964, S. 195 ff.
- Kartellrecht – *Instrument* der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit ? WuR 1966, S. 1 ff.
- Das schweizerische *Kartellgesetz* (Grundlagen und Hauptprobleme), Bern 1967.

MÖTTEL C. Interventionistische oder wettbewerbsorientierte Kartellgesetzgebung ? NZZ 13.12.1958, Nr. 3760.

MÜLLER-HENNEBERG H. Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW 1968, S. 659 ff.

MÜLLER J. P. Die Grundrechte der Verfassung und der *Persönlichkeitsschutz* des Privatrechts, Diss. Bern 1964.

NEF H. Handels- und Gewerbefreiheit, in Schweizerische Juristische Kartothek, Karten 616–622 a.

- Der *richterliche Schutz* der Handels- und Gewerbefreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 191 ff.
- Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des *Kartellgesetzentwurfes*, SZVS 1959, S. 439 ff.
- Die *Wertordnung* der schweizerischen Bundesverfassung, in Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 190 ff.

OFTINGER K. Die *Vertragsfreiheit*, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 315 ff.

PLASSMANN N. Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1968, S. 81 ff.

PREISBILDUNGSKOMMISSION. Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, Bern 1957.

RAISCH P. Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, JZ 1965, S. 625 ff.

RAISER L. *Vertragsfreiheit* heute, JZ 1958, S. 1 ff.

- *Vertragsfunktion* und Vertragsfreiheit, in «Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben», Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 101 ff.
- *Rechtsschutz* und Institutionenschutz im Privatrecht, in «*Summum ius summa iniuria*», Tübingen 1963, S. 145 ff.

RITTNER F. Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, S. 65 ff.

ROEMER W. Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Bemerkungen zu Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes), in «Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben», Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 545 ff.

- ROHR R. Der öffentlichrechtliche Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1962.
- RUGE D. Begriff und Rechtsfolgen des gleichförmigen Unternehmerverhaltens in Europa und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Köln/Berlin/München/Bonn 1968.
- SALIN E. Kartellverbot und Konzentration, *Kyklos XVI*, 1963, S. 177 ff.
- SCHAUMANN W. Wirtschaftlichkeit und Antitrustpolitik, *WuR* 1953, S. 50 ff.
- SCHLUEP W. R. *Markenschutzgesetz* und Kartellgesetz, in St. Galler Festgabe 1965, Bern 1965, S. 381 ff.
- Der *Alleinvertriebsvertrag* (Markstein der EWG-Kartellpolitik), Bern 1966.
 - Die *Rule of Reason* des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, *WuR* 1966, S. 36 ff.
- SCHULTZ H. Kartellabrede und Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1959, S. 257 ff.
- SCHÜRMANN L. Der *Kartellartikel* der Bundesverfassung, *WuR* 1958, S. 181 ff.
- Der *Geltungsbereich* des Kartellgesetzes, *WuR* 1963, S. 77 ff.
 - Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (*Kommentar*), Zürich 1964.
 - Stellung und Funktion der Schweizerischen *Kartellkommission* im Rahmen der Wettbewerbspolitik, *WuR* 1967, S. 1 ff.
 - Die Kartellkommission im Rahmen der *Wettbewerbspolitik*, Vortrag, *NZZ* 20. 1. 1967, Nr. 248.
 - Zur Entwicklung der kartellrechtlichen *Doktrin* in der Schweiz, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 135 ff.
 - Fragen aus der *Praxis* des Kartellrechtes, *WuR* 1968, S. 1 ff.
 - *Diskussionsvotum*, *SZVS* 1968, S. 313 ff.
 - Die *Durchführung* des Kartellgesetzes, Erfahrungen, Probleme, *WuR* 1969, S. 65 ff.
- SCHWYN TH. Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung, Diss. Zürich 1966.
- SIEBER H. Kritische *Würdigung* des Entwurfes zu einem schweizerischen Kartellgesetz, *WuR* 1959, S. 244 ff.
- Aktuelle *Probleme* der schweizerischen Wettbewerbspolitik, *WuR* 1967, S. 15 ff.
- SIEGWART A. Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rektoratsrede 15. 11. 1935, Freiburg i. Ue. 1936.
- SIMONIUS A. Les droits de la *personnalité*, *ZSR NF* 66, 1947, S. 21 ff.
- Die *Persönlichkeitsrechte* des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 281 ff.

- Ein verkanntes *Freiheitsrecht*, in Festgabe für Erwin Ruck, Basel 1952, S. 261 ff.
- SPEISER E. Staat und Wirtschaft, Parteien und Verbände, WuR 1952, S. 163 ff.
- STEINDORFF E. Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1959.
- STOCKER P. Wettbewerbspolitische Erfahrungen europäischer Staaten, SZVS 1965, S. 263 ff.
- STOHLER J. Vom «möglichen» zum tatsächlichen Wettbewerb, WuR 1968, S. 84 ff.
- STREISSLER E. Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der «Gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung», in «Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik», Heft 2, Wien 1960, S. 12 ff.
- STUDER M. Kartelle und das Recht auf Entfaltung der wirtschaftlichen Leistungskraft, Diss. Zürich 1958.
- TANNER H. Die Kartellbestimmung der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Bern 1950.
- ULE C. H. Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 2. unv. A. 1961, S. 309 ff.
- USTERI M. Das schweizerische Recht über das wirtschaftliche *Verhalten* im Hinblick auf das Kartellproblem, WuR 1956, S. 94 ff.
- Die Handels- und Gewerbefreiheit nach der Abstimmung über die *Kartellinitiative*, Schweiz. Arbeitgeberzeitung 1958, S. 765 ff. und S. 786 ff.
- Zwischen wirtschaftlicher *Kollektiv- und Einzeltyrannei* (Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil i. S. Giesbrecht gg Vertglas), WuR 1961, S. 86 ff.
- *Theorie* der Verwaltung in Formen des Privatrechts, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Bd. XXXVIII, 1964, S. 167 ff.
- *Grundzüge* des schweizerischen öffentlichen Rechts über die Kartelle, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 153 ff.
- VUARIDEL R. Les problèmes économiques de la loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues et de son application, Revue économique et sociale 1967, S. 279 ff.
- L'objet et le niveau de la *concurrence* dans la théorie économique et dans la jurisprudence, WuR 1968, S. 111 ff.
- WERTHEMANN C. Die Bedeutung der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte für die privatrechtlichen Beziehungen, Diss. Basel 1960 (Maschinenschrift).
- WESPI K. Die Drittewirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1966.

WINTERBERGER G. Bemerkungen zum schweizerischen Kartellgesetzentwurf, SZVS 1959, S. 421 ff.

WOLF E. Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, ZSR NF 51, 1932, S. 51 ff.

WÜRDINGER H. Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, S. 392 ff.

ZACHER H. Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 63 ff.

ZSCHOKKE H.P. Der schweizerische *Rechtsstaat* und die Kartellgesetzgebung, Vortrag, Basel 1956.

- Staats- und wirtschaftspolitische *Erwägungen* zur geplanten schweizerischen Kartellgesetzgebung, Vortrag, sine loco, 1961.
- Die *chemische Industrie*, in Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 89 ff.

EINLEITUNG

Das Kartellrecht allgemein und das schweizerische Kartellrecht im besonderen stellen Wissenschaft und Praxis vor eine Fülle von Problemen und Fragen. Auswahl und Konzentration auf bestimmte Fragenkomplexe ist unumgänglich. Die Diskussion über Probleme des Kartellrechts wurde in der Schweiz während langer Zeit de lege ferenda, teilweise parallel mit der Erörterung von Fragen betreffend die Anwendung derjenigen Rechtsnormen, welche vor Erlaß des KG die sedes materiae für die Beurteilung von Kartellfällen bildeten, geführt. Nach Inkrafttreten des KG muß sich das Interesse vor allem den mit seiner Anwendung zusammenhängenden Fragen zuwenden. Dabei geht es u.E. in den frühen «Lebensabschnitten» dieses Gesetzes in erster Linie darum, die den rechtsanwendenden Behörden durch das KG übertragenen Aufgaben zu charakterisieren und zu analysieren, und dadurch die begriffliche und systematische Grundlage für ihre Erfüllung zu festigen.

Wir möchten deshalb Klarheit zu gewinnen suchen über die Aufgaben, welche der Rechtsordnung im Bereich des Kartellrechts allgemein gestellt sind; darüber, wieweit und wie das schweizerische Recht sie gelöst hat, und welcher Art die bei der Rechtsanwendung noch zu beantwortenden Fragen sind.

Im ersten Teil werden wir, nach Beschreibung der Gegenstand der rechtlichen Ordnung bildenden soziologischen Sachverhalte, die Grundfragen ermitteln, welche durch Erlaß von Rechtsnormen beantwortet werden müssen. Im zweiten Teil soll untersucht werden, inwieweit und in welchem Sinne die schweizerische Rechtsordnung diese Grundfragen beantwortet hat. Im dritten Teil werden wir uns mit der Eigenart und gewissen besonderen Aspekten der bei der Anwendung des KG zu erfüllenden Aufgaben befassen. Wir hoffen, damit einen Beitrag zu ihrer zukünftigen Bewältigung leisten zu können.

Erster Teil

DIE DER RECHTSORDNUNG IM BEREICH DES KARTELLRECHTS GESTELLTEN GRUNDFRAGEN

§ 1. Die Gegenstand rechtlicher Ordnung bildenden soziologischen Sachverhalte und die darauf bezüglichen Grundfragen

I. Beim Kartell

Das Recht befaßt sich mit der an der Idee der Gerechtigkeit orientierten Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen durch die Aufstellung generell-abstrakter Normen, welche auf die einzelnen von ihnen erfaßten Sachverhalte, Tatbestände, angewendet werden¹. Um die der Rechtsordnung mit Bezug auf die Erscheinung der Kartelle und kartellähnlicher Organisationen gestellten Aufgaben, die von ihr zu beantwortenden Grundfragen zu erfassen, müssen die Erscheinungen also auf zwischenmenschliche Beziehungen «reduziert» werden. Dabei nehmen wir zum Ausgangspunkt die Kartelldefinition in Artikel 2 KG: Danach «gelten als Kartelle im Sinne dieses Gesetzes Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für

¹ JÄGGI, Persönlichkeit, S. 146 a: «Die Menschen treten als Geistwesen und in ihrer einmaligen Erscheinung zueinander in Beziehung. Diese Beziehungen sind es, die (einzig) unter dem Gesichtspunkt des Gerechten betrachtet werden können und daher den Gegenstand alles Rechtlichen bilden.»
S. 173 a: «Jeder rechtserhebliche Tatbestand enthält als Kern ein menschliches Verhalten – ein schon geübtes oder erst gedachtes –, das den Lebensbereich eines anderen berührt. Die rechtliche Grundfrage geht dahin, ob dieses Verhalten gerecht ist.»

bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind...».

Die Existenz von Kartellen im hier verstandenen Sinne (außer Betracht bleiben z.B. Zwangskartelle) setzt voraus, daß die Wirtschaftssubjekte über ihre wirtschaftliche Tätigkeit, d.h. über ihr Verhalten zur Befriedigung ihrer wirtschaftlichen Bedürfnisse, grundsätzlich frei von staatlichem Befehl, selbständig entscheiden können. Denn es ist ein Wesenszug des Kartells, daß die daran Beteiligten ihr wirtschaftlich relevantes Verhalten freiwillig, aus eigener Willensentscheidung in bestimmter Hinsicht «koordinieren», «ausrichten», «gleichschalten».

Zwischenmenschliche Beziehungen bestehen beim soziologischen Sachverhalt des Kartells in zwei Richtungen: Die Beteiligten legen sich mit Bezug auf ihr wirtschaftliches Verhalten gegenseitig gewisse Bindungen auf; anstatt daß jeder seine in Frage stehenden Willensentscheidungen unabhängig von denjenigen der anderen Beteiligten trifft, verpflichtet er sich, sie entsprechend den gemeinsam festgelegten Richtlinien zu fassen². Die Frage nach der Tragweite der übernommenen Bindungen für die daran Beteiligten und für ihre Interessen (interner Kartellzwang) wird uns hier nicht hauptsächlich beschäftigen.

Die gemeinschaftliche Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens bewirkt sodann (und dies ist in aller Regel auch einer ihrer Hauptzwecke) für diejenigen Wirtschaftssubjekte, welche am Kartell nicht beteiligt sind, für die aber das gleichgerichtete Verhalten relevant ist, eine Veränderung

² Die kartellistische Bindung hat Verhaltensweisen zum Gegenstand, durch welche die Beteiligten bestrebt sind, ihre Aussichten auf wirtschaftlichen Erfolg zu verbessern, oder jedenfalls vor Verschlechterung zu schützen. Bei Fehlen der Bindung würden sie sich möglicherweise gegensätzlich verhalten, sie würden «in Wettbewerb stehen». Die kartellistische Bindung ist deshalb gleichbedeutend mit «gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs», gemeinsamer Festlegung verbindlicher Richtlinien für das individuelle wirtschaftliche Verhalten.

der tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen sie ihrerseits ihre Willensentscheidungen treffen. Durch die gemeinschaftliche Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens wird also auf die Willensentscheidungen Dritter Einfluß genommen oder doch erstrebt³. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Beispiel 1: Ein Kartell setzt einheitliche Preise fest, zu denen die Beteiligten verkaufen. Die Abnehmer stehen also einem vereinheitlichten Angebot gegenüber. Dadurch werden die tatsächlichen Verhältnisse, unter denen die Abnehmer ihre eigenen wirtschaftlichen Willensentscheidungen treffen, verändert; dies ist gleichbedeutend mit Beeinflussung dieser Willensentscheidungen.

Beispiel 2: Kontingentierung. Das Kartell setzt für die einzelnen Beteiligten Lieferkontingente fest. Hat ein Beteiligter sein Kontingent geliefert, so darf er keine weiteren Lieferverträge mehr schließen. Dadurch wird die Abschlußfreiheit der Beteiligten beschränkt; für die Abnehmer wird der Kreis der verfügbaren Lieferanten eingeengt, was wiederum Beeinflussung ihrer Willensentscheidungen bedeutet.

Beispiel 3: Vertikale Ausschließlichkeitsvereinbarung. Die Mitglieder eines Lieferantenkartells beliefern nur die Mitglieder des Abnehmerkartells, und diese beziehen nur von Mitgliedern des ersten. Für einen Abnehmer, der nicht Mitglied des Abnehmerkartells ist, wird also der Kreis der möglichen Lieferanten eingeschränkt. Damit wird wiederum seine Willensentscheidung beeinflußt.

Die Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter ist dem System der Privatautonomie eigentümlich, denn jede auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit bezweckt letzten Endes, möglichst viele Glieder der Marktgegenseite

³ Es handelt sich um «materielle Wettbewerbsbeschränkung» im Sinne von BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 29 «die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt».

zum Vertragsabschluß zu «bewegen», also daraufhin zu beeinflussen⁴. Die kartellmäßige Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter ist dadurch gekennzeichnet, daß sie mittels gemeinschaftlicher Gleichrichtung des Verhaltens der Kartellmitglieder erfolgt; also durch Vereinheitlichung dieses Verhaltens und damit verbundene «Beschränkung der der Marktgegenseite offenstehenden Alternativen». Damit ist das für die rechtliche Behandlung des Kartellphänomens zentrale Thema bezeichnet. Die erste von der Rechtsordnung zu beantwortende Grundfrage A lautet deshalb:

«Ist es grundsätzlich zulässig, durch das spezifische Mittel gemeinschaftlicher Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens⁵ auf die Willensentscheidungen Dritter Einfluß zu nehmen?»

II. Bei kartellähnlichen Organisationen

Das den soziologischen Sachverhalt des Kartells für die rechtliche Betrachtung kennzeichnende Moment ist die durch kollektive Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens erstrebte oder erfolgende Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter.

Das KG bezieht gestützt auf Artikel 31^{bis}, Abs.3, lit.d, BV in seinen Geltungsbereich auch sogenannte «kartellähnliche Organisationen» ein. Dieser Begriff umfaßt gemäß Artikel 3 KG drei verschiedene soziologische Sachverhalte:

1. «Stillschweigendes Abstimmen» wirtschaftlichen Verhaltens. Dieser Sachverhalt enthält, wie derjenige des Kartells, das Element der Mehrzahl selbständig handelnder Unternehmungen sowie das Element der «Gleichrichtung»

⁴ Vgl. z.B. von Büren, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb, Zürich 1957, N.2 zu Art.1 UWG: «Wer seine Leistungen an den Mann bringen will, muß beeinflussen.»

⁵ Solche Gleichrichtung kann durch Eingehen rechtsverbindlicher Verpflichtung bzw. durch Erlaß eines rechtsverbindlichen Beschlusses zu bestimmtem Verhalten erfolgen oder aber auf Grund unverbindlicher Abrede («gentlemen's agreement»).

des wirtschaftlichen Verhaltens mehrerer «Beteiligter». In dessen fehlt das Element der «Gemeinsamkeit» solcher Gleichrichtung; der Sachverhalt des «stillschweigenden Aufeinander-Abstimmens» charakterisiert sich gerade durch das Fehlen einer Abrede⁶; positiv gesagt: durch die Tatsache, daß die «abstimmenden» Unternehmen je einzeln, ohne Verbindlungsaufnahme untereinander, aber doch unter Berücksichtigung des Verhaltens der übrigen «Beteiligten», handeln.

2. Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen durch Kapitalbeteiligung oder andere Mittel. Dieser Sachverhalt enthält zwar das Element der Mehrzahl von Unternehmungen, aber weder dasjenige der Gleichrichtung mehrerer selbständig Handelnder, noch dasjenige der Gemeinsamkeit; er zeichnet sich vielmehr dadurch aus, daß trotz Mehrzahl von «Beteiligten» eine einheitliche Willensbildung durch andere Mittel als gemeinsame Abrede oder «Aufeinander-Abstimmen» erreicht wird⁷.

3. Einzelne Unternehmungen. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich durchgehend von demjenigen des Kartells; das einzige gemeinsame Element ist dasjenige der Marktbeeinflussung⁸.

⁶ Vgl. BOTSCHAFT, S. 575; KUMMER, Begriff, S. 6 u. 25 ff.; RUGE, S. 23; VUARIDEL, Problèmes, S. 284 und 307 weist darauf hin, daß die französische Fassung («les entreprises qui accordent tacitement leur comportement») Anlaß zu Verwirrung gibt. Im Falle Miniera/Küderli BGE 90 II 506 wurde das Vorliegen stillschweigender Abstimmung verneint; kritisch dazu MERZ, ZBJV 101, 1965, S. 436 ff.; für einen Fall solcher «Abstimmung» vgl. KARTELLKOMMISSION, 1968, S. 195.

⁷ KUMMER, Begriff, S. 17 ff., insbesondere S. 21: Durch die Zusammenfassung verlieren die angeschlossenen Unternehmungen ihr Eigenleben und «werden gehorsame Glieder eines einheitlich gelehnten Wirtschaftsgefüges».

⁸ ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmungen, S. 215: «Die Ähnlichkeit der sogenannten kartellähnlichen Organisation mit den Kartellen liegt bei der Marktmacht sowie bei den Möglichkeiten des Machtmissbrauches und nicht etwa im organisatorischen Bereich.»

Allen durch Artikel 3 KG erfaßten Sachverhalten ist das Element der Beeinflussung von Willensentscheidungen Dritter eigen. Hierin liegt das Gemeinsame zwischen Kartell und kartellähnlicher Organisation; und zwar muß es sich nach Artikel 3 KG, anders als beim Kartell, um tatsächlich erfolgende, nicht bloß erstrebte Beeinflussung handeln, und diese muß den besonderen Grad der «Beherrschung» oder «maßgeblichen Beeinflussung» erreichen⁹.

Entsprechend der Verschiedenheit der soziologischen Sachverhalte sind die von der Rechtsordnung mit Bezug auf kartellähnliche Organisationen zu beantwortenden Grundfragen zu differenzieren:

Zu 1

Ist es grundsätzlich zulässig, daß mehrere Unternehmungen auf die Willensentscheidungen Dritter dadurch Einfluß nehmen, daß sie ihr wirtschaftlich relevantes Verhalten stillschweigend aufeinander abstimmen?

Zu 2

Ist es grundsätzlich zulässig, auf die Willensentscheidungen Dritter dadurch Einfluß zu nehmen, daß mehrere Unternehmungen durch Kapitalbeteiligung oder andere Mittel zu einheitlicher, zentraler von den einzelnen «Beteiligten» unabhängiger Willensbildung zusammengefaßt werden?

Zu 3

Da bei grundsätzlicher Anerkennung der Privatautonomie jede einzelne Unternehmung einen gewissen Einfluß auf die Willensentscheidungen Dritter ausübt (s. vorne S.27f.),

⁹ Im Rahmen dieser Arbeit wird die Frage nicht behandelt, ob der Gesetzgeber durch Erfassung der marktmächtigen Einzelunternehmung den durch BV Art.31, Abs.3 lit. d, gezogenen Rahmen seiner Zuständigkeit überschritten habe. Vgl. dazu eingehend z.B. KUNDERT, S.54: «Die Materialien beweisen eindeutig, daß die Anwendung der Kartellbestimmung auf Monopolgebilde beschränkt bleiben muß, die durch das Merkmal des Zusammenschlusses von Konkurrenten gekennzeichnet sind»; ROHR, S.81 f.

kann hier die Grundfrage nicht lauten, ob die Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter überhaupt zulässig sei¹⁰. Sie lautet vielmehr, ob Einflußnahme bestimmter Intensität oder bestimmter Art an und für sich unzulässig sei.

Angesichts der Verschiedenheit der Gegenstand rechtlicher Ordnung bildenden soziologischen Sachverhalte stellt sich allgemein und jeweils im einzelnen die Frage, ob und wie deren vom KG angestrebte «sinngemäße» Gleichbehandlung sich verwirklichen lasse¹¹. Die zusätzliche Problematik, die mit der in Artikel 2, Abs. 2 KG erfolgten «Gleichstellung» von Preisbindungen der zweiten Hand mit Kartellen zusammenhängt, bleibt in dieser Arbeit außer Betracht.

Bei positiver Beantwortung der vorstehend formulierten Grundfragen (bzw. negativer Beantwortung der Frage A.3) stellen sich mit Bezug auf Kartelle und kartellähnliche Organisationen die weiteren Fragen:

III.

B: Gibt es eine absolute, von der Interessenlage im konkreten Fall schlechthin unabhängige Grenze zulässiger Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter?

¹⁰ Wie die PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 147, ausführt, «können die oft sehr starken oligopolistischen und einzelmonopolistischen Machtstellungen gar nicht verboten werden, da sie in der Unternehmung selber und nicht auf verbandlicher Organisation oder auf finanziellem Unternehmungs-Zusammenschluß begründet sind. Ein Kartellverbot trifft nur eine Organisationsform, ein Oligopol- oder Monopolverbot, d.h. ein Verbot der Marktmacht, trafe die Unternehmung selber».

¹¹ Es hat sich im Verlaufe unserer Arbeit gezeigt, daß die gründliche Untersuchung dieses hochinteressanten Problems Gegenstand gesonderter Untersuchung bilden muß. Wir werden uns nur an vereinzelten Punkten damit näher befassen können. Vgl. hiezu beispielsweise VUARIDEL, Problèmes, S. 284: «L'assimilation faite par l'art. 3 de la loi des organismes analogues à des cartels paraît bien arbitraire à un économiste.» ZSCHOKKE, Erwägungen, S. 15f.

Sofern Frage B verneint wird, ist weiter zu fragen:

C: Welche Interessen sind bei der Bestimmung der Grenzen zulässiger Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter zu berücksichtigen; und

D: Nach welchem Maßstab sind die in Betracht fallenden Interessen zu werten?

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Gegenstand der rechtlichen Regelung im Bereich des Kartellrechts bildet die von privaten Rechtssubjekten ausgeübte oder erstrebte Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter, ausgehend entweder (1) von mehreren gemeinsam koordiniert handelnden Rechtssubjekten, (2) von mehreren Rechtssubjekten, aber unter Einsatz anderer Methoden als der gemeinsamen Koordination, oder (3) von einzelnen Rechtssubjekten. Die Bezeichnung «Kartellrecht» ist im Grunde genommen zu eng¹²; will man den einheitlichen Ausdruck «Kartellrecht» beibehalten, dann sollte unterschieden werden zwischen Kartellrecht im engeren Sinne, erfassend die Tatbestände unter (1) und Kartellrecht im weiteren Sinne, betreffend die Tatbestände unter (2) und (3).

§ 2. Wesen und Bedeutung der Grundfragenbeantwortung

I.

Die Lösung der der Rechtsordnung im Bereich des Kartellrechts im engeren Sinne gestellten Aufgabe erfolgt in zwei Stufen. Zunächst muß entschieden werden, ob kollektive Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens

¹² Vgl. z.B. MARBACH, Exp., I, S.55: «Kartellgesetz ist nur ein Stichwort und darf nicht als eine Beschränkung unserer Aufgabe auf die Regelung kartellistischer Mißbräuche aufgefaßt werden.»

zur Einflußnahme auf fremde Willensentscheidungen überhaupt zulässig sei. Wird diese Grundfrage positiv beantwortet, so stellen sich die weiteren Fragen betreffend den zulässigen Grad solcher Einflußnahme. Die Feststellung der «Zweistufigkeit» der gesetzgeberischen Stellungnahme gilt auch mit Bezug auf «kartellähnliche Organisationen». Bevor die Grenze zulässiger Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter durch solche Organisationen gezogen wird, müssen die oben formulierten grundlegenden Fragen beantwortet werden. Dies geschieht zwar oft stillschweigend; gedanklich muß aber die Besonderheit der Grundfragen erfaßt und müssen sie von den weiteren Fragen betreffend den zulässigen Grad solcher Einflußnahme getrennt werden.

Ein Beispiel für die ausdrücklich negative Beantwortung der oben formulierten Grundfragen A.1 und A.2 bildet Section 2 des amerikanischen Sherman Act. Dieser lautet:

«Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor.»

Danach ist das systematische Erstreben von Marktmacht («to monopolize») durch einzelne oder mehrere Unternehmungen verboten. Implizite wird aber die Existenz von Marktmacht als solcher, die nicht auf «monopolization» beruht, anerkannt¹³. Andererseits ist Artikel 86 des EWG-Vertrages ein Beispiel für die stillschweigend positive Beantwortung der oben formulierten Grundfragen A.1 und A.2, Artikel 86, Abs. 1 lautet:

«Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.»

¹³ Vgl. z.B. *United States v. United Shoe Machinery Corp.* 110 F. Supp. 295, 324 (1953) und 347 U.S. 521 (1954).

Danach ist das Erstreben von Marktmacht durch einzelne oder mehrere Unternehmungen grundsätzlich zulässig¹⁴. Eine schwierige und kontroverse Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen allenfalls Artikel 85 EWGV Anwendung finde, falls Marktmacht durch Zusammenschluß mehrerer Unternehmen erstrebt wird¹⁵.

Es ist m.E. wichtig, die Stufenfolge der «Grundfragen» zu betonen, da vor allem in der Diskussion um die Tragweite des Artikels 31 BV oft aus der Beantwortung der Frage nach dem zulässigen Grad privater Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter unrichtigerweise eine negative Beantwortung der Grundfrage nach der prinzipiellen Zulässigkeit solcher Einflußnahme abgeleitet wird. Beispielsweise folgert GRUNER¹⁶ (worauf unten S.39 ff. näher einzugehen ist) aus seiner Behauptung, Artikel 31 BV sei bei Erlaß im Jahre 1874 gegen «privatrechtliche Monopole» (Sperrung vom Verf.) gerichtet gewesen, es ergebe sich aus dieser Verfassungsbestimmung die «Unvereinbarkeit von Kartellen mit der HGF»¹⁷. Dabei wird übersehen, daß die (behauptete, u.E. jedoch nicht erfolgte) Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers gegen spezifisch intensive private Machtstellungen (Monopole) nicht notwendigerweise auch die Entscheidung gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Koordination privaten wirtschaftlichen Verhaltens enthält. Die Grundsatzfrage, ob solche Koordination über-

¹⁴ Vgl. z.B. DERINGER, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar, Düsseldorf 1963 ff., N.1 zu Artikel 86; GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. A., Heidelberg 1965, N. 2 und 3 zu Art. 86.

¹⁵ Vgl. dazu z.B. GLEISS/HIRSCH, a.a.O. N.24 zu Art.85; sowie «Memorandum of the Commission of the EEC to the Governments of the Member States on Concentration of Enterprises in the Common Market» in Common Market Report, Nr.26, 17. März 1967. Vgl. FIKENTSCHER, Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 261 ff.

¹⁶ GRUNER, Wirtschaftsordnung NZZ, 19.8.1958, Nr. 2363.

¹⁷ GRUNER, Staatsordnung, S.153.

haupt zulässig sein solle, ist zu trennen von der Frage, welchen Grad der durch sie bewirkte oder ermöglichte Einfluß auf Willensentscheidungen Dritter erreichen dürfe.

II.

Jede Rechtsordnung, welche den Wirtschaftssubjekten prinzipiell die Befugnis gewährt, über ihr wirtschaftliches Verhalten selbständig zu entscheiden (Privatautonomie), muß die unter «A» formulierten Fragen beantworten. Es geht dabei um die Bestimmung der Tragweite dieser Befugnis, um ihre denknotwendige Begrenzung¹⁸. Der Beantwortung dieser Grundfragen kommt in zweifacher Hinsicht fundamentale Bedeutung zu: Einmal persönlichkeitsrechtlich, indem durch die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit kollektiver Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter gleichzeitig entschieden wird, ob Dritte solche Einflußnahme grundsätzlich zu dulden haben oder ihr gegenüber ein persönlichkeitsrechtlich begründetes Ausschlußrecht besitzen. Sodann wirtschaftsverfassungsrechtlich, indem bei positiver Beantwortung dieser Grundfrage den Wirtschaftssubjekten die Befugnis eingeräumt wird, auf die Gestaltung des Verfahrens der Wirtschaftswillensbildung Einfluß zu nehmen¹⁹. So wichtig und

¹⁸ Vgl. z. B. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 189.

¹⁹ HOMBURGER, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 33. Vgl. dazu z. B. STEINDORFF, S. 17, der von der Wirtschaftsverfassung als «Zuständigkeitsordnung» spricht. Ähnliche Gedankengänge entwickelt GYGI, Rechtsfragen, S. 143 ff.: «Der Entscheid für privat-autonome Wirtschaftsordnung bedeutet eine erste liberale und zugleich globale Kompetenzaufteilung oder eine Gewaltenteilung im Ökonomischen, nämlich zwischen Staat und Privaten» (143). Wird das Gewaltenteilungsprinzip als organisatorische Zuständigkeitsgliederung aufgefaßt, so «läßt sich die Bekämpfung der Kartellmißbräuche auf den Gewaltenteilungsgedanken zurückführen, sofern man nach Walther Burckhardt die Privatautonomie und das Wirtschaftseigentum als eine Zuständigkeit im Prozeß der

zutreffend die Erkenntnis ist, daß die Anerkennung der Privatautonomie und die Bestimmung ihrer Schranken immer (auch) wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung hat²⁰, so notwendig ist der Hinweis, daß, jedenfalls in der Schweiz, die den Rechtssubjekten mit Anerkennung der Privatautonomie eingeräumte Befugnis von der «Kompetenz» staatlicher Organe wesensverschieden ist. Wie BURCKHARDT ausführt, ist Privatautonomie nicht zugleich Obliegenheit.

«Die staatlichen Organe sind verantwortlich für die Ausübung ihres Amtes; die Privaten sind nicht verantwortlich für die Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit²¹.» Mit Gewährung der Privatautonomie «wird der Mensch um seiner selbst willen anerkannt»²², und er ist nicht ein «citoyen chargé d'un service public»²³ oder «Funktionär der Gesamtrechtsordnung»²⁴.

Im vorgehenden wurde versucht, die soziologischen Sachverhalte, also den Gegenstand rechtlicher Regelung im Bereich des Kartellrechts zu bestimmen und durch Formu-

ökonomischen Produktions- und Verteilungsordnung auffassen darf oder vielmehr richtigerweise auffassen muß» (144).

²⁰ MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 32 zu ZGB Art. 2: «Die von der Privatautonomie gewährte Freiheit der Rechtsgestaltung verwirklicht zugleich ein individuelles und soziales Interesse. Sie dient dem Einzelnen und hat gerade in dieser Funktion eine fundamentale institutionelle Bedeutung für den Gesamtcharakter der Rechtsordnung.»

²¹ BURCKHARDT, a.a.O., S.191.

²² OFTINGER, Vertragsfreiheit, S.323.

²³ SAVATIER, in Recueil Dalloz, Chronique, 1946, 28, zit. nach OFTINGER, a.a.O.

²⁴ BIEDENKOPF, Macht, S.134; vgl. dazu hinten S.56 ff. USTERI, Theorie, S.190, der die These ablehnt, daß «den Privaten nicht mehr eine wirkliche Freiheitssphäre zur Selbstentfaltung garantiert wird», sondern daß «sie vielmehr als Träger wirtschaftlicher und sozialer Leistungen zur Lösung der Gesamtaufgabe der Lebensbewältigung beizutragen haben»; in ähnlicher Richtung wie die hier abgelehnte These gehen die Gedankengänge STUDERS, vgl. hinten N.117.

lierung der vom Gesetzgeber hauptsächlich zu beantwortenden Grundfragen die ihm gestellten Aufgaben zu bezeichnen. Im folgenden soll nun untersucht werden, wie die schweizerische Rechtsordnung diese Grundfragen beantwortet.

Zweiter Teil

DIE BEANTWORTUNG DER GRUNDFRAGEN DURCH DIE SCHWEIZERISCHE RECHTSORDNUNG

§ 3. Grundfrage A

I. Bundesverfassung

1. Betreffend Kartelle

«Ist es grundsätzlich zulässig, durch das spezifische Mittel gemeinschaftlicher Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens auf die Willensentscheidungen Dritter Einfluß zu nehmen?»

A. Artikel 31, Abs. 1 BV «gewährleistet die HGF im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft, soweit sie nicht durch die BV und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist». In Artikel 31^{bis}, Abs. 3, lit. d wird dem Bund die Befugnis eingeräumt, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der HGF, Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen...». Der Wortlaut dieser Verfassungsbestimmungen, insbesondere Artikel 31^{bis}, Abs. 3, lit. d gibt m.E. eine eindeutige Antwort auf die Grundfrage «A» im Sinne der grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen und damit der gemeinschaftlichen Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens zur Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter. Diese Feststel-

lung wird bestätigt durch zahlreiche Äußerungen aus den parlamentarischen Beratungen und durch die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung²⁵. Hervorzuheben ist, daß der Verfassungsgesetzgeber von 1947, im Gegensatz zu demjenigen von 1874, volle Klarheit besaß über Grundlagen und Tragweite des hier diskutierten Problems²⁶. Er war sich der Existenz und der Bedeutung von Kartellen usw. bewußt und kannte besonders das Spannungsverhältnis zwischen dem «Prinzip der freien Konkurrenz» und der tatsächlichen Gestaltung des Wirtschaftsablaufs, wie es sich auf Grund des ursprünglichen Artikels 31 BV entwickelt hatte²⁷. Ich erachte es unter diesen Umständen als nicht haltbar, aus der BV abzuleiten, der Verfassungsgesetzgeber habe die Grundfrage nach der prinzipiellen Zulässigkeit gemeinschaftlicher Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens negativ beantwortet. Hätte der Verfassungsgesetzgeber dies tun wollen, so hätte dies eine radikale Änderung gegenüber dem früheren Rechtszustand bedeutet, und ein solcher «Bruch der Kontinuität»²⁸ wäre zweifellos ausdrücklich vollzogen worden²⁹.

²⁵ Vgl. für Belegstellen statt vieler: KUNDERT, S. 78 ff., insbesondere S. 87/88; JUNOD, Cartels, S. 987/1001; DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 104; DERSELBE, Effets, S. 82f.; USTERI, Verhalten, S. 94 ff., insbesondere S. 104 und Grundzüge, S. 153 und 160. ALLEMANN, Gruß- und Dankadresse, S. 236: «Im Falle der Schweiz ist durch die verfassungsmäßige Verankerung des Mißbrauchsbekämpfungsprinzips die Zulässigkeit kartellistischer Marktsteuerung eindeutig anerkannt.»

²⁶ Vgl. z.B. ROHR, S. 63, wo ausgeführt wird, daß «nach dem Ersten Weltkrieg die Antinomie zwischen gewollter und gewachsener Wirtschaftsordnung sich nicht mehr erkennen ließ».

²⁷ Vgl. dazu HOMBURGER, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 33 ff.

²⁸ ZSCHOKKE, Rechtsstaat, S. 17.

²⁹ Vgl. HUBER, Grundrechte, S. 186: ... es wäre «ein unhistorisches Denken, wollte man glauben, daß das Kartellproblem und das Problem wirtschaftlicher Macht und Übermacht durch eine bloße Revision der Lehre von der ausschließlichen Staatsgerichtetheit der Wettbewerbsfreiheit gelöst werden könnte».

B. Die Auffassung, Artikel 31 und 31^{bis}, Abs.3, lit.d BV brächten eine positive Stellungnahme des Verfassungsgesetzgebers zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Koordinierung privaten wirtschaftlichen Verhaltens zum Ausdruck, wird von verschiedenen Autoren³⁰ mit unterschiedlicher Begründung abgelehnt. Im folgenden sollen einzelne dieser Stellungnahmen näher erörtert werden.

a) GRUNER verficht die These, mit Erlaß des Art.31, Abs.1 BV im Jahre 1874 sei die Unzulässigkeit privatautonomer kollektiver Wettbewerbsbeschränkungen statuiert worden. Er begründet sie im wesentlichen wie folgt: Der damalige Verfassungsgesetzgeber habe mit Artikel 31 BV «hauptsächlich das Ziel verfolgt, das System der freien Konkurrenz möglichst ungehindert spielen zu lassen und es von den letzten noch vorhandenen Hemmungen – damals ausschließlich noch im Gewande kantonaler Gewerbeordnungen – zu befreien». «Wenn Artikel 31 BV gegen die staatlich approbierten, ehemals zünftlerischen Monopole gerichtet war und damit die integrale Konkurrenzfreiheit verwirklichen wollte, so ist nicht einzusehen, wieso er nicht auch gegen privatwirtschaftliche Monopole gerichtet gewesen wäre, wenn solche damals überhaupt vorhanden oder wenn man deren Existenz hätte ahnen können oder befürchten müssen³¹.»

Wie schon vorne (S.34) hervorgehoben wurde, fällt auf, daß GRUNER das angeblich in Artikel 31 BV enthaltene Verbot einmal als gegen «privatwirtschaftliche Monopole» gerichtet erklärt, an anderer Stelle³² daraus aber die «Unvereinbarkeit von Kartellen mit der HGF» ableitet.

³⁰ GRUNER, unten N.31/32; z.B. GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S.283, Die Handels- und Gewerbefreiheit, S.176; GYSIN, S.428/9; HUBER, Interventionismus, S.175; TANNER, S.36, u.a., SCHLUEP, Markenschutzgesetz, S.397.

³¹ NZZ, Nr. 2363 vom 19.8.1958.

³² GRUNER, Staatsordnung, S.152 ff.

MERZ³³ spricht von «privaten Machtstellungen». Diese Begriffe bezeichnen verschiedene Intensitätsgrade privatautonomer Koordination; es erscheint uns zur Erreichung des hier verfolgten Ziels wichtig, die Fragestellung zunächst darauf zu beschränken, wie unsere Rechtsordnung zum Prinzip der privatautonomen Koordination Stellung nimmt.

Gegen die These der «Ahnungslosigkeit» des damaligen Verfassungsgesetzgebers mit Bezug auf «potentielle private Eingriffe in die Individualosphäre» spricht einmal die von GRUNER selber hervorgehobene Tatsache, daß die damals staatlich approbierten zünftlerischen Monopole ursprünglich auf privatautonomer Grundlage entstanden waren³⁴. Sodann weist z.B. KÜNG³⁵ darauf hin, daß

«schon die klassischen Nationalökonomen – und nicht zuletzt Adam Smith – sich durchaus darüber im klaren waren, daß der Konkurrenzmechanismus als Kontrollorgan der Individualinteressen die ihm zugedachte Aufgabe nicht kritiklos und unter allen Umständen zu lösen vermochte, und daß er dazu vor allen Dingen nur beim Fehlen von Monopolen und anderen Ausbeutungsmethoden imstande war.»

Schließlich wird die erwähnte These auch dadurch entkräftet, daß andere Staaten private Assoziationen zur Beschränkung der freien Konkurrenz schon vor 1874 ausdrücklich verboten hatten, so z.B. Frankreich durch Art. 419 des Code Pénal von 1810. Da der schweizerische Verfassungsgesetzgeber von 1874 diese Regelung zweifellos kannte, wußte er auch um die Existenz des Gegenstand der genannten Norm bildenden Problems. Muß also die Behauptung seiner «Ahnungslosigkeit» mit Bezug auf diese Probleme abgelehnt werden, so entfällt die Grundlage für die darauf gestützte

³³ MERZ, Kartellgesetz, S. 4: ... «Mit der Garantie der HGF sollte ... die freie Konkurrenz nicht nur ermöglicht, sondern auch verwirklicht werden – auch gegenüber privaten Machtstellungen».

³⁴ GRUNER, Staatsordnung, S. 152.

³⁵ KÜNG, Einzelinteresse und Gesamtinteresse, S. 282, 284.

Folgerung, der Verfassungsgesetzgeber von 1874 hätte die Garantie der HGF auch als absolutes Verbot von Kartellen verstehen wollen, und deshalb ergebe sich aus dieser Garantie die «Unvereinbarkeit von Kartellen mit der HGF». Diese Folgerung beruht auf der Konstruktion der hypothetischen Entscheidung einer Frage, die sich dem damaligen Verfassungsgesetzgeber als durch Rechtsnorm zu entscheidende Frage gar nicht stellte³⁶.

Wie das von GRUNER erwähnte Beispiel der Streichung des auf das sogenannte «Vorkaufsrecht» bezüglichen Vorbehaltens in BV Art. 29 zeigt, nahm man 1874 an, daß «die früheren Gefahren solcher privater Monopolbildung von selber dahinflielen». Ähnliche Erwägungen dürften wohl mit Bezug auf Kartelle gemacht worden sein, d. h. man erwartete, daß die von staatlichen Zwangseingriffen befreite Wirtschaft selber die Kräfte entwickeln werde, um die «Gefahren privater Monopolisierung» zu bannen. So führt GRUNER³⁷ aus, «daß viele liberal gesinnte Männer in den legitimen Kartellen keinen Verstoß gegen die Konkurrenzfreiheit erblickten» hänge damit zusammen,

«daß sie in diesen neuartigen Gebilden ein notwendiges Gegen gewicht gegen die Auswüchse der Gewerbefreiheit erblickten, also eine erlaubte Korrektur, welche den Kern des Konkurrenzsystems gar nicht berührte».

Diese Überlegungen, welche zur Ablehnung von GRUNERS These betreffend die Tragweite des ursprünglichen Artikel 31 BV führen, gelten in verstärktem Maße mit Bezug auf den 1947 erlassenen neuen Artikel 31.

b) Nach GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 283

«garantiert Artikel 31, Abs. 1 BV die Konkurrenzfreiheit. Es erscheint begrifflich auch keine andere Wirtschaftsfreiheit als die Konkurrenzfreiheit möglich. Diese ist die einzige denkbare indivi-

³⁶ Vgl. KUNDERT, S. 79; DESCHENEAUX, Nouvelle Jurisprudence, S. 144; HUBER E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 317; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 15.

³⁷ GRUNER, Staatsordnung, S. 153.

duelle Freiheit auf wirtschaftlichem Boden. Denn es lassen sich zwei grundsätzlich verschiedene Idealtypen von Wirtschaftssystemen, das System der freien Privatwirtschaft und dasjenige der gebundenen Staatswirtschaft unterscheiden, analog der individualistischen und kollektivistischen Staatsidee. Infolgedessen kann wirtschaftliche Freiheit ihrem Wesen nach allein in der freien Privatwirtschaft, im System des freien Wettbewerbes bestehen.»

In Handels- und Gewerbefreiheit, S. 185/6 führt GIACOMETTI aus:

«Die Vertragsfreiheit kann ... als Mittel der Handels- und Gewerbefreiheit sinnvollerweise allein in dem Maße gewährleistet sein, als dies dem Schutze des Systems der freien Konkurrenz dient. Infolgedessen wäre der Bundesgesetzgeber schon auf Grund des Artikel 64 BV zur Beschränkung der Privatautonomie im Interesse der Konkurrenzfreiheit zuständig gewesen. Wirtschaftliche Maßnahmen in diesem Sinne sind eben nicht systemwidrig, da sie nicht das Wesen der HGF beeinträchtigen, diese vielmehr im Sinne eines Schutzes des Systems der freien Konkurrenz sicherstellen.»

Danach wäre der Entscheid des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der freien Privatwirtschaft, also zugunsten der Freiheit der Rechtssubjekte zur Entscheidung über ihr wirtschaftliches Verhalten, gleichbedeutend mit der Entscheidung, daß sich der Wirtschaftsablauf entsprechend dem «System der freien Konkurrenz» abspielen müsse. Der Verfassungsgesetzgeber hätte sich somit in Artikel 31, Abs. 1 BV prinzipiell gegen die Zulässigkeit kollektiver Koordinierung privaten wirtschaftlichen Verhaltens entschieden. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung wäre nur im Rahmen der Institution des freien Wettbewerbs garantiert.

c) In Interventionismus, S. 175 führt HUBER aus:

«Die Gewerbefreiheit hat, wenn sie das Verhältnis der Privatpersonen als Wirtschaftssubjekt zum Staat bestimmt, den freien Wettbewerb gerade zum Gegenstand» (Sperrung vom Verf.). Diesem sei durch Artikel 31 BV «institutioneller Charakter verliehen worden»³⁸. «Wenn der Bund wirklich Vorschriften gegen

³⁸ Vgl. auch HUBER, Notenbankinstrumentarium: «Gerade die Gewerbefreiheit ist eine Säule der in Rechtsformen niedergelegten Wirtschaftsverfassung des Landes»; vgl. auch HUBER, Wirtschaftsartikel, S. 2.

private Monopole³⁹ soll aufstellen können, so bedarf er also einer Verfassungsgrundlage nicht deshalb, weil solche Vorschriften vom Grundrecht der Gewerbefreiheit abweichen würden, sondern er hat sie bloß nötig, weil er nach dem Grundsatz des Art. 3 BV nur legifizieren kann, wenn die BV ihn als zuständig erklärt» (S. 176). HUBER schließt daraus, daß Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d «am falschen Ort stehe». «Die Bestimmung wäre besser an Artikel 31^{bis}, Abs. 2 angeschlossen oder als in Artikel 64 BV schon enthalten angesehen, statt bei den interventionistischen Maßnahmen eingereiht worden» (S. 176)⁴⁰.

Im Hinblick auf die uns hier interessierende Frage, ob Artikel 31 BV eine grundsätzliche Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers gegen die Zulässigkeit kartellistischer Wettbewerbsbeschränkung enthalte, muß betont werden, daß die Frage des «richtigen» Standortes des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d sekundär ist gegenüber der in dieser Bestimmung unzweideutig zum Ausdruck gebrachten Anerkennung der Existenz und grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen. In seiner späteren Arbeit über die «Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen»⁴¹ S. 189 führt HUBER aus,

«bei der Wirtschaftsfreiheit namentlich in ihrer Erscheinungsform als Wettbewerbsfreiheit kann in ihrem weiten Bereich der Intensitätsgrad horizontaler Entfaltung und Einbettung nicht einheitlich, sondern muß abgestuft sein».

In dieser Formulierung scheint zum Ausdruck zu kommen, daß aus Art. 31 BV nicht eine einheitliche prinzipiell

³⁹ Wie vorne (S. 34) ausgeführt, wird mit dem Begriff «privates Monopol» ein besonders intensiver Grad der Marktbeeinflussung anvisiert. Dieser Begriff steht aber bei HUBER offenbar gewissermaßen stellvertretend für «private Wettbewerbsbeschränkungen». So verweist HUBER denn auch u. a. auf TANNER, S. 36, der ausführt: «Die neue Grundlage, auf der die individualrechtliche Formulierung des Artikels 31 BV auszulegen ist, bewirkt, daß jede Hemmung des freien Spiels der Wirtschaft, unbesehen ihres Ursprungs, als Widerspruch zur HGF erscheint.» Die von TANNER vertretene Auffassung der Tragweite des Art. 31 BV wurde durch KUNDERT m. E. schlüssig widerlegt (insbesondere S. 74/87).

⁴⁰ Vgl. auch HUBER, Wirtschaftsartikel, S. 7.

⁴¹ ZSR NF 74, 1955, S. 174 ff.

negative Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers betreffend die hier diskutierte Grundsatzfrage abgeleitet werden kann.

Sowohl GIACOMETTI wie HUBER gehen davon aus, Art. 31 BV enthalte die «Gesamtentscheidung» über die schweizerische Wirtschaftsverfassung, und sie nehmen an, eine derartige Gesamtentscheidung müsse notwendig eine einheitliche sein⁴²; im besonderen: mit der Entscheidung zugunsten des Prinzips der Privatautonomie sei gleichzeitig und notwendig auch die Entscheidung für das «System der freien Konkurrenz» als Verfahren der Wirtschaftswillensbildung und gegen die Zulässigkeit der gemeinsamen Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens getroffen⁴³. Diese Annahme ist, wie insbesondere E. R. HUBER⁴⁴ überzeugend darlegt, von wirtschaftstheoretischem, idealtypischem Denken geprägt. Sie stützt sich vor allem auf die Ausführungen BÖHMS, der «die Wirtschaftsverfassung als eine politische Gesamtentscheidung über die Ordnung des nationalen Wirtschaftslebens» versteht⁴⁵. Sie wird als einheitliche verstanden im Sinne der Instituierung entweder einer Zentralverwaltungswirtschaft oder einer Wettbewerbswirtschaft. Tatsächlich haben jedoch alle Wirtschaftsverfassungen «gemischten» Charakter; die idealtypisch konzipierten, extremen Formen «reiner» Zentralverwaltungswirtschaft oder «reiner» Wettbewerbswirtschaft existieren nicht⁴⁶. Zwar

⁴² Die gleiche Auffassung liegt der Arbeit STUDERS zugrunde, wo u. a. ausgeführt wird, «implizite sind die Normen des Zivilrechts ganz eindeutig auf die vollständige Konkurrenz und damit auf den Leistungswettbewerb zugeschnitten. Diese Konkurrenzkampfform verkörpert exakt die Vorstellung, die sich der Gesetzgeber von der Wirtschaftsordnung gemacht haben muß, oder doch hätte machen müssen, wenn er den Grundsatz des zivilistischen Individualismus ganz zu Ende gedacht hätte» (S. 235).

⁴³ In diesem Sinne z. B. auch TANNER, S. 28.

⁴⁴ Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 19 ff., S. 25.

⁴⁵ z. B. in: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart 1937, S. XIX, S. 39.

⁴⁶ Vgl. z. B. BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 21; GYGI, Rechtsfragen, S. 120; BOTSCHAFT Wirtschaftsartikel, S. 846.

wird der Grundcharakter einer konkreten Wirtschaftsverfassung durch die Wahl zwischen Heteronomie und Autonomie bestimmt, ihre Ausgestaltung im einzelnen erfolgt aber durch zusätzliche wirtschaftsverfassungspolitische Entscheidungen. Die grundlegende Entscheidung zugunsten der Privatautonomie besagt, daß der Staat von der direkten befehlsmäßigen Einflußnahme auf das wirtschaftliche Verhalten der Rechtssubjekte ausgeschlossen ist⁴⁷. Sie besagt entsprechend, daß die Rechtssubjekte ihr wirtschaftliches Verhalten selbständig bestimmen, daß sie u.a. sollen entscheiden dürfen, ob sie ihr Verhalten mit demjenigen anderer Rechtssubjekte koordinieren wollen oder nicht. Soll ihnen diese Möglichkeit der Betätigung ihrer Autonomie verschlossen werden, so bedarf es dazu einer besonderen weiteren «Grundsatzentscheidung». Erst durch diese würde der «freie Wettbewerb» im Sinne eines bestimmten Systems der Wirtschaftswillensbildung, als Institut der Wirtschaftsverfassung, unter Ausschluß privater Koordination, eingeführt⁴⁸. Wird Art. 31 Abs. 1 BV als Ausdruck einer «Gesamtentscheidung» zugunsten des «Systems des freien Wettbewerbs», unter Ausschluß privater Koordination, verstanden, so übersieht man die Mehrstufigkeit des Entscheidungsvorganges und läßt außer Acht, daß der schweizerische Verfassungsgesetzgeber die von ZSCHOKKE (a.a.O., S. 19) erwähnte «allgemeine Interventionspflicht des Staates zur zwangsweisen Herbeiführung einer bestimmten Form der Konkurrenz» abgelehnt und in Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV die prinzipielle Zulässigkeit privater Koordination ausdrücklich anerkannt hat.

Die hier vorgetragenen Erwägungen beinhalten auch die

⁴⁷ ZSCHOKKE, Rechtsstaat, S. 19; z.B. BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Bern 1931, S. 233.

⁴⁸ ZSCHOKKE, Rechtsstaat, S. 19, weist zutreffend darauf hin, daß die «Herbeiführung einer bestimmten Form der Konkurrenz oder einer bestimmten Form der Wirtschaftsorganisation» eine «allgemeine Interventionspflicht des Staates zur zwangsweisen» Verwirklichung dieses Resultates bedingen würde. Vgl. auch MARBACH, Kartellinitiative, S. 22; GYGİ, Rechtsfragen S. 147/8.

Ablehnung der Theorie der sogenannten «Drittirkung der Freiheitsrechte», insofern diese Theorie annimmt, mit der Gewährleistung der HGF sei zugleich das «Institut des freien Wettbewerbs» garantiert, und es sei damit der staatlichen Rechtsordnung als Ganzes aufgegeben, dieses Institut zu schützen und möglichst vollkommen zu verwirklichen, was unter anderem dadurch zu erreichen sei, daß wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln des Gesetzes im Sinne des «Institutschutzes» ausgelegt werden.

Für die Annahme einer Drittirkung eignen sich grundsätzlich nur diejenigen Grundrechte, denen tatsächlich ein funktionaler oder institutioneller Gehalt zukommt. Das gilt z.B. für die Pressefreiheit, die zweifellos in einem gewissen Umfange auch das Institut «freie Presse» gewährleistet und in diesem Sinne den Gesetzgeber anweist, dieses Institut bei seiner Tätigkeit möglichst weitgehend zu schützen. Ganz anders verhält es sich hingegen mit dem Institut «freier Wettbewerb». Die schweizerische Bundesverfassung schützt es nicht in umfassender Weise, sondern lediglich unter den engen Voraussetzungen des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV. Die Annahme einer indirekten Drittirkung der Wettbewerbsfreiheit im Sinne der Institutionalisierung des «Systems der freien Konkurrenz» scheitert damit schon an der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Wettbewerbsfreiheit. Die Abgrenzung der Privatautonomie von der Wettbewerbsfreiheit ist eben von der Verfassung selbst vorgenommen worden. Diese Entscheidung kann nicht durch die nachträgliche Konstruktion eines absoluten privatrechtlichen Rechtes auf Wettbewerbsfreiheit korrigiert werden. Eine solche Korrektur würde überdies das Prinzip der verfassungskonformen Gesetzesauslegung verletzen, welches gebietet anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich an die ihm in Art. 31^{bis}, Abs. 3 lit. d BV gezogenen Grenzen gehalten⁴⁹.

⁴⁹ Vgl. dazu hinten S. 52 ff. Zum Problemkreis der sog. «Drittirkung» allgemein sei verwiesen auf die Arbeit von WESPI und die dort zitierte Literatur. Zu den Schlußfolgerungen WESPIS wird hier nicht Stellung bezogen.

2. Betreffend kartellähnliche Organisationen

Die positive Beantwortung der Grundfrage «A» durch den Verfassungsgesetzgeber mit Bezug auf Kartelle schließt nach dem Grundsatz «in maiore minus» eine positive Antwort auf die oben (S. 30) formulierte Grundfrage A. 1 betreffend kartellähnliche Organisationen ein; das stillschweigend erfolgende gegenseitige Aufeinander-Abstimmen ist gegenüber der gemeinsamen Gleichrichtung solchen Verhaltens ein «minus»; es ist durch die in Art. 31, Abs. 1 BV erfolgte Entscheidung zugunsten der Privatautonomie implizite als grundsätzlich zulässig anerkannt.

Bei dem Gegenstand der Grundfrage A. 2 bildenden soziologischen Sachverhalt fehlen die Elemente der «Gleichrichtung» und der «Gemeinsamkeit», so daß aus der Stellungnahme des Verfassungsgesetzgebers zur Grundfrage A betreffend Kartelle für die Beantwortung der Grundfrage A. 2 jedenfalls unmittelbar nichts abgeleitet werden kann. Indessen erscheint durch die Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der Privatautonomie auch deren Betätigung in der besonderen Form der «Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen durch Kapitalbeteiligung oder andere Mittel» erfaßt.

Für diese beiden Grundfragen gilt schließlich noch die Feststellung, daß Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d durch die Nennung «kartellähnlicher Organisationen» deren Existenz und grundsätzliche Zulässigkeit anerkennt. Daß der Verfassungsgesetzgeber unter diesem Begriff insbesondere die beiden hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte 1 und 2 verstanden hat, kann keinem Zweifel unterliegen. Der in Grundfrage A. 3 anvisierte Sachverhalt wird durch Betätigung der Privatautonomie durch ein einzelnes Rechtssubjekt verwirklicht. Der Bundesverfassung läßt sich m.E. nicht entnehmen, daß solche Betätigung unzulässig würde, wenn die dadurch ausgeübte Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter einen bestimmten Grad erreicht. Soweit die Ausführungen von GIACOMETTI und HUBER, wonach Art. 31 BV

das «System der freien Konkurrenz gewährleistete», die Auffassung beinhalten, Einzelmonopole widersprächen diesem System und seien deshalb nach Art. 31 BV unzulässig, ist auf die Ausführungen vorne S. 44 ff. zu verweisen.

3. Zusammenfassung und Motive der verfassungsrechtlichen Regelung

Es sei festgehalten, daß die BV die Grundfragen unter «A» mit Bezug auf Kartelle und kartellähnliche Organisationen positiv, Grundfrage A.3 negativ beantwortet. Die Motive für diese Stellungnahme sind sehr vielgestaltig und können hier im einzelnen nicht erörtert werden. Es seien nur stichwortartig die folgenden Erwägungen hervorgehoben⁵⁰. Bei der Entscheidung der Frage, ob die gemeinschaftliche Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens prinzipiell erlaubt sein soll, geht es nicht um ein Problem rein ökonomischer Zweckmässigkeit. Vielmehr ist Stellung zu beziehen zu privat entwickelten Organisationsformen, denen auch soziologisch und politisch erhebliche Bedeutung zukommt⁵¹, u. a. weil sie einem an sich durchaus legitimen Bedürfnis des Individuums nach Gemeinschaft⁵² entgegenkommen⁵³. Eine Grundsatzentscheidung des Verfassungsgesetzgebers gegen

⁵⁰ Eine gute Gegenüberstellung der gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Kartelle gibt K. HAFFNER, Ein schweizerisches Kartellgesetz auf privatrechtlicher Grundlage, S. 27 ff. Er gelangt zum Schluß, «die schweizerische Kartellwirtschaft weise ... gewisse Eigentümlichkeiten auf, durch die die günstigen Wirkungen der Kartelle im allgemeinen verstärkt werden, während die für die Volkswirtschaft schädlichen Auswirkungen eher in den Hintergrund treten» (S. 53).

⁵¹ PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 149, 153; MARBACH, Intervention, S. 224 ff.

⁵² JÄGGI, Persönlichkeit, S. 163 a.

⁵³ Vgl. ZSCHOKKE, Rechtsstaat, S. 11, der die «Organisationsbewegung als eine natürliche Reaktion gegen die individuelle Hilflosigkeit» bezeichnet. Zur Bedeutung des Sicherheitsstrebens in der modernen Gesellschaft: HUBER, Grundrechte, S. 189 f.; Kartellproblem, S. 168. BÖHLER, Konkurrenz, S. 391, vgl. auch SALIN.

die Zulässigkeit von Kartellen und damit zugunsten «absolut freier Konkurrenz» wäre überhaupt nur denkbar gewesen, wenn in der nationalökonomischen Theorie weitgehende Einigkeit über die volkswirtschaftliche Einschätzung der Kartellauswirkungen und über das wünschbare Maß von freier Konkurrenz bestanden hätte. Solche Einigkeit bestand indessen 1947 so wenig wie heute⁵⁴. Schließlich dürfte das Vertrauen auf die Wirksamkeit mannigfaltiger «Gegengewichte»⁵⁵ beim Entscheid des Verfassungsgesetzgebers eine wichtige Rolle gespielt haben; als solche sind etwa zu nennen; Auslandkonkurrenz, Substitutionsgüterkonkurrenz, usw.

4. Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Regelung

A. Gemäß der vom Verfassungsgesetzgeber getroffenen Grundsatzentscheidung sind die individuelle, vom Verhalten anderer Rechtssubjekte unabhängige Freiheitsbetätigung und die gemeinschaftliche Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens bzw. die Freiheitsbetätigung durch kartellähnliche Organisationen grundsätzlich gleichwertige Formen der Aktualisierung der Privatautonomie. Und zwar gilt diese «Gleichwertigkeit»⁵⁶ sowohl vom Blickpunkt des Individuums wie auch vom Standpunkt des Gesamtinteresses aus; beide Formen der Freiheitsbetätigung dienen einerseits der «Selbstverwirklichung» des Einzelnen und sind andererseits prinzipiell als mit dem Gesamtinteresse vereinbar anerkannt. Insoweit hat der Verfassungsgesetzgeber von 1947 den grundlegenden Wirtschaftsordnungsentscheid von 1874 bestätigt. Mit Erlass des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV hat

⁵⁴ Vgl. dazu etwa BÖHLER, Konkurrenz, S. 386; DERSELBE, Nationalökonomie, S. 75 und 216; JÖHR, Konkurrenzsystem, S. 407 ff.; USTERI, Verhalten, S. 103; DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 80; KRELLE, S. 239, 243.

⁵⁵ Vgl. dazu GUTERSON, Gruppeninteresse und Allgemeinwohl, insbesondere S. 225.

⁵⁶ Der Kürze halber wird im folgenden regelmäßig zusammenfassend der Begriff «Gleichwertigkeit» verwendet.

er jedoch die klassisch-liberale Annahme, das «freie Spiel der Kräfte» führe aus sich selbst heraus zu (und: nur zu) im Gesamtinteresse positiv zu wertenden Ergebnissen aufgegeben⁵⁷. Diese Verfassungsbestimmung bringt die Erkenntnis zum Ausdruck, daß vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus unter Umständen gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich sind. Der Verfassungsgesetzgeber hat sich Rechenschaft gegeben, daß den Rechtssubjekten mit der Gewährung der Privatautonomie die Möglichkeit eröffnet wird, kollektiv oder einzeln Einfluß auf die Willensentscheidungen Dritter zu nehmen, wirtschaftliche Macht zu erlangen und auszuüben⁵⁸. Nach seiner Ordnungsvorstellung ist solche Macht nicht an und für sich unzulässig und verpönt. Aber der Bund bedarf der Kompetenz, unter bestimmten Voraussetzungen ihre Ausübung behördlicher Bewertung vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus zu unterstellen und unter den gleichen Voraussetzungen, «von der HGF abzuweichen», d.h. insbesondere den in BV Art. 31 getroffenen Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Prinzips der Gleichwertigkeit zu korrigieren.

B. Die Anerkennung dieses Prinzips macht die Abgrenzung zwischen den gleichwertigen Formen der Freiheitsbeteiligung notwendig. Insofern kann von «immanenten», «systemgemäßen» Schranken der Freiheit gesprochen werden⁵⁹, und findet keine «Verabsolutierung der Privatauto-

⁵⁷ HOMBURGER, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 98.

⁵⁸ Macht, verstanden als «Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen, auch gegen Widerstreben, durchzusetzen»; vgl. MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1925, I. Halbbd., S. 28, S. 122ff.; vgl. BOTSCHAFT, S. 585.

⁵⁹ USTERI, Kartellinitiative, S. 787; Verhalten, S. 106; GIACOMETTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 186; MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 15, «Von ihrer personalen Wertgrundlage: dem auf Freiheit und Verantwortung angelegten Menschen her... erscheint die Freiheit der Grundrechte als von vornherein verantwortungsgebundene Freiheit, die vom Gebot der Achtung des Mitmenschen – als normativem Kern des Persönlichkeitsschutzes – nicht nach-

nomie» statt⁶⁰. Diese verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung prägt entscheidend die dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden gestellten Aufgaben. Es geht nicht um den Vollzug einer vom Verfassungsgesetzgeber dem Grundsatz nach getroffenen einheitlichen «Gesamtentscheidung» zugunsten eines bestimmten Wirtschaftsordnungssystems und somit nicht einseitig um die «Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen», «Schutz der Wettbewerbsfreiheit»⁶¹. Zu leisten ist vielmehr die Einordnung der vom Verfassungsgesetzgeber als Grundwert in ihrer doppelten Ausprägung anerkannten Wirtschaftsfreiheit in das Gesamtgefüge des schweizerischen Wirtschafts- und Soziallebens und dabei besonders die Bestimmung des zulässigen Maßes privater Einflußnahme auf die wirtschaftlichen Willensentscheidungen Dritter.

C. Artikel 31^{bis}, Abs.3, lit.d BV gibt dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Korrektur des in der Verfassung getroffenen Grundsatzentscheides, bzw. zur Schaffung der gesetzlichen Grundlage für solche Korrektur durch die rechtsanwendenden Behörden. Bei Ausübung dieser Funktionen muß der Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der Freiheit wirtschaftlicher Entfaltung

träglich eingeschränkt wird, sondern bei der die Rücksicht auf den Eigenwert jedes Menschen immantes Prinzip ist».

Es ist von größter Bedeutung, daß das dem Freiheitsrechtsbegriff immanente Element der Verantwortung aus dem Erfordernis der Rücksichtnahme auf den «Eigenwert jedes Menschen» abgeleitet wird, und nicht aus den Anforderungen des «Gesamtinteresses» oder der «Gemeinschaft»; die so begründete Freiheitsbeschränkung könnte nämlich ihrerseits schrankenlos werden und die persönliche Freiheit überhaupt aufheben. Vgl. hiezu BIEDENKOPF, Freiheitliche Ordnung, im Kapitel «Wettbewerbsordnung und Automation – Versuch eines Ausblicks», S. 34 ff. vgl. hinten N. 183.

⁶⁰ Vgl. HUBER, Notenbankinstrumentarium; Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, S. 540.

⁶¹ So z. B. MERZ, Kartellgesetz, S. 18; Instrument, S. 3, 9: Kritisch dazu SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 199 und HIRSCH, S. 1, 24.

und zugunsten des Prinzips der Gleichwertigkeit für den Gesetzgeber und für die rechtsanwendenden Behörden Bezugspunkt und Richtschnur bilden. Die vorzunehmenden Korrekturen bedürfen also jeweils gegenüber diesen Grundwerten der Rechtfertigung im Lichte des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV⁶².

D. Die Beschränkungen, die die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des Kartellgesetzes auferlegt, sind auch für dessen Auslegung von größter Bedeutung. Es entspricht nämlich dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen⁶³, daß bis zum Beweise des Gegenfalls angenommen werden muß, der Gesetzgeber habe sich an die verfassungsmäßigen Schranken seiner Tätigkeit gehalten. Dies wiederum bedeutet, daß von zwei möglichen Auslegungen des Kartellgesetzes derjenigen der Vorzug zu geben ist, die sich im Rahmen der Verfassung bewegt.

Dieser Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen hat sich in jüngster Zeit nach langem Zögern auch in der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtspraxis durchgesetzt⁶⁴. Lange Zeit, nachdem dieser Grundsatz in den Vereinigten Staaten entwickelt worden war⁶⁵ und auch in der Schweiz bei der Auslegung

⁶² Vgl. NEF, Wertordnung, S. 205.

⁶³ Zum Problem der verfassungskonformen Auslegung im allgemeinen vgl. IMBODEN, Normkontrolle; DERSELBE, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. A., Basel 1968, Bd. I, Nr. 247, S. 142 ff.; V. HAAK, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963; neuerdings kritisch JOACHIM BURMEISTER, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Berlin und Frankfurt a. M. 1966.

⁶⁴ BGE 93 I 505, 92 I 433, ZBl 1963, S. 52, S. 243; dazu IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. A., Basel 1968, Bd. I, Nr. 247, S. 142 ff.

⁶⁵ IMBODEN, Normkontrolle, S. 138. Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß der amerikanische Supreme Court sich in den letzten Jahren durch diesen und ähnliche Grundsätze nicht davon abhalten ließ, Normenkontrolle auch dort auszuüben, wo eine Anpassung der Gesetzesauslegung das gleiche Resultat ergeben hätte.

kantonaler Gesetze angewendet worden war⁶⁶, hatten sich für die Auslegung von Bundesgesetzen, gestützt auf Art.113, Abs.3 der Bundesverfassung, immer noch Bedenken gelten gemacht⁶⁷. Es wurde argumentiert, die Auslegung von Bundesgesetzen unter dem Blickpunkt der Verfassung stelle eine Normenkontrolle dar, die durch Art.113, Abs.3 BV ausdrücklich verboten sei. Es wurde jedoch in den letzten Jahren in zunehmendem Maße erkannt, daß diese Auffassung zu einseitig ist. Art.113, Abs.3 BV verbietet die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen nur dort, wo der Wille des Gesetzgebers, verfassungswidrig zu legiferieren, eindeutig feststeht. Liefert die andern Interpretationsmethoden jedoch keine deutlichen Hinweise darauf, daß der wirkliche Sinn des Gesetzes verfassungswidrig ist, ist grundsätzlich anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich bei seiner Tätigkeit an die Verfassung gehalten. Dieser Grundsatz ist in jüngster Zeit nicht nur in der Literatur vertreten⁶⁸, sondern auch vom Bundesgericht anerkannt worden⁶⁹.

Zur Begründung wird einerseits auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung und anderseits auf die materielle Höherwertigkeit der Verfassung hingewiesen⁷⁰. Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung verlangt, daß die grundlegenden Wertentscheidungen in der gesamten Rechtsordnung die-

Auch diese Praxis («reaching for a constitutional issue») hat bereits eine lange Tradition, die eigentlich bereits mit *Marbury v. Madison* (1 Cranch [U.S.] 137) beginnt, obgleich sie theoretisch geleugnet wird.

⁶⁶ Vgl. vor allem BGE 34 I 528.

⁶⁷ Vgl. KASPAR WESPI, *Die Drittirkung der Freiheitsrechte*, Diss. Zürich 1968, S.83f.; BGE 83 IV 61 und weitere Entscheide des Kassationshofes.

⁶⁸ Neben den in N.63 genannten vgl. auch HUBER, Persönlichkeitschutz im Verwaltungsrecht, ZBJV 103 (1967), S.86 ff.; MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S.178 ff.; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S.205.

⁶⁹ Vgl. vorne N.64.

⁷⁰ IMBODEN, Normkontrolle, S.138 ff.

selben seien. Es ist deshalb eine Aufgabe der Auslegung, allfällig auftretende Widersprüche wenn immer möglich zu beheben. Da die Verfassung formell und materiell höherwertig ist als die einfachen Gesetze, hat zum Ausgleich solcher Widersprüche die Anpassung an die Norm der Verfassung zu erfolgen.

Die Bedeutung dieses Grundsatzes für die Auslegung des Kartellgesetzes ist evident. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des Kartellgesetzes die nach Jahrzehntelangen politischen Kämpfen aufgestellten Grenzen interventionistischer Eingriffe in die private Wirtschaftstätigkeit überschreiten wollte, sind die Bestimmungen des neuen Gesetzes unter ständiger sorgfältiger Beachtung dieser Grenzen auszulegen. Das Kartellgesetz bietet demnach den rechtsanwendenden Behörden keine Handhabe für eine Beschränkung der kartellistischen Tätigkeit, die sich vor den strengen Anforderungen des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV nicht rechtfertigen läßt. Der Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation verlangt vielmehr, daß der Wille des Verfassungsgesetzgebers dort volle Beachtung findet, wo der Wille des Gesetzgebers ihm nicht eindeutig zuwiderläuft.

E. Durch die vom Verfassungsgesetzgeber getroffene Entscheidung zugunsten des Prinzips der Gleichwertigkeit und damit zugunsten einer gemischten, ambivalenten Wirtschaftsordnung⁷¹ unterscheidet sich die schweizerische Re-

⁷¹ Vgl. SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 197; MERZ, Instrument, S. 25 bemerkt, daß «das Bekenntnis zur Wettbewerbswirtschaft, das notwendigerweise in jedem Kartellgesetz liegt, im vom schweizerischen Kartellgesetz verkörperten Typus Züge inneren Zwiespalts und sogar einer eigentlichen Verlegenheit trägt». Wie wir darzutun versuchten, hat der Verfassungsgesetzgeber das Prinzip der Gleichwertigkeit bewußt verankert; durchaus folgerichtig enthält das KG kein vorbehaltloses «Bekenntnis zur Wettbewerbswirtschaft». Der «innere Zwiespalt» ist nicht Verlegenheit, sondern Konsequenz der Stellungnahme des Verfassungsgesetzgebers. Vgl. zur «Ambivalenz» der schweizerischen Wirtschafts-

gelung z. B. von der des deutschen Rechts, welche von der «Theorie der sozialen Marktwirtschaft mit dem Ideal des Vollwettbewerbs»⁷² geprägt ist.

Angesichts dieser fundamentalen Verschiedenheit der ordnungspolitischen Auffassungen ist größte Vorsicht geboten bei Berücksichtigung deutscher Doktrin und Praxis zur Lösung der nach schweizerischem Recht gestellten Aufgaben. Der damit angeschnittene Problemkreis kann hier als solcher nicht behandelt werden⁷³. Es sei lediglich kurz dar-

ordnung: GYGI, Rechtsfragen, S. 147; HUBER, Kartellproblem, S. 168, wonach die Kartelle «in einem merkwürdigen Zwielicht stehen». HUG, Kartellartikel, S. 93/94; DESCHENEAUX, Effets, S. 83.

⁷² HIRSCH, S. 71; HOPPMANN, Wettbewerbsintensität, S. 287: «Die Gesetzesvorlage hat ... einen Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB vor Augen gehabt, den sie «vollständigen Wettbewerb» nannte».

⁷³ Es wäre außerordentlich interessant, den rechtsphilosophischen, wirtschaftlichen, politischen, soziologischen u. andern Gründen nachzugehen, welche die unterschiedliche Stellungnahme der deutschen und schweizerischen Rechtsordnungen zum Phänomen der wirtschaftlichen Macht verursacht haben. Eine solche Untersuchung wäre notwendige Voraussetzung für die Bestimmung der Grenzen der Anwendbarkeit von in Deutschland entwickelten wettbewerbsrechtlichen Gedankengängen zur Bewältigung kartellrechtlicher Probleme in der Schweiz. Dabei wären u.a. zu untersuchen: Die Zusammenhänge zwischen wirtschaftlicher und politischer Macht, deren unterschiedliche Strukturierung in den beiden Staaten; die Auswirkungen der vorübergehenden «Rezeption» des amerikanischen Antitrustrechts in Deutschland; die Auswirkung der Tatsache des Fehlens der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Deutschland bis 1945, usw. Eine Untersuchung wie diejenige von KRONSTEIN, «Cartel Control: A Record of Failure», in Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, S. 119 ff., könnte einen wertvollen Anknüpfungspunkt für eine solche Untersuchung bilden. Über die «Atmosphäre», in welcher das deutsche «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» entstanden ist, vgl. etwa HIRSCH, S. 12 ff. Zur Illustration des tiefgehenden Unterschiedes der Grundhaltungen seien folgende Zitate angeführt: OFTINGER, Vertragsfreiheit, S. 332: «Die Aufgabe unserer Generation ist es, die Gewichtsverteilung zwischen Freiheit und Zwang im einzelnen zu überprüfen, ohne den auf der

gelegt, warum wir beispielsweise das in Deutschland entwickelte Konzept der «immanenten», «funktionellen» Schranken der Vertragsfreiheit als auf unsere Rechtsordnung nicht übertragbar halten.

Nach BIEDENKOPF⁷⁴ «ergibt sich die immanente Beschränkung der Freiheit aus dem Prinzip der Gleichheit». «Es gilt der Grundsatz, daß die Freiheit eines jeden ihre immanente Grenze in der gleichen Freiheit aller anderen hat.» Zwar ist die absolute Durchführung des Gleichheitsgrundsatzes unmöglich. «Eine Gefährdung der Gleichheit durch die Freiheit ist trotz dieser Unvollkommenheit allerdings nicht zu befürchten, solange unter den Rechtssubjekten neben der rechtlichen auch eine annähernde, d.h. relative Machtgleichheit besteht.» «Rechtlich bedeutsam wird die Störung des Gleichgewichtes erst, wenn sie durch wirtschaftliche Macht verursacht wird, die nicht auf dem Gebrauch unterschiedlicher Fähigkeiten und dem Schutz des Eigentums, sondern auf dem kollektiven Gebrauch von Freiheitsrechten beruht. An diesem Punkt stellt sich die Frage, ob ein solcher Gebrauch der Freiheit nicht außerhalb ihrer immanenten, d.h. vom Recht geschützten Grenzen liegt.» BIEDENKOPF bejaht dies. Da «der Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Verwirklichung gleichheitsgebundener Freiheitsrechte» besteht, «gewinnt das Verbot jeglicher, auch der sogenannten harmlosen Kartelle in hohem Maße rechtliche Bedeutung» (a.a.O. S.33). BIEDENKOPF hat dieses extreme, «nivellierende» Konzept der Beziehung zwischen Freiheit und Gleichheit später, offensichtlich unter Berücksichtigung kritischer Äußerungen RAISERS⁷⁵

Überzeugung der Besten beruhenden Grundgedanken in Frage zu stellen: «Die Freiheit des Bürgers»; RAISER, Vertragsfreiheit, S.1: Das bei KARL OFTINGER «bei aller nüchternen Einsicht in die unvermeidlichen Begrenzungen noch ungebrochen sich äußernde Freiheitspathos des Schweizer Bürgers wäre aus deutschem Munde unecht, ja anmaßend».

⁷⁴ Freiheitliche Ordnung, S.30; eingehend dazu auch in Wettbewerbsbeschränkung, insbesondere S. 128 ff.

korrigiert. In Macht führt BIEDENKOPF aus, die Betätigung der Vertragsfreiheit sei als «Ausübung einer dem Rechtssubjekt als Funktionär der Gesamtrechtsordnung übertragenen Aufgabe» zu verstehen; das subjektive Recht sei «eines der rechtlichen Instrumente zur Verwirklichung einer herrschaftsfreien Ordnung unter gleichen Bürgern» (a.a.O., S.135); es ist nicht Selbstzweck, sondern funktionell auf diese Ordnung ausgerichtet. Die «immanenten Schranken» für die Rechtsausübung ergeben sich deshalb aus der ordnungspolitischen Funktion des Instituts des Vertrages. «Da der Vertrag als Instrument rechtlicher Ordnung nicht nur an die Freiheit der Partner (subjektive Be rechtigung), sondern ebenso an ihre Gleichheit (objektive Voraussetzung) gebunden ist, die Vertragsfreiheit also die Chancengleichheit zur Prämisse hat», (a.a.O., S.134), «markt regelnde Organisationen aber gewissermaßen per definitio nem Störungen der Gleichheit aller Privatrechtssubjekte sind» (a.a.O., S.117), können die Rechtssubjekte als «Funk tionäre der Gesamtrechtsordnung» sich nicht auf die Ver tragsfreiheit oder auf ihr subjektives Recht berufen zur Durchsetzung solcher Marktregelungen.

Dieses Konzept einer «funktionalisierten» Vertragsfrei heit kann offensichtlich nicht als solches zur Lösung der Aufgabe der Grenzbestimmung für die Betätigung der Pri vatautonomie im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung herangezogen werden. Es widerspricht in seiner Ein seitigkeit dem durch die BV anerkannten Prinzip der Gleich wertigkeit der individuellen und der gemeinschaftlich gleich gerichteten Freiheitsbetätigung. Deshalb können wir der Auffassung SCHLUEPS^{75a} nicht folgen, daß die Regelung der Art. 4/5 KG «ein treffliches Beispiel für die von Biedenkopf

⁷⁵ Vertragsfreiheit, S.6, N.32, dieser weist darauf hin, daß «eine nivellierende Gleichheit die Freiheit ersticken würde» und daß «das spannungsreiche Verhältnis dieser beiden Leitprinzipien sich nicht so verharmlosen lasse».

^{75a} Rule of Reason, S.69.

geforderte Eingliederung subjektiver Rechte in die soziale Ordnungsfunktion und die daraus folgende Verrechtlichung der mit der Zuordnung und Anerkennung von Gütern zwangsläufig gegebenen subjektiven Macht sei». Zwar sind die von BIEDENKOPF und RAISER⁷⁶ erarbeiteten Erkenntnisse betreffend das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit und zum Problem der Sicherung einer «materiell verstandenen Privatautonomie»⁷⁷ bei Erfüllung der im schweizerischen Recht gestellten Aufgaben höchst beachtenswert. Allein, die von diesem gewählte Methode ist eine andere. Im Vordergrund steht der Ausgleich zwischen den beiden als prinzipiell gleichwertig anerkannten Formen der Freiheitsbetätigung. Dieser Ausgleich muß durch fortschreitende Konkretisierung der Grundwertordnung der Bundesverfassung gefunden werden, welche die Vertragsfreiheit nicht einseitig auf die Verwirklichung des «Ideals des Vollwettbewerbs» hin «funktionalisiert» hat⁷⁸.

⁷⁶ Vgl. z. B. auch HIRSCH, insbesondere S. 46 ff.

⁷⁷ MERZ, Instrument, S.34; RAISER, Vertragsfreiheit, S. 6; KRONSTEIN: Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, S.109, der die Notwendigkeit hervorhebt, «die tatsächliche Entwicklung der Gesellschaft mit der Idee des Rechts wieder in Einklang zu bringen». OFTINGER, Vertragsfreiheit, S.327 ff.

⁷⁸ WERTHEMANN, S.169: «Gewiß darf nicht angenommen werden, alles Recht und damit auch die Vertragsfreiheit sei nur gegeben, um eine soziale Funktion in der Gesellschaft zu erfüllen und finde ihre natürliche Schranke dort, wo ihre Ausübung nicht mehr eine Verfolgung dieser ihr innewohnenden Aufgabe darstelle. Eine solche Konzeption der Vertragsfreiheit wäre mit der unserem Staat zugrundeliegenden liberalen Staatsauffassung absolut unvereinbar, weil ihr das wesentliche Moment der freien Willensbetätigung des Einzelnen fehlt.» Die grundlegende Verschiedenheit zwischen der durch das deutsche GWB getroffenen Regelung und derjenigen der BV wird u. E. zu Unrecht verneint von BÄR, Internationales Privatrecht, S.284, Anm.35, der erklärt, «das ganze deutsche GWB ließe sich auf die schweizerische Verfassungsgrundlage abstützen, welche aber weder die Konkretisierung des Mißbrauchs noch die Durchführungsmodalitäten präjudiziert».

II. Kartellgesetz

1. Durch die Definition der Begriffe «Kartell» und «kartellähnliche Organisation» in Art. 2 und 3 bestätigt der Gesetzgeber die Beantwortung der Grundfrage A durch die BV. Das in diesen Gesetzesbestimmungen beschriebene Verhalten ist grundsätzlich zulässig.

2. Die hauptsächliche Bedeutung der Geltungsbereichsnormen des KG liegt indessen nicht in dieser Bestätigung der verfassungsrechtlichen Grundfragenbeantwortung. Sie besagen, daß wirtschaftlich relevantes Verhalten von Rechtssubjekten nur dann der Beurteilung nach den im KG niedergelegten Maßstäben unterworfen werden kann, wenn solches Verhalten die im KG beschriebenen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erfüllt und wenn es einem Kartell im Sinne des Art. 2 oder einer kartellähnlichen Organisation im Sinne des Art. 3 zuzurechnen ist⁷⁹. Angesichts der vom Verfassungsgesetzgeber getroffenen Grundsatzentscheidung zugunsten einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung und zugunsten prinzipieller Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung, darf solche Freiheitsbetätigung nur auf Grund besonderer verfassungsrechtlicher Ermächtigung einer rechtlichen Sonderbehandlung durch Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG unterworfen werden. Von «rechtlicher Sonderbehandlung» ist insofern zu sprechen, als privates wirtschaftliches Verhalten auf seine Schädlichkeit oder Nützlichkeit unter volkswirtschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten, bzw. auf seine Vereinbarkeit mit dem Ge-

⁷⁹ Hierin unterscheidet sich das KG grundsätzlich beispielsweise vom Sherman Act und von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, welche bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen als solche zum Gegenstand gesetzlicher Verbote machen.

⁸⁰ Sei es auf Grund der Klage eines davon Betroffenen nach Art. 6 KG, sei es im Rahmen einer Erhebung nach Art. 18 KG oder einer Sonderuntersuchung nach Art. 20 KG, oder auf Grund verwaltungsrechtlicher Klage gemäß Art. 22 KG.

samtinteresse geprüft werden kann^{80, 81}. Aus diesen Gründen ist bei der Auslegung der Geltungsbereichsnormen des KG Zurückhaltung geboten.

Die Auffassung, wonach bei Auslegung des KG, also auch seiner Geltungsbereichsnormen, im Zweifelsfalle die dem Wettbewerb günstigere Auslegung zu wählen sei⁸², ist in dieser allgemeinen Form abzulehnen⁸³. Sie beruht auf einer zu stark vereinfachenden, eindimensionalen Konzeption der dem KG gestellten Aufgabe. Ebenso kann aus den soeben angestellten Erwägungen der vor allem von MERZ⁸⁴ zum Ausdruck gebrachten Meinung nicht beigepflichtet werden, die Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG äußere «noch keinerlei Rechtswirkung»⁸⁵.

3. Im folgenden sollen unter diesem Gesichtspunkt zwei Aspekte des Kartellbegriffs gemäß Art. 2 KG bzw. des Begriffs der kartellähnlichen Organisation nach Art. 3 KG beleuchtet werden.

A. Art. 2 nennt zunächst in Absatz 1 diejenigen Koordinierungsformen, welche überhaupt vom KG erfaßt werden. Der Kreis ist sehr weit gezogen und erfaßt praktisch jede Methode der verabredeten Gleichrichtung des Verhaltens selbständig handelnder Wirtschaftssubjekte. Auch

⁸¹ Beurteilung kartellistischen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes, d. h. der gegenseitigen Abgrenzung kollidierender Persönlichkeitsrechtssphären, ist eine dem Gesetzgeber und der Rechtsanwendung bei grundsätzlicher Anerkennung der Privatautonomie schlechthin gestellte Aufgabe.

⁸² Vgl. z. B. MERZ, Kartellgesetz, S. 47.

⁸³ Gl. M. SCHÜRMANN, Kommentar, S. 37, Geltungsbereich, S. 88; in gleicher Richtung: DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 77.

⁸⁴ a.a.O., S. 32; ebenso KUMMER, Begriff, S. 67; vgl. auch hinten N. 86.

⁸⁵ In diesem Sinne auch MARBACH, Exp. VII, S. 37/38: «In Wirklichkeit leidet ein Unternehmen keinen Schaden, wenn es unter den Geltungsbereich des Gesetzes fällt. Erst wenn es ins Recht gefaßt wird, ist es gezwungen, über seinen wahren Charakter Auskunft zu geben.» Wenn ein Unternehmen nicht unter den Geltungsbereich fällt, kann es aber auch nicht ins Recht gefaßt werden.

die für die Geltung des KG maßgebenden Auswirkungen solcher Gleichrichtung sind umfassend umschrieben, genügt doch schon die Eignung zur Marktbeeinflussung. In den Geltungsbereich des KG fällt jede kollektive Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens der in Art.2 genannten Art, sofern sie Sachverhalte zum Gegenstand hat oder betrifft, welche für die Entscheidungen der am betreffenden Markt Auftretenden (Wettbewerber oder Marktgegenseite) von Bedeutung sind oder sein können. Indessen ist, gestützt auf die vorne (S. 54 ff.) angestellten Erwägungen und in Übereinstimmung mit SCHÜRMANN⁸⁶ eine «nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten» zu fordern. (Sperrung vom Verf.)

B. Nach Art.3, lit.a KG gilt als kartellähnliche Organisation eine einzelne Unternehmung, soweit sie «den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beherrscht oder maßgebend beeinflußt». (Die folgenden Ausführungen gelten, mutatis mutandis, auch für die Sachverhalte gemäß Art.3, lit.b und c.)

Die Auslegung des Begriffes «Markt für bestimmte Waren oder Leistungen» ist kontrovers. Das damit gestellte Problem als solches wird im Referat MATILE eingehend erörtert. Hier wird es lediglich als Anwendungsfall der Auslegung einer Geltungsbereichsnorm des KG besprochen.

Das Bundesgericht führt in BGE 91 II S.483 ff. aus,

... «Celle-ci (sc. la loi sur les cartels) ayant pour but de réaliser le postulat de la concurrence possible⁸⁷, le «marché de certains biens» ... que l'organisation analogue à un cartel doit dominer ou influencer d'une manière déterminante ne saurait être le seul commerce des produits d'une entreprise déterminée lorsque le choix du consommateur peut s'exercer entre ceux-ci et d'autres marchandises

⁸⁶ Kommentar S.42. Demgegenüber will KUMMER, Begriff, S.67, die «Beschränkung» in «ihrem weitesten Sinne» auffassen, «denn die Beschränkung allein löst noch keine Rechtsfolgen aus».

⁸⁷ Diese Aussage ist, wie noch zu zeigen sein wird, zu allgemein; vgl. hinten N.106.

identiques ou analogues, soit entre des biens ou services qui, selon l'appréciation raisonnable de l'acheteur, sont interchangeables parce qu'ils ont la même destination et les mêmes propriétés. Celui qui produit ou distribue l'une de ces marchandises, effectivement concurrencée par d'autres produits analogues, ne domine pas «le marché de certains biens» au sens de l'art. 3 de la loi; il peut se réserver un monopole privé.»

Demgegenüber vertritt MERZ⁸⁸ die Auffassung, die Frage der Substitutionsgüter dürfe nicht schon unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 gewürdigt werden, sondern erst unter dem Gesichtspunkt der Art. 4 und 22. Das Bundesgericht übersehe den Umstand, «daß die Subsumtion unter den Begriff der ähnlichen Organisation noch keinerlei Rechtsfolge auslöst», und die vom Bundesgericht vorgenommene Einordnung werde vor allem «dem Wesen der Substitutionskonkurrenz nicht gerecht». Einen Markt «beherrschen» oder «maßgeblich beeinflussen» heißt, die «Chance zu haben, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen»⁸⁹. Konkret also beispielsweise: Der Hersteller (oder Alleinimporteur) eines Produktes ist in der Lage, einen Detaillisten zu zwingen, dieses Produkt zu dem vom Hersteller (oder Alleinimporteur) festgesetzten Preis zu kaufen. Ob ein solcher Zwang erfolgreich ausgeübt werden kann, hängt aber entscheidend davon ab, ob dem Detaillisten Ausweichmöglichkeiten offenstehen. Ist dies der Fall, so wird der versuchte Zwang keinen Erfolg haben. Die bei Anwendung des Art. 3 entscheidende Frage, ob der Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beherrscht oder maßgeblich beeinflußt werde, kann somit nicht ohne Berücksichtigung der Existenz von Substitutionsgütern beantwortet werden⁹⁰. Die Verfügbarkeit sol-

⁸⁸ Kartellgesetz, S. 32.

⁸⁹ Vgl. vorne N. 58.

⁹⁰ In diesem Sinne auch ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmungen, S. 246: «Häufiger ist der Fall, daß einer Branche Unternehmungen angehören, deren Produkte derart weitgehend differenziert sind, daß jede einzelne Unternehmung einen Markt hat, den

cher Güter ist also schon bei Auslegung des Art.3 relevant und nicht erst unter dem Gesichtspunkt des Art.4 oder 22. Die von MERZ vertretene Auslegung des Art.3 würde dazu führen, daß jeder Hersteller eines individualisierten Produktes, der nicht «jeden Tauschpartner zu den Bedingungen zu akzeptieren bereit ist, die sich jeweils am Markt im freien Spiel von Angebot und Nachfrage herausgebildet haben»⁹¹, sein wirtschaftliches Verhalten nach Art.4 und 5 zu rechtfertigen hätte; m.a.W., daß die Erfüllung eines Tatbestandes nach Art.4 an und für sich den Hersteller dem Geltungsbereich des KG unterwerfen würde, womit Art.3 in solchen Fällen jede Bedeutung verlöre. Folgerichtig wird denn auch die Auffassung vertreten, das Vorliegen eines der in Art.4 umschriebenen Tatbestände sei Beweis für die Existenz von Marktmacht im Sinne des Art.3 KG⁹². Nun trifft zwar zu, daß die Unternehmung, welche eine oder mehrere andere Unternehmungen zu bestimmtem wirtschaftlichem Verhalten zwingt, den betreffenden Markt im Sinne von Art.3 KG beherrscht und durch die Ausübung solchen Zwanges einen durch Art.4 KG erfaßten Tatbestand erfüllt – vorausgesetzt, daß alle Tatbestandselemente, insbesondere auch dasjenige der «Vorkehr» erfüllt sind⁹³. Aber umgekehrt ist nicht die Erfüllung jedes Tatbestandes nach Art.4, also auch eine

sie beherrscht. Ob die Güter technisch verschieden sind, spielt hier keine Rolle; wichtig ist allein, daß sie unter dem Gesichtspunkt der Bedürfnisbefriedigung nicht bloß in unerheblichem Ausmaß substituierbar sind.» ZSCHOKKE, Erwägungen, S.16 verlangt Berücksichtigung «nahe verwandter Substitutionsprodukte».

⁹¹ a.a.O., S.31.

⁹² z. B. ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmungen, S.246 zitiert bei MERZ a.a.O., S.31; insbesondere auch S.236/7: «Die wettbewerbsbehindernden Vorkehren können zunächst wie die Kartellbindung als formaler Ausdruck gesteigerten Markteinflusses gewertet werden...» «Die Wettbewerbsbehinderung kann somit als formales Merkmal einer kartellähnlichen Organisation und als ausreichende Bedingung für die Anwendbarkeit des KG betrachtet werden.»

⁹³ Vgl. hiezu hinten, S.93 ff.

unter Umständen wesentlich weniger weitgehende Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter, Indiz für die Existenz des nach Art.3 KG erforderlichen hohen Grades von Marktmacht. Diese Erwägung gilt in um so stärkerem Maße, je geringer die Anforderungen sind, die an den Begriff «erheblich» in Art.4 gestellt werden⁹⁴.

Die hier kritisierte Auslegung widerspricht u.E. den vorne (S. 52ff.) aus der BV abgeleiteten Richtlinien für die Gesetzesauslegung. Sie steht aber auch nicht im Einklang mit der Systematik des KG, welches das in Art.4 umschriebene Verhalten nur erfaßt, wenn es einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation zugeschrieben werden kann⁹⁵.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß das KG die Beantwortung der unter «A» formulierten Grundfragen durch die BV bestätigt. Das in seinen Geltungsbereichsnormen beschriebene Verhalten ist grundsätzlich zulässig, insbesondere also auch der Besitz und die Ausübung von Marktmacht durch einzelne Unternehmungen. Private Freiheitsbetätigung fällt nur in den Geltungsbereich des KG sofern es einem Kartell im Sinne von Art. 2 KG oder einer kartellähnlichen Organisation im Sinne von Art.3 KG zuzurechnen ist. Da Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG u.U. bedeutet, daß privates wirtschaftliches Verhalten behördlicher Wertung vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus unterliegt, kommt den Geltungsbereichsnormen des KG erhebliche selbständige Bedeutung zu. Nach der Ordnungsvorstellung des Verfassungsgesetzgebers ist solche behördliche Wertung privater Freiheitsbetätigung nur ausnahmsweise und unter den in Art.31^{bis}, Abs.3, lit.d BV festgelegten Voraussetzungen statthaft; die Geltungsbereichsnormen des KG sind deshalb zurückhaltend auszulegen.

⁹⁴ Vgl. hiezu hinten, S.100 ff.

⁹⁵ Siehe vorne, S. 59 f.

§ 4. Grundfrage B

I. Bundesverfassung

1. Diese Grundfrage lautet, ob die BV der Einflußnahme durch Kartelle oder kartellähnliche Organisationen auf Willensentscheidungen Dritter eine absolute, d.h. von der jeweiligen konkreten Interessenlage unabhängige Grenze setze, ob sie bestimmte Handlungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen schlechthin verbiete. Die BV enthält keine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung. Aber auch dem Sinne nach kann keiner ihrer Normen ein solches absolutes Verbot entnommen werden. Auch aus dem Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der «Gleichwertigkeit» privater individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung kann nicht die Folgerung abgeleitet werden, die Verunmöglichung der individuellen durch gemeinschaftlich gleichgerichtete Freiheitsbetätigung sei schlechthin unzulässig⁹⁶. Diese Folgerung müßte letzten Endes auf die These abgestützt werden, die BV institutionalisiere den freien Wettbewerb. Wird diese abgelehnt, dann kann der BV keine derartige Entscheidung entnommen werden. Der Verfassungsgesetzgeber hat sich darüber Rechenschaft abgelegt⁹⁷, daß die Anerkennung der Gleichwertigkeit notwendig die Möglichkeit von Konflikten zwischen den beiden Arten der Freiheitsbetätigung mit sich bringt. Hätte er selber für bestimmte Konflikt-situationen, wie sie hier in Frage stehen, eine Regelung

⁹⁶ a. M. z. B. MERZ, Instrument, S. 9: «Dem Verfassungsauftrag zum Erlaß kartellrechtlicher Bestimmungen ... kann das Verbot jeder Wettbewerbsbeschränkung entnommen werden, welche die Wettbewerbsfreiheit von Mitbewerbern oder von Kunden in ihrem Wesensgehalt antastet.»

⁹⁷ Vgl. z. B. BOTSCHAFT Wirtschaftsartikel, S. 846/847, S. 899.

treffen wollen, wäre dies ausdrücklich geschehen. Es ergibt sich somit aus dem Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers nicht die absolute Unzulässigkeit bestimmter Arten der individuellen oder kollektiven Freiheitsbetätigung. So wenig zutrifft, daß die BV das «System der freien Konkurrenz» als absolute Schranke privater Freiheitsbetätigung aufrichte, so wenig kann gesagt werden, sie instituiere die «Möglichkeit der privaten wettbewerblichen Betätigung» als solche Schranke⁹⁸. Die private Freiheitsbetätigung wird nicht von Verfassungs wegen schlechthin unzulässig, wenn anderen Rechtssubjekten die Betätigung ihrer wirtschaftlichen Freiheit verunmöglicht wird. Hingegen werden wir sehen, daß diesem Sachverhalt bei der Interessenabwägung wesentliche Bedeutung zukommt, indem er den Einbezug des Gesamtinteresses in die Betrachtung auslöst⁹⁹.

2. In diesem Zusammenhang ist noch auf den hauptsächlich von MERZ¹⁰⁰ entwickelten Gedankengang einzutreten: «Wenn der Staat dem Einzelnen einen Raum freier Entfaltung gegenüber behördlichen Eingriffen gewährleistet, er es nicht ohne Widerspruch zulassen kann, daß private Wirtschaftsmacht diese Freiheit unterdrückt». Danach ergäbe sich aus der Entscheidung der BV zugunsten der Privatautonomie und damit gegen den Eingriff des Staates in den Wirtschaftsablauf eine absolute Schranke auch für die Betätigung der Privatautonomie, eine Schranke also, die ungeachtet der Interessenlage im konkreten Fall nicht überschritten werden dürfte. Dabei wird jedoch der qualitative, kategorische Unterschied zwischen obrigkeitlichem Handeln einerseits und

⁹⁸ ROHR, S. 78: «Die Zielsetzung der Kartellbestimmung umfaßt weder die im wirtschaftsordnungspolitischen noch die im staatspolitischen Interesse liegende Erhaltung der Wettbewerbsmöglichkeit.»

⁹⁹ Vgl. hinten, S. 75.

¹⁰⁰ RabelsZ, S. 9, Instrument, S. 6; vgl. dazu ROHR, S. 70 ff.

privatem Handeln andererseits zu wenig beachtet. Durch den Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers in BV 31 wird der Staat von der obrigkeitlichen, befehlsmäßigen und mit physischer Gewalt durchsetzbaren¹⁰¹ Bestimmung des Wirtschaftsablaufs ausgeschlossen¹⁰². Damit wird diese den Individuen, somit aber auch dem Widerstreit individueller privater Interessen überantwortet; wo die Grenze für die private Tätigkeit verlaufe, muß durch Interessenabwägung ermittelt werden. Die in der Schrankenziehung gegenüber dem Staat zum Ausdruck gebrachte Wertung der Freiheit des Individuums zur persönlichen Entfaltung, zur Selbstverwirklichung fällt selbstverständlich bei solcher Interessenabwägung wesentlich ins Gewicht. Die Schranke für die private Freiheitsbetätigung kann aber nicht gewissermaßen automatisch aus der auf anderer Grundlage beruhenden Schrankenziehung gegenüber dem Staat abgeleitet werden¹⁰³.

Dem hier kritisch betrachteten Gedankengang entspräche es, «die Wettbewerbsbehinderung nur unter den Voraussetzungen zuzulassen, wie sie nach Art. 31^{bis} der Bundesverfassung für staatliche Maßnahmen in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit erforderlich sind»¹⁰⁴. Entsprechende Anträge wurden jedoch in den Kommissions-

¹⁰¹ JÄGG I, Persönlichkeit, S. 218 a.

¹⁰² Diese Schranke wird der staatlichen Tätigkeit als solcher, d.h. als politischer auf die Wahrung des Gemeinwohls verpflichteter Tätigkeit gezogen.

¹⁰³ HUBER, Schutz der Staatsbürgerrechte, S. 144: «Die aus der Unteilbarkeit der grundlegenden Wertordnung folgende indirekte Drittewirkung auch der Staatsbürgerrechte bedeutet nun aber nicht, daß den Privatpersonen in allen Teilen und in allen Einzelheiten niemals erlaubt sein könne, was dem Staat verwehrt ist.» «... der Privatrechtsordnung ist ein gewisser sekundärer Wertpluralismus nicht fremd.» Zur Ablehnung der Theorie der «indirekten Drittewirkung» der Freiheitsrechte siehe vorne S. 45 ff.

¹⁰⁴ BOTSCAFT, S. 584; vgl. dazu auch SCHULTZ, S. 287.

beratungen zum KG abgelehnt und die Botschaft (a.a.O.) bemerkt dazu

«diesem Vorschlag liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Einwirkung auf Dritte durch private Vorkehren die Wirtschaftsfreiheit beeinträchtige und folgerichtig nur unter denselben Voraussetzungen statthaft sein dürfte, wie sie für staatliche Maßnahmen in Abweichung von der HGF gelten. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Verfassungsgesetzgeber der Kartelltätigkeit einen weiteren Raum belassen hat als dem staatlichen Gesetzgeber; ein Vergleich von Buchstabe a des Artikels 31^{bis}, Abs. 3 (staatliche Maßnahmen) und Buchstabe d (Kompetenz zur Kartellgesetzgebung) zeigt dies deutlich. Selbstverständlich soll das Kartellgesetz dazu beitragen, daß nicht eine unerträgliche Diskrepanz zwischen den beiden Gebieten besteht; aber es ist nicht erforderlich, staatliche Maßnahmen und Kartellvorkehren von denselben Voraussetzungen abhängig zu machen.»

II. Kartellgesetz

1. Zivilrechtliche Bestimmungen

Das KG löst die ihm gestellte Aufgabe der Bestimmung der Schranken für die private Einflußnahme auf die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit Dritter dadurch, daß es in Art. 4 Tatbestände «unzulässiger Wettbewerbsbehinderung» formuliert. Die Erfüllung dieser Tatbestände ist indessen nicht schlechthin verboten, sondern «unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig». Art. 4 setzt somit der Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen keine absolute, von der jeweiligen Interessenlage schlechthin unabhängige Schranke. Diese Regelung weicht¹⁰⁵ in doppelter Hinsicht von dem durch die Preisbildungskommission entwickelten Konzept der «Garantierung des möglichen Wettbewerbs» ab¹⁰⁶. Einmal besteht auch bei

¹⁰⁵ Näheres hiezu ergibt sich aus den späteren Erörterungen.

¹⁰⁶ Vgl. PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 161: Danach sollte den sich freiwillig der Wettbewerbsfreiheit Begebenden verboten werden, darauf auszugehen, «die verbleibenden freien Wettbewersträger zum Verzicht auf Wettbewerb zu zwingen oder

Erfüllung des Tatbestandes einer auf «Ausschluß vom Wettbewerb» gerichteten Vorkehr die Möglichkeit ihrer Rechtferdigung nach Art.5; sodann wird der Tatbestand einer auf «erhebliche¹⁰⁷ Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs» gerichteten Vorkehr der Notwendigkeit der Rechtferdigung nach Art.5 unterstellt.

Es ist also festzuhalten, daß das KG die Grundfrage B, ob es eine absolute, von der Interessenlage im konkreten Fall schlechthin unabhängige Schranke für die Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen gebe, negativ beantwortet. Nach der im zivilrechtlichen Teil des KG verwirklichten Auffassung kommt es für die Grenzziehung also entscheidend auf die Interessenabwägung im einzelnen Fall an.

2. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen

Gleiches gilt mit Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Teil. Nach Art.22 sind der Ausschluß des Wettbewerbs oder dessen erhebliche Beeinträchtigung in einem Wirtschaftszweig oder Beruf nicht schlechthin unzulässig, sondern nur wenn sie in einer «mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise» erfolgen.

sie unter Einsatz wirtschaftlicher Macht vom Markt auszuschließen (Sperrung vom Verf.). Vgl. dazu auch ALLEMANN, Möglicher Wettbewerb, S.154/5 und Wettbewerbspolitik, S.380; vgl. BOTSCHAFT, S.8f.; SIEBER, Probleme, S.17. Die immer wieder anzutreffende Wendung, das KG verwirkliche das Postulat des Möglichen Wettbewerbs, ist deshalb unzulässig vereinfachend; vgl. z.B. KOLLER, S.114; Tribunal cantonal du Canton de Neuchâtel in SJZ 63, 1967, S.187; BGE 91 II, S.419 ff.; DESCHENEAUX, Ouvrage, S.78: «Le postulat de la concurrence possible n'a pas été entièrement réalisé par le législateur», vgl. auch S.91.

¹⁰⁷ Dieser erfaßt besonders bei weiterer Auslegung des Begriffes «erheblich» (siehe hinten, S.100 ff.), Sachverhalte, welche nicht unter den von der Preisbildungskommission visierten Tatbestand fallen würden.

§ 5. Grundfragen C und D

I. Bundesverfassung

1. Grundfrage C

A. Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die BV der Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen keine absolute, von der jeweiligen Interessenlage schlechthin unabhängige Schranke zieht. Damit wird entscheidend für die Bestimmung der Grenzen zulässiger Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter durch Kartelle und kartellähnliche Organisationen die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen. Dabei gilt es zunächst abzuklären, welche Interessen in die Betrachtung einzubeziehen sind. Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß im Falle eines Konfliktes zwischen den ihre Freiheit gemeinschaftlich gleichgerichtet ausübenden Mitgliedern eines Kartells, oder einer ähnlichen Organisation, einerseits und einem oder mehreren Außenseitern andererseits jedenfalls die Interessen der am Konflikt direkt Beteiligten bzw. der davon direkt Betroffenen in Betracht zu ziehen sind.

B. Durch Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV erfährt nun der Kreis der unter Umständen in Betracht zu ziehenden Interessen eine bedeutende Ausweitung. Danach ist der Bund befugt, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der HGF, Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen». Diese Bestimmung enthält die Ermächtigung und zugleich Anweisung an den Gesetzgeber (und die das Gesetz anwendenden Behörden), das Verhalten von Kartellen und ähnlichen Organisationen nach wirtschaftspolitischen¹⁰⁸ Ge-

¹⁰⁸ Der Begriff «wirtschaftspolitisch» wird hier eingeführt zur unterscheidenden Charakterisierung der nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV vorzunehmenden Interessenabwägung gegenüber der auf die

sichtspunkten zu werten, in die Interessenabwägung im Konfliktfall¹⁰⁹ also Drittinteressen unter diesen Gesichtspunkten einzubeziehen. Dabei ist aber wesentlich, daß dies nur dann geschehen darf, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt». Auf Konfliktfälle¹¹⁰ bezogen heißt dies, wenn die gemeinschaftlich gleichgerichtete Freiheitsausübung oder die Freiheitsausübung durch eine kartellähnliche Organisation außer den Interessen der von dieser Betätigung unmittelbar Betroffenen auch das Gesamtinteresse mit bestimmter Intensität berührt. Wenn im folgenden von «Berührung» des Gesamtinteresses gesprochen wird, sind Sachverhalte gemeint, bei denen das Verhalten von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen diesen «kritischen» Intensitätsgrad erreicht.

Somit ist nach der BV bei Bestimmung des zulässigen Maßes privater Einflußnahme auf wirtschaftliche Willensentscheidungen Dritter die Betrachtung auf die privaten Interessen der Beteiligten bzw. direkt Betroffenen unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu beschränken, sofern die Einflußnahme im konkreten Fall nicht das «Gesamtinteresse» mit noch zu bestimmender Mindestintensität berührt¹¹¹. Trifft letzteres zu, so ist das Verhalten des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation vom Standpunkt des Gesamtinteresses aus nach wirtschaftspolitischen Kriterien zu

Interessen der Beteiligten bzw. Betroffenen beschränkten Interessenabwägung nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten. Welche Aspekte im einzelnen bei «wirtschaftspolitischer» Abwägung maßgebend sind, wird im folgenden erörtert. Die vorläufig generell als «wirtschaftspolitisch» bezeichnete Tätigkeit soll im Dritten Teil näher untersucht und charakterisiert werden.

¹⁰⁹ Die Kompetenz nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d ist selbstverständlich nicht auf Konfliktfälle beschränkt.

¹¹⁰ Unsere Betrachtungen sind zunächst auf unter Art. 4 KG fallende Konfliktfälle beschränkt. Bei Anwendung des Art. 22 KG ist eine «Berührung des Gesamtinteresses» ohne Bestehen eines Konfliktfalles möglich.

¹¹¹ Diese Auffassung deckt sich mit derjenigen von USTERI, Grundzüge, S. 155, wonach «Kartellrecht primär eine Sache des Privatrechts ist».

werten, wobei im Grunde genommen die Frage zu beantworten ist, ob der vom Verfassungsgesetzgeber getroffene Grundsatzentscheid für die Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung (oder Freiheitsbetätigung durch kartellähnliche Organisationen) im besonderen Fall aus Erwägungen des Gesamtinteresses der Korrektur bedürfe. (Vgl. vorne S. 51.)

Zum Vorgehenden sind noch zwei Ergänzungen anzubringen.

Das Anlaß zu einem Konfliktfall biedende Verhalten eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation wird sich in der Regel auch auf Drittinteressen, wenn auch bisweilen nur reflexartig, auswirken. Von einer gesetzgeberischen Handeln gemäß Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV rechtfertigenden «Berührung des Gesamtinteresses» kann aber erst unter besonderen, im einzelnen noch zu erörternden Umständen gesprochen werden. – Wie jedes Freiheitsrecht ist auch das Recht zu gemeinschaftlich gleichgerichtetem wirtschaftlichem Verhalten (und die Betätigung der Wirtschaftsfreiheit durch kartellähnliche Organisationen) nur «unter dem Vorbehalt der öffentlichen Interessen» garantiert¹¹².

«Die Ausübung der Freiheitsrechte ist mit anderen Worten nur unter dem Vorbehalt der polizeilichen Beschränkungen, das ist der Beschränkungen, die den Anforderungen der öffentlichen Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ruhe und der öffentlichen Sittlichkeit entsprechen, garantiert.»¹¹³

Unter diesen spezifischen Gesichtspunkten waren Drittinteressen schon vor Erlass der neuen Wirtschaftsartikel bei der Bestimmung der Schranken für die Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter durch Kartelle oder kartellähnliche Organisationen zu berücksichtigen. Neu in Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV ist also nicht die Einbeziehung von

¹¹² Vgl. z. B. GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 173; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse (1967) Bd. II, S. 633, 672; BRIDEL, Libertés individuelles, S. 99.

¹¹³ GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 246.

Interessen Dritter überhaupt, sondern die Einräumung der Kompetenz an den Gesetzgeber und die das Gesetz anwendenden Behörden zu Wertung privaten Verhaltens unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten¹¹⁴.

Das Ergebnis der Erörterungen zu Grundfrage C kann nun wie folgt zusammengefaßt werden: Bei Konflikten zwischen einem Kartell oder kartellähnlichen Organisationen einerseits und einem oder mehreren Außenseitern andererseits handelt es sich in jedem Fall um eine Kollision zwischen ihre Wirtschaftsfreiheit ausübenden Privaten; die Grenze zulässiger Einflußnahme seitens des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation auf die Willensentscheidungen der unmittelbar Betroffenen ist primär auf Persönlichkeitsrechtlicher Ebene durch gegenseitiges Abwagen der auf dem Spiele stehenden Interessen, unter Beschränkung auf ziviliistische Erwägungen zu ermitteln.

Die Handlungsweise des Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation kann aber derart sein, daß das Gesamtinteresse es rechtfertigt, sie der behördlichen Wertung nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu unterstellen.

¹¹⁴ Privates Verhalten steht immer im Spannungsfeld zwischen den von den Handelnden verfolgten individuellen Interessen und den Interessen der von solchem Handeln Betroffenen, deren Kreis von Fall zu Fall verschieden groß ist, und letztlich die Allgemeinheit umfassen kann. Der Einbezug der Interessen Dritter, ja des «Gesamtinteresses» in die Interessenabwägung zur Bestimmung des zulässigen Maßes individueller Freiheitsbetätigung hat schon bisher auf Grund des Art. 64 BV stattgefunden (vgl. z. B. KUMMER, Anwendungsbereich, S. 90 ff., 106). Vor Erlass des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV war aber die Anwendung eines wirtschaftspolitisch begründeten Maßstabes für solche Interessenabwägung verfassungsrechtlich ausgeschlossen (vgl. NEF, Schweiz. Jur. Kartothek, Karte 616, S. 8, Ziffer 7; HOMBURGER, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 102). Vereinfachend kann diese durch BV Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d ermöglichte bzw. geforderte wirtschaftspolitische Wertung der «herkömmlichen», auf BV Art. 64 gestützten «zivilistischen» Wertung gegenübergestellt werden. Die Abgrenzung gegenüber polizeilicher Wertung soll im Dritten Teil versucht werden.

len. Der Gesetzgeber hat gestützt auf BV 31^{bis}, Abs.3, lit.d die Aufgabe, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen eine solche Wertung erfolgen soll und den dabei anzuwendenden Maßstab festzulegen.

2. Grundfrage D

Entsprechend dem Ergebnis der Abklärungen zur Grundfrage C ist bei Erörterung der Grundfrage D nach den bei der Interessenabwägung anzuwendenden Maßstäben die Untersuchung in folgende Richtungen zu führen:

A. Voraussetzungen, unter denen das Gesamtinteresse es rechtfertigt, das Verhalten von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen der Wertung nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu unterstellen;

B. Maßstab für die Bestimmung des zulässigen Grades der Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter nach persönlichkeitsrechtlichen, zivilistischen Gesichtspunkten;

C. Maßstab für die Bestimmung des zulässigen Grades solcher Einflußnahme unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten.

Zu A

Der Verfassungsgesetzgeber hat durch Erlaß der Art.31 und 31^{bis}, Abs.3, lit.d BV den Grundsatzentscheid zugunsten der Gleichwertigkeit individueller Freiheitsbetätigung einerseits und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung andererseits getroffen. Diesem Entscheid liegt u.a. die Auffassung zugrunde, das Nebeneinander dieser beiden Arten der Aktualisierung der Privatautonomie sei vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus positiv zu werten; daß erwartet und vermutet werden dürfe, beide Arten solcher Aktualisierung zeitigten mit dem Gesamtinteresse vereinbare Ergebnisse¹¹⁵.

¹¹⁵ Oder jedenfalls: Es sei mit dem Gesamtinteresse vereinbar, daß der Staat sich bezüglich des Wertes dieser Ergebnisse «neutral» verhalte.

a) Aus diesem Gedankengang heraus läßt sich nun für den Konfliktfall zwischen beiden Arten der Freiheitsbetätigung der Sachverhalt ermitteln, bei dessen Verwirklichung privates wirtschaftliches Verhalten der wirtschaftspolitischen Wertung vom Standpunkt des Gesamtinteresses aus zu unterstellen ist. Dieser Sachverhalt ist nämlich grundsätzlich dann gegeben, wenn durch Freiheitsbetätigung eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation einem oder mehreren Dritten ihre eigene Freiheitsbetätigung verunmöglicht, wenn also das vom Verfassungsgesetzgeber gewollte Nebeneinander der beiden Arten der Freiheitsbetätigung durch privates Handeln ausgeschaltet werden soll¹¹⁶.

b) Um Mißverständnisse zu vermeiden, seien folgende Punkte noch hervorgehoben. Der BV kann nicht entnommen werden, der beschriebene Sachverhalt sei an und für sich ohne weiteres mit dem Gesamtinteresse unvereinbar. Vielmehr entfällt zunächst lediglich die Vermutung, die Freiheitsbetätigung des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation führe zu mit dem Gesamtinteresse vereinbaren Ergebnissen; damit wird die Notwendigkeit einer behördlichen Bewertung dieses Verhaltens unter dem Gesichtspunkt solcher Vereinbarkeit ausgelöst. Die Unterstellung

¹¹⁶ Vgl. z. B. HUG, Kartellartikel, S. 98: «Wo durch die Kartelle die Konkurrenzfreiheit selbst in Frage gestellt und die Möglichkeit des Wettbewerbs vollständig unterbunden und verhindert wird, muß die Bundesgesetzgebung generell auf Grund des Kartellartikels eingreifen.» HUG betrachtet aber, in Abweichung von unserer Auffassung, solche Kartellauswirkungen an sich als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich; ferner vertritt er die Meinung, auch wo die Konkurrenz nicht völlig ausgeschaltet werde, sei in jedem Fall zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen habe. Beides ist dadurch motiviert, daß nach HUG Ziel der Kartellgesetzgebung ist, «die Wettbewerbsmöglichkeit im gesamten Bereich der privaten Wirtschaft in ausreichendem Maße sicherzustellen». Wie sich im Laufe dieser Arbeit zeigen wird, ist diese Ansicht zu einseitig (vgl. kritisch dazu auch ROHR, S. 83).

privaten wirtschaftlichen Handelns unter behördliche wirtschaftspolitische Wertung bedeutet Abweichung, Ausnahme von dem in Art. 31, Abs. 1 BV getroffenen Grundsatzentscheid zugunsten der Privatautonomie. Denn privatautonomes wirtschaftliches Verhalten ist nicht allgemein und schlechthin dem Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse oder sogar dessen Förderung unterworfen¹¹⁷. Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d ist deshalb zurückhaltend auszulegen¹¹⁸, was auch in der einschränkenden Wendung «nötigenfalls in Abweichung von der HGF» und im Erfordernis der «Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse»¹¹⁹ zum Ausdruck kommt. Sodann ist zu unterstreichen, daß der soeben beschriebene Sachverhalt nur erfüllt ist, wenn den vom Kartellhandeln (oder Handeln einer kartellähnlichen Organisation) Betroffenen die Ausübung ihrer Wirtschaftsfreiheit im eigentlichen Sinne des Wortes unmöglich gemacht wird. Bloße «Beeinträchtigung» solcher Freiheitsausübung, selbst wenn sie einen starken Grad erreicht, genügt nicht. Der Grundsatzentscheid des Verfassungsgesetzgebers zugunsten der Gleichwertigkeit bringt, wie vorne S. 65 ff. schon erwähnt, notwendig die Möglichkeit von Konflikten zwischen den beiden Arten der Freiheitsbetätigung mit sich. Es kann nicht die Meinung des Verfassungsgesetzgebers sein, jeder Konflikt berühre als solcher das Gesamtinteresse, da sonst der qualifizierende Vorbehalt «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt» überflüssig wäre.

¹¹⁷ Vgl. z. B. BGE 57 II, S. 339; HOMBURGER, Intervention, S. 275; a. M. z. B. STUDER, S. 182: «Die mit der Privatautonomie verliehene zivilistische Freiheit ist ... zweckgebunden. Sie wird dem Individuum gegeben, damit es den Zweck der maximalen Produktivität verfolge, damit es diejenigen Geschäfte entfalte, die dem Gesamtinteresse förderlich sind.»

¹¹⁸ Vgl. KUNDERT, S. 16.

¹¹⁹ In diesem Sinne auch SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 189; HUG, Kartellartikel, S. 98; von CASTELBERG, Gesamtinteresse, S. 14/15, 17 Anm. 1.

Zu B

In den zu dieser Kategorie gehörenden Fällen übt ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation Einfluß auf die Willensentscheidungen Dritter aus, ohne aber die Entscheidungsfreiheit des oder der Betroffenen aufzuheben. Diese werden in der Betätigung ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt, solche Betätigung wird ihnen aber nicht verunmöglicht. Das vom Verfassungsgesetzgeber gewollte Nebeneinander der grundsätzlich als gleichwertig anerkannten individuellen und gemeinschaftlich gleichgerichteten Freiheitsbetätigung bleibt bestehen, führt aber zu Konfliktsituationen. Enthält die BV Aussagen über die Grundsätze für deren Lösung, d.h. für die Abwägung der im Streite liegenden Interessen?

a) Zunächst ist unter Hinweis auf die Erwägungen unter I, 1.A festzustellen, daß Gegenstand der Interessenabwägung die kollidierenden privaten Interessen der am Konflikt Beteiligten bzw. davon Betroffenen bilden. Ferner ist festzuhalten, dass die BV keine Aussage im Sinne der absoluten Höherwertigkeit der individuellen Freiheitsbetätigung als solcher enthält¹²⁰. Sie erkennt beide Arten der Freiheitsbetätigung als grundsätzlich gleichwertige Mittel zur Selbstverwirklichung der Persönlichkeit der Beteiligten, zur Wahrung und Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Interessen. Auf Grund einer möglichst genauen und eingehenden tatbestandsmäßigen Feststellung der im Spiele stehenden Güter (Interessen) sind diese auf ihre Bedeutung für die Beteiligten, für die von ihnen angestrebte Selbstverwirklichung, zu untersuchen und unter diesem Gesichtspunkt gegeneinander abzuwägen. Das Überwiegen der vom Kartell oder der kartellähnlichen Organisation verfolgten Interessen unter diesem persönlichkeitsrechtlichen

¹²⁰ Vgl. dazu BRINER, Exp. II, S. 6: «Die Persönlichkeitsrechte, die sich im Boykottfall gegenüberstehen, können mehr oder weniger Gewicht haben. Sie können aber nicht zum vornherein in eine gewisse primäre und sekundäre Kategorie eingeteilt werden.»

Gesichtspunkt genügt, um das streitige Verhalten zu rechtfertigen. Dessen Erlaubtheit hängt nicht zusätzlich von einer wirtschaftspolitischen Wertung unter dem Gesichtspunkt des Gesamtinteresses ab, da die Intensität der Einflußnahme des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation auf die Willensentscheidungen Dritter nicht jenen Grad erreicht, der zugleich eine derartige Wertung rechtfertigen würde. Umgekehrt aber können sich das Kartell oder die kartellähnliche Organisation auch nicht auf diesen Gesichtspunkt berufen, wenn die von ihnen verfolgten Interessen auf persönlichkeitsrechtlicher Ebene nicht zu überwiegen vermögen.

b) Die BV fixiert in Art. 31 den für die Interessenabwägung maßgebenden Grundwert (siehe vorne S. 51 f.) der Freiheit individueller Persönlichkeitsentfaltung; sie umschreibt damit das Thema der behördlichen Untersuchung, nämlich, welchen der widerstreitenden Interessen, im Lichte dieses Grundwertes betrachtet, durch die Rechtsordnung das größere Gewicht beizumessen sei. Sie enthält aber keine diese Gewichtung *a priori* und generell zugunsten des Kartells oder der betroffenen Außenseiter bestimmende Aussage. Es geht im vorliegenden Zusammenhang nicht darum, die bei dieser Interessenabwägung in die Betrachtung einzubeziehenden Erwägungen im einzelnen zu untersuchen und zu erörtern, und wir gehen deshalb auf Einzelfragen betreffend ihre Durchführung nicht ein¹²¹. Wichtig ist uns die Bestimmung der dem Gesetzgeber und der rechtsanwendenden Behörde hier gestellten Aufgabe und deren Ab-

¹²¹ JÄGGI, Persönlichkeit, S. 220/221a; FORKEL, S. 88; HOTZ, S. 49 ff.; HOMBURGER, Bemerkungen, S. 145/6. In Abweichung von den dortigen Ausführungen bin ich heute der Meinung, daß wenn die Existenz eines Außenseiters durch das Kartellverhalten bedroht wird, das Gesamtinteresse berührt ist, und das betreffende Kartellverhalten deshalb nicht durch ausschließlich private Interessen gerechtfertigt werden kann. Die bei HOMBURGER, a.a.O., Anm. 1 zitierte Meinung TANNERS, daß existenzvernichtende Boykotte absolut unzulässig seien, geht aber zu weit.

grenzung gegenüber der nachfolgend zu besprechenden Aufgabe der Interessenabwägung unter Einbezug wirtschaftspolitischer Wertungen.

Zu C

Wenn das «Gesamtinteresse es rechtfertigt», ist der Bund nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV befugt, Vorschriften gegen «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» von Kartellen oder ähnlichen Organisationen zu erlassen. Wir haben vorne (S. 50) gezeigt, daß damit für den Bundesgesetzgeber und, auf Grund der von diesem erlassenen Vorschriften, für die rechtsanwendenden Behörden die Befugnis (und Pflicht) begründet wird, unter der Voraussetzung der «Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse» die Auswirkungen des Verhaltens von Kartellen und ähnlichen Organisationen vom Blickpunkt dieses Interesses aus wirtschaftspolitisch zu bewerten. Es wurde ferner der Sachverhalt festgestellt, bei dessen Vorliegen in Konfliktfällen das Gesamtinteresse es rechtfertigt, das Kartellverhalten solcher Wertung zu unterwerfen. Enthält nun die BV spezifische Aussagen über den bei derartiger Wertung anzuwendenden Maßstab?

a) Vorab ist folgendes klarzustellen: Die Aufgabe des Gesetzgebers in Ausübung der ihm durch BV^{bis}, Abs. 3, lit. d erteilten Kompetenz umfaßt zweierlei. Einerseits muß er die Grundlage schaffen für die behördliche Wertung der Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen unter dem Gesichtspunkt ihrer volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit. Das «Volkswirtschaftliche» und das «Soziale» sind indessen nur Teilaspekte des «Gesamtinteresses»; dieses verlangt darüber hinaus z. B. auch die Berücksichtigung bevölkerungspolitischer, militärischer, fremdenpolizeilicher Erwägungen¹²². Nun erklärt die BV, gesetz-

¹²² BOTSCHAFT Wirtschaftsartikel, S. 847; GIACOMETTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 183; KUNDERT, S. 122 und dort zitiert MARTI, S. 166; WÜRDINGER, S. 403; VON CASTELBERG, Gesamtinteresse, S. 9 und 19; SCHÜRMANN, Kartellartikel S. 182 ff., ins-

geberische Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen seien zu erlassen, sofern das «Gesamtinteresse es rechtfertigt». Dies bedeutet, daß zusätzlich zur Frage, ob Kartellauswirkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädlich seien, untersucht werden muß, ob das Gesamtinteresse Maßnahmen gegen diese Auswirkungen fordere¹²³, was nur der Fall ist, wenn sie mit dem Gesamtinteresse unvereinbar sind. Volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen sind also nach BV 31^{bis}, Abs.3, lit.d nicht eo ipso mit dem Gesamtinteresse unvereinbar¹²⁴. Das Vorliegen volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen und die Feststellung der Unvereinbarkeit dieser Auswirkungen mit dem Gesamtinteresse sind vielmehr kumulative Voraussetzungen für gesetzgeberische Maßnahmen auf Grund von Art.31^{bis}, Abs.3, lit.d¹²⁵. Die beiden Fragestellungen sind theoretisch voneinander zu unterscheiden, wenn auch ihre Beantwortung in aller Regel «simultan» erfolgen wird. Ihre Verschiedenheit wird z.B. illustriert durch die Ausführungen im Bericht der Kartellkommission über «Die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für pharmazeutische, hygienische und kosmetische Produkte»¹²⁶. Nachdem der Ausschluß des Preiswettbewerbs bei pharmazeutischen Spezialitäten der Listen A, B und C auf der Letztverteilerstufe (Apotheken) festgestellt wird, erklärt die Kartellkommission:

«Diese Fakten, die das Preisniveau bestimmen und sich wirtschaftlich für den Konsumenten nachteilig auswirken können,

besondere 189/90; USTERI, Grundzüge, S.163/4; GLASSON, S.285; HUBER, Enteignung, S.57; SCHLUEP, Markenschutzgesetz, S.399.

¹²³ MARTI, S.165; SCHLUEP, Markenschutzgesetz, S.398, Anm.89.

¹²⁴ USTERI, Grundzüge, S.162.

¹²⁵ MARTI, S.176; VON CASTELBERG, Gesamtinteresse, S.8, 18; DER-SELBE, Wirtschaftszweige, S.196.

¹²⁶ Kartellkommission, 1966, S.286.

erfahren durch die gesundheitspolitische Komponente, die diesem Markt eigen ist, eine Beurteilungskorrektur: Vom rein gesundheitspolitischen Standpunkt aus betrachtet, können die Forschungsaufwendungen der pharmazeutischen Industrie nicht groß genug sein. Hohe Preise und Margen sind in dieser Betrachtung also insoweit gerechtfertigt, als die dadurch aufgebrachten Mittel ausschließlich zur Forschung verwendet werden. Auch die mittels eingefrorener Margen erreichte örtliche Streuung der Apotheken, welche die Medikamente für eine Vielzahl von Patienten wohl verteuert, aber auch Kranke in abgelegenen Landesgegenden und Quartieren leichter (und zum gleichen Preis) in den Besitz eines Präparates gelangen lässt, ist in dieser Sicht positiv zu werten.»

Ferner erwägt die Kommission, daß eine Preiskonkurrenz auf der Apothekerstufe

«gesundheitspolitisch nachteilig wäre, wenn der dadurch hervorgerufene Preisdruck die Hersteller veranlassen würde, ihr Sortiment erheblich einzuschränken oder der Qualität ihrer Produkte nicht mehr die notwendige Sorgfalt angedeihen zu lassen»¹²⁷.

Der Gesetzgeber hat andererseits auch die Grundlagen zu schaffen für die Beantwortung der Frage, ob als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich befundene Auswirkungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen mit dem Gesamtinteresse unvereinbar seien. Die bis hierher gebrauchte Wendung, auf Grund des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV, habe unter bestimmten Voraussetzungen eine Wertung privaten Verhaltens nach «wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten» zu erfolgen, kann jetzt in dem Sinne genauer gefaßt werden, daß solches Verhalten auf seine volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit sowie auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse geprüft werden muß. Läßt sich nun der BV der Maßstab für die Beantwortung der Fragen entnehmen, wann eine volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkung eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation vorliege, und wann eine solche Auswirkung mit dem Gesamtinteresse unvereinbar sei?

¹²⁷ Vgl. hiezu FRÖHLICHER, S. 247, Bemerkungen zu den Ausführungen Fröhlichs siehe hinten S. 82 ff.

b) Wie wir vorne (S. 37 ff.) darlegten, hat die BV den freien Wettbewerb nicht verbindlich als wirtschaftliches Lenkungssystem eingeführt. Volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit kann deshalb nicht von Verfassungs wegen mit «Einschränkung des Wettbewerbs» oder mit einem bestimmten Grad solcher Einschränkung gleichgesetzt werden¹²⁸. Es kann der BV auch nicht entnommen werden, daß die Verunmöglichung individueller Freiheits betätigung durch ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation an und für sich und schlechthin volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sei. Die These, die z.B. von HUG¹²⁹ vertreten wird, der Bundesgesetzgeber müsse «jene Auswirkungen der Kartelle und ähnlicher Organisationen als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich betrachten, welche das System der Konkurrenz ausschalten und damit aus den Angeln heben», läßt sich nur auf die Prämissee stützen, die BV garantiere das System der freien Konkurrenz als solches und die soeben zitierte absolute Schranke für die Kartell tätigkeit ergebe sich aus der Notwendigkeit des Schutzes der freien Konkurrenz als Institution¹³⁰. Ähnlich argumentiert TANNER, der «die Wettbewerbsordnung als solche in den Mittelpunkt stellt»¹³¹. Nach der von FRÖHLICHER¹³² vertretenen Auffassung ist ein

«Wettbewerbsgrad, der die gesamtwirtschaftlichen Funktionen¹³³ nicht mehr zu erfüllen vermag, mit dem Gesamtinteresse grund

¹²⁸ SCHÜRMANN, Kartellartikel, S.199, Kartellkommission, S.6; DESCHENEAUX, Ouvrage, S.106.

¹²⁹ Kartellartikel, S. 98.

¹³⁰ Vgl. z. B. HUG, zitiert in Anm. 116, ähnlich äußert sich SCHLUEP, Markenschutzgesetz, S.397 und 400.

¹³¹ Zitiert bei HUG, a.a.O., S.119, Anm.4; kritisch zu TANNER: SCHÜRMANN, Kartellartikel, S.198, der dessen wettbewerbs orientierte Auffassung des lit.d als «sehr überspitzt» bezeichnet.

¹³² S. 240 ff.

¹³³ Diese sind nach FRÖHLICHER: Einkommensverteilung nach der Marktleistung; Steuerung des laufenden Angebotes an Waren und Dienstleistungen gemäß den Käuferpräferenzen; Lenkung

sätzlich nicht vereinbar und die Wettbewerbsbeschränkung, die den Wettbewerbsgrad dermaßen herabsetzt grundsätzlich volkswirtschaftlich oder sozial schädlich».

Auch dieser These liegt die Auffassung zugrunde, die BV habe, um der Erfüllung der erwähnten gesamtwirtschaftlichen Funktionen willen, den freien Wettbewerb als Institution verankert, und der in Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV verwendete Begriff der «volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit» lasse sich ausschließlich unter Bezug auf den Wettbewerbsgrad definieren. Dazu ist zu bemerken, daß die Ordnungsentscheidung des Verfassungsgesetzgebers wohl auch, aber keineswegs ausschließlich aus dem Bestreben erfolgte, die «gesamtwirtschaftlichen Funktionen» erfüllt zu sehen. Da die Ordnungsvorstellung des Verfassungsgesetzgebers eine komplexe, ambivalente, gemischte ist, kann bei Umschreibung dessen, was als «volkswirtschaftlich oder sozial» zu gelten habe, nicht ausschließlich auf einen Aspekt abgestellt werden. Die «Erfüllung der gesamtwirtschaftlichen Funktionen» stellt ein ökonomisches Ideal-Postulat dar, dem die wirtschaftliche Wirklichkeit, abgesehen von Wettbewerbsbeschränkungen oder der Existenz kartellähnlicher Organisationen, wohl nie voll entspricht. Es geht deshalb nicht an, bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen ohne weiteres für die «Nichterfüllung der gesamtwirtschaftlichen Funktionen» verantwortlich zu machen. Vielmehr wird u. a. zu untersuchen sein, inwieweit diese Funktionen durch andere Faktoren als die Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt werden. Wie SIEBER¹³⁴ ausführt, «reicht die bloße Betrachtung der Wettbewerbsbeschränkungen nicht immer aus, um eine allfällige volkswirtschaftliche oder soziale

der Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten; laufende Anpassung der Produktionskapazitäten an die Veränderungen der Nachfragestruktur und der Produktionstechnik; Durchsetzung des technischen Fortschritts bei Produkten und Produktionsmethoden; Sicherung der Wachstumsraten der Wirtschaft; bestmögliche Versorgung der Märkte.

¹³⁴ Probleme, S. 26 ff.

Schädlichkeit der Kartelle zu ergründen», da «in gewissen Fällen den ungünstigen Wettbewerbsbeschränkungen günstige andere Wirkungen gegenüberstehen».

Schließlich hält FRÖHLICHER die beiden Aufgaben der Prüfung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit einerseits und der Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse nicht immer genügend auseinander. Der im vorstehend zitierten Text gezogene direkte Schluß von einem bestimmten Wettbewerbsgrad auf Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse ist u. E. ein Kurzschluß; FRÖHLICHER führt denn auch auf S. 256 richtig aus,

«der rein auf die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit abstellende Elementekatalog der Wettbewerbspolitik erfährt dadurch eine Ergänzung, daß zur Beurteilung des Gesamtinteresses neben der wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit unter Umständen auch außerwirtschaftliche Momente (beispielsweise gesundheitspolitische oder kriegswirtschaftliche) mitberücksichtigt werden müssen».

Es ist durchaus zu erwarten, daß die Kartellkommission und die Gerichte im Verlaufe ihrer Praxis gewisse typische Tatbestände ermitteln, bei deren Vorliegen die Vermutung volkswirtschaftlich oder sozialer Schädlichkeit bzw. der Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse erfahrungsgemäß begründet erscheint. Auf dem Weg zu solcher Typisierung dürfen aber nicht Abkürzungen eingeschlagen werden, indem man «Leitbilder» in die BV oder das KG projiziert, welche in die betreffenden Normen nicht Eingang gefunden haben.

Kann somit der BV keine gewissermaßen formalisierte, mit einem bestimmten Grad der Wettbewerbsbeschränkung identische Definition «volkswirtschaftlicher oder sozialer Schädlichkeit» entnommen werden, so fragt es sich, ob sich aus ihr in anderer Weise Anhaltspunkte zur näheren Bestimmung dieses Begriffes ableiten lassen. Durch die Verwendung der Worte «volkswirtschaftlich» und «sozial» wird klargemacht, daß die Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen nicht isoliert, sondern im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang zu betrachten sind; daß

ihr Einfluß nicht bloß auf die direkt Betroffenen, sondern auf den Wirtschaftsablauf als einen eine unbestimmte Vielzahl von Wirtschaftssubjekten erfassenden Versorgungs- und Verteilungsprozeß abzuklären ist. Innerhalb dieses sehr weit gezogenen Rahmens sind eine große Zahl von Gesichtspunkten in Betracht zu ziehen, vor allem auch die von FRÖHLICHER angeführten «gesamtwirtschaftlichen Funktionen»¹³⁵. Damit ist aber nur der Gegenstand der Betrachtung einigermaßen konkret erfaßt, d.h. es ist gesagt, was unter «volkswirtschaftlichen» oder «sozialen» Auswirkungen zu verstehen sei. Die BV enthält darüber hinaus keine konkreten Aussagen über den bei der Beurteilung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit anzuwendenden Maßstab. Da mit der grundsätzlichen Zulassung von Kartellen und ähnlichen Organisationen deren typische Auswirkungen an und für sich als zulässig anerkannt sind¹³⁶, ist der Übergang von der «typischen» zur «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen» Kartellauswirkung weitgehend eine Frage des Maßes. Bei Ausübung der ihm durch Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV übertragenen Kompetenz muß sich der Gesetzgeber «an die Wertordnung der Verfassung als Richtschnur» halten¹³⁷. Wir haben vorne eine (negative) Konkretisierung in dem Sinne festgestellt, daß

¹³⁵ Die von KUNDERT, S. 145, vertretene Auffassung, die durch den Gesetzgeber auf Grund der Kartellbestimmung zu lösende Aufgabe «bestehe letztlich immer im Schutz der Abnehmer vor mißbräuchlich überhöhten Preisen» erscheint zu eng. Es trifft wohl zu, daß «bei den Beratungen über die Kartellbestimmung das Preisproblem durchaus im Vordergrund stand»; der Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung, im besonderen die Verwendung zweier Begriffe («volkswirtschaftlich oder sozial») umfaßt aber ein weiteres Blickfeld. Vgl. zu dieser Frage z.B. auch SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 197; USTERI, Grundzüge, S. 160 ff.; HUBER, Kartellproblem, S. 169; NEF, Schweiz. Jur. Kartothek, Karte 620; ROHR, S. 78; BOTSCAFT, S. 610.

¹³⁶ Vgl. KUNDERT, S. 149 ff.; SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 199; DESCHENEAUX, Effets, S. 83.

¹³⁷ ROHR, S. 83.

volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit nicht mit einem bestimmten Grad der Wettbewerbsbeschränkung gleichgesetzt werden darf¹³⁸. Die Literatur hat gewisse positive Kriterien zu entwickeln versucht, und es scheint mit Bezug auf eine Anzahl derselben – in abstracto – weitgehende Einigkeit zu bestehen. So z.B. betreffend das Kriterium eines «übersetzten Preisniveaus»¹³⁹. Ferner betreffend dasjenige der «Erstarrung des Wirtschaftsgefüges», «unnötiger Verengung des Produktionsapparates»¹⁴⁰, «negativen Einflusses auf die Qualität»¹⁴¹. Wir machen hier nicht den Ver-

¹³⁸ Diese wesentlich aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Prinzips der Gleichwertigkeit hergeleitete Feststellung erfordert eine Einschränkung der in meiner Dissertation (S. 101 ff., insbes. S. 103) enthaltenen Ausführungen über die kompetenzbegrenzende Wirkung des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV. Es widerspräche jenem Prinzip und wäre deshalb verfassungsrechtlich nicht zulässig, wenn der Gesetzgeber gestützt auf Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV das System der freien Konkurrenz im neo-liberalen Sinne institutionalisieren, also private Wettbewerbsbeschränkungen als solche unzulässig erklären würde. Vgl. SIEBER, Probleme, S. 19; DESCHENAUX, *Esprit de la loi*, S. 207; ROHR, S. 83; GIACOMETTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 186; KUNDERT, S. 143 und 151; GIGER, Würdigung, S. 164. Hingegen steht dieses Prinzip dem Verbot eines konkreten Kartells nicht entgegen, wenn dessen Auswirkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädlich und mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbar sind und nur durch ein Verbot behoben werden können. Vgl. SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 199; HUBER, Kartellproblem, S. 169; HUG, Kartellartikel, S. 97.

¹³⁹ KARTELLKOMMISSION, 1968, S. 101; HUBER, Kartellproblem, S. 169; KUNDERT, S. 140 ff., der, u. E. zu Recht, Beschränkung auf «wirklich krasse Preisüberforderungen», «starke Überhöhung des Monopolpreises» postuliert (S. 150); JUNOD, Cartels, S. 1008; MERZ, Preisvereinbarungen, S. 198 spricht von «übersetzten Gewinnmargen»; ALLEMANN, Marktmächtige Unternehmungen, S. 219; NEF, Schweiz. Jur. Kartothek, Karte 620; SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 197; ROHR, S. 77/78.

¹⁴⁰ SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 197; USTERI, Grundzüge, S. 161; ROHR, S. 84.

¹⁴¹ KARTELLKOMMISSION, a.a.O., S. 101; USTERI, a.a.O., S. 161.

such, diese «Konkretisierungen» weiter voranzutreiben. Wesentlich ist für uns die Feststellung, daß sie dem Ermessen des Gesetzgebers und der rechtsanwendenden Behörden einen weiten Raum offen lassen. Die daraus resultierenden Aufgaben sollen im dritten Teil dieser Arbeit näher untersucht und charakterisiert werden.

c) Nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV müssen gesetzliche Vorschriften und darauf gestützte Maßnahmen der rechtsanwendenden Behörden gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen durch das Gesamtinteresse gerechtfertigt sein. Solche Auswirkungen müssen also von einer Art oder Intensität sein, daß es vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus erforderlich ist, gegen sie vorzugehen. Kann der BV entnommen werden, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist? VON CASTELBERG¹⁴² hat in gründlicher Untersuchung gezeigt, daß unter «Gesamtinteresse» die «Summe der Interessen» zu verstehen ist (S. 12). Wenn gefragt wird, wann das Gesamtinteresse Vorschriften bzw. Maßnahmen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen rechtfertige, so wird also gefragt, ob bei Berücksichtigung des «Totals der Wirkungen» bestimmter Phänomene (= Kartellauswirkungen) vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus ein Verlust an «Interessenerreicherung» resultiere¹⁴³, und ob dieser Verlust groß genug sei, um ein behördliches Eingreifen zu rechtfertigen. Dabei sind alle Interessen in die Betrachtung einzubeziehen, welche vom umfassenden Gesichtspunkt des Landeswohls aus als wertvoll erscheinen¹⁴⁴; es geht «um die Gesamtheit der

¹⁴² Gesamtinteresse, S. 8 ff.

¹⁴³ SIEBER, Probleme, S. 30; USTERI, Grundzüge, S. 163/4: Gesamtinteresse bedeutet «Gesamtwertung»; vgl. KARTELLKOMMISSION, 1969, S. 121; VON CASTELBERG, Gesamtinteresse, S. 8.

¹⁴⁴ KUNDERT, S. 122.

öffentlichen Interessen schlechthin» (*bonum commune*)¹⁴⁵. Damit sind aber nur die Gegenstand der Wertung bildenden Interessen in gewisser Hinsicht konkretisiert, nicht aber die Frage nach dem bei ihrer «Gewichtung» anzuwendenden Wertungsmaßstab beantwortet. Diesbezüglich lässt sich folgendes sagen: Wie die Untersuchungen von CASTELBERGS zeigen, schränkt die BV die Wahl des Gesetzgebers unter den äußerst zahlreichen an sich denkbaren Wertungssystemen in bestimmten Richtungen ein, da er sich bei Erlaß des Ausführungsgesetzes nicht in Widerspruch setzen darf zu in der BV zum Ausdruck gebrachten Wertungen. Es sei hier auf die Ausführungen von CASTELBERGS verwiesen, insbesondere S. 14 ff. Ergänzend möchten wir beifügen, daß der Gesetzgeber angesichts der Grundsatzentscheidung des Verfassungsgesetzgebers betreffend Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbeteiligung auch nicht die private Wettbewerbsbeschränkung als solche mit dem Gesamtinteresse als schlechthin unvereinbar werten dürfte¹⁴⁶. Sodann ist hervorzuheben, daß mit dem Erfordernis der Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse eine gewisse Mindest-Intensität volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Kartellauswirkungen zur notwendigen Voraussetzung für Vorschriften bzw. darauf gestützte Maßnahmen gegen solche Auswirkungen gemacht wird¹⁴⁷. Schließlich gibt die BV gewisse konkrete Anhalts-

¹⁴⁵ SCHLUEP, Markenschutzgesetz, S. 399; vgl. dazu auch HAFFNER, Kartellgesetz, S. 158 f.: «...ein Eingriff gegen Kartelle und ähnliche Organisationen liegt insoweit im Gesamtinteresse, als damit alle wirtschaftspolitischen Ziele bis zu dem Grade realisiert werden können, bei dem die Gesamteinbuße an Nichtrealisierung am kleinsten ist». «Es muß auch in der Kartellpolitik eine Kompromißlösung gefunden werden, bei der – bedingt durch die Tatsache, daß jedes Ziel zu gewissen andern im Verhältnis der Antinomie steht – gewisse Einschränkungen jedes Ziels zugunsten anderer Ziele in Kauf genommen werden müssen.»

¹⁴⁶ gl. M. SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 199.

¹⁴⁷ a. M. SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 189, Anm. 4; a. M. HUG, Kartellartikel, S. 98.

punkte für die Bewertung von Kartellauswirkungen vom Standpunkt des Gesamtinteresses, indem sie bestimmte Zielsetzungen als im Gesamtinteresse liegend ausdrücklich bezeichnet¹⁴⁸.

Insoweit Kartellauswirkungen die Verwirklichung solcher Zielsetzungen erheblich erschweren, dürfte die Voraussetzung der «Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse» mit Bezug auf Vorschriften oder Maßnahmen gegen solche Auswirkungen gegeben sein. Wenn auch die BV den dem Gesetzgeber durch Art. 31^{bis}, Abs. 3 lit. d eingeräumten Wertungsspielraum in gewissen Richtungen eingrenzt, bleibt dieser doch sehr groß. Wir werden bei Erörterung der diesbezüglichen Aussagen des KG nochmals auf die Tragweite des Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d zurückkommen.

II. Kartellgesetz

1. Grundfrage C

A. Zivilrechtliche Bestimmungen

a) Die Methode des KG zur Bestimmung der Schranken kartellistischer Tätigkeit

Um abzuklären, wie das KG die Grundfragen C und D beantwortet, erscheint es notwendig, zunächst über die in seinem zivilrechtlichen Teil angewandte Methode der Bestimmung der Schranken zulässiger kartellistischer Einflußnahme auf Willensentscheidungen Dritter Klarheit zu gewinnen. Art. 4 KG umschreibt Konfliktsituationen, in denen Kartelle oder kartellähnliche Organisationen durch bestimmtes Verhalten die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit Dritter in ebenfalls bestimmt umschriebener Weise und Intensität einzuschränken trachten. Solches Verhalten ist nach Art. 4 «unter Vorbehalt der Ausnahmen des Artikels 5 unzulässig». Die Funktion der Umschreibung der Voraus-

¹⁴⁸ z. B. Bekämpfung des Alkoholismus, Art. 32^{bis} BV; Sicherung der Getreideversorgung, Art. 23^{bis} BV.

setzungen, unter denen solches Verhalten widerrechtlich ist, kommt also Art. 4 in Verbindung mit Art. 5 zu. Nach diesen beiden Bestimmungen ist Widerrechtlichkeit des Verhaltens von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen gegeben, wenn einer der in Art. 4 beschriebenen Tatbestände erfüllt wird, ohne daß eine Rechtfertigung gemäß Art. 5 erfolgt¹⁴⁹. Art. 4 umschreibt also die «Schutzzone», bei deren «Betreten» Kartellverhalten dem Erfordernis der Rechtfertigung nach den in Art. 5 aufgestellten Grundsätzen unterliegt. Es gibt somit auch nach Erlass des KG kein absolut geschütztes Rechtsgut im Sinne einer Befugnis, am freien Wettbewerb ungehindert teilzunehmen¹⁵⁰. Widerrechtlichkeit der kartellistischen Einflußnahme auf die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit Dritter ist vielmehr nur gegeben, wenn die dadurch bewirkte Behinderung einen der in Art. 4 formulierten Tatbestände erfüllt und die «Vorkehr» nicht nach Art. 5 rechtfertigende Interessen wahrt. Anders als etwa bei Körperverletzung ist das Fehlen solcher Interessen Voraussetzung für die Bejahung der Widerrechtlichkeit kartellistischen Verhaltens¹⁵¹. Diese liegt wesentlich im Mißbrauch¹⁵², d.h. im Gebrauch ohne schutzwürdige über-

¹⁴⁹ Vgl. SCHÜRMANN, Kommentar, S. 80 «Eine im Sinne des Art. 5 zulässige Wettbewerbsbehinderung ist von Anfang an rechtmäßig...»; in dieser Richtung auch MERZ, Exp. IV, S. 65: In Art. 5 (jetzt 4) könne wohl von «Unzulässigkeit» gesprochen werden. In Art. 7 (jetzt 6) aber nicht, da der Richter sein Urteil abgegeben habe und aus der «Unzulässigkeit» eine «Widerrechtlichkeit» geworden sei.

¹⁵⁰ So z.B. MERZ, Kartellgesetz, S. 47; KUMMER, Anwendungsbereich, S. 138; SCHLUEP, Rule of Reason, S. 69.

¹⁵¹ a. M. MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 311; die Antwort auf die von SCHULTZ, S. 290, gestellte Frage, woher es röhren möge, «daß ausgerechnet die strafrechtliche Erfassung der wirksamsten und einschneidendsten kollektiven wirtschaftlichen Kampfmittel solche Mühe bereitet», dürfte durch die entscheidende Bedeutung der Interessenabwägung wesentlich mitbestimmt werden.

¹⁵² Vgl. z.B. BGE 86 II 373: «Jeder unerlaubte Boykott beruht auf einem Mißbrauch der Vertragsfreiheit.» DESCHENAUX, Boycott, S. 148; SIMONIUS, Personnalité, S. 35.

wiegende Interessen, der den Rechtssubjekten durch die Rechtsordnung grundsätzlich eingeräumten Befugnis zur gemeinschaftlich gleichgerichteten Betätigung der Wirtschaftsfreiheit oder zur Ausübung von Markteinfluß als kartellähnliche Organisation.

Diese gesetzliche Regelung entspricht auf zivilrechtlicher Ebene der in BV 31 und 31 bis, Abs. 3, lit. d getroffenen Entscheidung für eine «gemischte Wirtschaftsordnung». Wird die Betätigung der Wirtschaftsfreiheit mittels kollektiver Koordination oder durch eine kartellähnliche Organisation grundsätzlich zugelassen, so steht mit dieser Grundsatzentscheidung im Einklang, daß der Einzelne eine gewisse koordinative Einwirkung auf seine Entscheidungsfreiheit dulden muß¹⁵³, und daß solche Einwirkung, selbst wenn sie die in Art. 4 beschriebene Grenze erreicht, durch den Nachweis der Wahrung überwiegender schutzwürdiger Interessen gechtfertigt werden kann¹⁵⁴. Die vom KG zur Grenzbestimmung angewendete Methode entspricht dem Wesen des zu lösenden Problems, nämlich: gegenseitige Abgrenzung zweier Ausschlußrechte¹⁵⁵.

¹⁵³ USTERI, Verhalten, S. 108.

¹⁵⁴ Wir erblicken eine Bestätigung dieser Auffassung in Art. 14 KG.

Zur Rechtfertigung einer als Maßregelung ergriffenen wettbewerbsbehindernden Vorkehr genügt der Nachweis, daß «sie den Betroffenen im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermäßig beeinträchtigt». Nach MERZ, Kartellgesetz, S. 84, erweckt Bedenken, «daß eine schwere und nach dem Art. 4 und 5 des Kartellgesetzes widerrechtliche Wettbewerbsbehinderung nach Art. 14 des Gesetzes rechtmäßig sein soll, weil der Behinderte im Kartellvertrag seine Zustimmung zur Rechtsverletzung gegeben hat». Unseres Erachtens besteht in solchen Fällen keine Widerrechtlichkeit nach Art. 4/5, die «aufgehoben» werden müßte, sondern sie tritt gar nicht ein, weil die Interessen der Vorkehrenden an der Einhaltung und Durchsetzung einer Kartellverpflichtung besonderes Gewicht besitzen und deshalb «vorgehen» (SCHÜRMANN, Kommentar, S. 132). Damit wird bestätigt, daß die Widerrechtlichkeit ein Resultat der Interessenabwägung ist.

¹⁵⁵ JÄGGI, Persönlichkeit, S. 196 a: «...im Wechselspiel von Ausschluß und Eingriffsrechten ... erscheint jede Streitlage auch als

Für unsere weiteren Betrachtungen wesentlich erscheint die zusammenfassende Feststellung, daß Art. 4 und 5 KG die Erkenntnis des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, daß über die Widerrechtlichkeit des Verhaltens von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen abschließend nur durch Interessenabwägung im konkreten Fall entschieden werden kann¹⁵⁶, und daß deshalb das Gesetz sich darauf beschränken muß, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen, unter denen solche Interessenabwägung zu erfolgen hat, zu umschreiben sowie die dabei anzuwendenden Maßstäbe festzulegen.

Eine Erörterung des Begriffes der Widerrechtlichkeit als solchem und Stellungnahme zu den verschiedenen darüber entwickelten Theorien¹⁵⁷ ist im vorliegenden Zusammenhang weder möglich, noch erforderlich. Entscheidend sind hier vielmehr die Untersuchung des bei Anwendung der Art. 4 und 5 KG erforderlichen Wertungsvorganges und die Abklärung der Frage, inwieweit der Gesetzgeber selber abschließende Wertungen vorgenommen habe. Soweit dies nicht der Fall ist, muß untersucht werden, wie das Gesetz die Grundfragen nach dem Kreis der in Betracht zu ziehenden Interessen und der bei deren Abwägung anzuwendenden Maßstäbe beantwortet.

b) Die Tatbestandselemente des Art. 4 KG

Für diese Untersuchungen erscheint es nun notwendig, zunächst die einzelnen Tatbestandselemente des

Gegensatz von zwei Freiheiten»; vgl. auch S. 209 a. BUCHER, Subjektives Recht, S. 126; HOTZ, S. 35, 49.

¹⁵⁶ Ein Hauptgrund hiefür liegt in der Tatsache, daß Art. 4 sehr verschiedene Tatbestände mit unterschiedlichem Intensitätsgrad der Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter umfaßt; hiedurch unterscheidet sich der Tatbestand der «Wettbewerbsbehinderung» z. B. von demjenigen der Körperverletzung.

¹⁵⁷ Vgl. dazu beispielsweise die bei BUCHER, Subjektives Recht, S. 122, Anm. 4 zitierten Arbeiten; JÄGGI, Persönlichkeit, insbes. S. 210a ff.

Art.4 genau zu betrachten. Dabei sind einmal die Voraussetzungen zu prüfen, die auf Seiten der Handelnden (der Kartelle oder kartellähnlichen Organisationen) erfüllt sein müssen; sodann sind die Wirkungen abzuklären, die sich aus solchem Handeln ergeben müssen, um Art.4 anwendbar zu machen. Damit soll als unerlässliche Grundlage für unsere weiteren Erörterungen ein möglichst klares und vollständiges Bild der in Frage stehenden Interessen gewonnen werden.

aa) Vorkehr

aaa) Betreffend Kartelle

Art.4 spricht von «Vorkehren» eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert «werden sollen». Der Tatbestand umfaßt also: Das Mittel («Vorkehr»), dessen Zweckgerichtetetheit («werden sollen») und das angestrebte Ziel («Ausschluß vom Wettbewerb» oder «erhebliche Behinderung in dessen Ausübung»)¹⁵⁸. Gemeinschaftliche Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens im Sinne des Art.2 Abs.1 KG wirkt sich wohl immer zumindest reflexartig auf die Willensentscheidungen an der Gleichrichtung nicht beteiligter Dritter aus (z.B. Festsetzung einheitlicher Preise). Das Tatbestandselement der «Vorkehr» ist dann gegeben, wenn zur Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens dessen Ausrichtung gegen Dritte tritt¹⁵⁹. Oft wird es sich um besondere gegen Dritte gerichtete Maßnahmen handeln; vielfach wird aber die Gleichrichtung als solche, wegen ihres Gegenstandes in diesem Sinne wirken¹⁶⁰. Während sich bloße Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens gegenüber allen Dritten, für deren Willensentscheidungen

¹⁵⁸ Es sind Antworten auf die beispielsweise von JÄGGI, Persönlichkeit, S. 213 a hervorgehobenen Fragen nach dem «Wie» der Handlung und nach dem «Was», also nach dem Zweck der Handlung.

¹⁵⁹ SCHÜRMANN, Kommentar, S. 71 spricht von «Gezieltheit»; in gleichem Sinne BGE 91 II, S. 316.

¹⁶⁰ z. B. Fall Gruen Watch, BGE 82 II, S. 299: Differenzierung in Skontogewährung: Fall Martin S.A., BGE 91 II, S. 25 ff.

die davon erfaßten Sachverhalte relevant sind, prinzipiell gleich auswirkt, betrifft eine Vorkehr besondere Sachverhalte, welche für einen oder mehrere bestimmte Dritte relevant sind; dieser oder diese Dritten werden also gezielt anders, schlechter behandelt als andere in vergleichbarer Lage. Beispiel: Vertikale Vereinbarung zwischen Lieferantenkartell und Abnehmerkartell über die Preise des betreffenden Produktes. Der von der Vereinbarung erfaßte und durch sie vereinheitlichte Sachverhalt ist die Höhe des Angebotpreises. Die Koordination der beteiligten Lieferanten wirkt sich für alle Abnehmer gleich aus. Tritt zur erwähnten Vereinbarung die zusätzliche Abmachung der Preisdifferenzierung zwischen beteiligten und nicht beteiligten Abnehmern, dann handelt es sich um eine «Vorkehr» mit diskriminatorischer Wirkung¹⁶¹.

Solche Diskriminierung ist jedoch nicht notwendiges Tatbestandselement (anders bei kartellähnlichen Organisationen, siehe hinten S. 96 ff.). So ist der Sachverhalt der «Vorkehr» beispielsweise auch gegeben, wenn bestimmte Maßnahmen eines Kartelles sich gleicherweise gegen alle Außenstifter richten mit dem Zweck, diese vom Wettbewerb auszuschließen oder in dessen Ausübung erheblich zu behindern.

Die von Art. 4 erfaßten «Vorkehren» bilden also gewissermaßen eine «zweite Stufe»¹⁶² der Gleichrichtung wirtschaftlichen Verhaltens, wobei beide Stufen zeitlich zusammenfallen können¹⁶³. Während bei Kartellen die Abgrenzung von «Vorkehren» im Sinne des Art. 4 KG gegenüber «normalem», «typischem» Kartellverhalten meistens verhältnismäßig leicht fallen dürfte, erscheint solche Abgrenzung bei kartellähnlichen Organisationen wesentlich problematischer.

¹⁶¹ Vgl. z. B. PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 94.

¹⁶² Vgl. ALLEMANN, Exp. IV, S. 51: «Die in Absatz 1 umschriebenen Vorkehren sind Wettbewerbsbeschränkungen höchsten Grades. Ein Kartell stellt eine Wettbewerbsbeschränkung tieferen Grades dar.»

¹⁶³ Beispiel: Gründung eines Kartells zur Bekämpfung eines Außenstifters.

Die Erwägungen des Bundesgerichtes in Sachen *J. Rentch-nick gegen Compagnie britannique et américaine de tabacs S.A. und Konsorten* vom 5. November 1968¹⁶⁴ bieten ein gutes Beispiel für die Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen kartellistischer Vorkehr und geschäftsmäßig begründeter unterschiedlicher Behandlung. Das Bundesgericht sagt zunächst,

«l’interdiction de livrer des marchandises tout comme les discriminations en matière de prix ou de conditions d’achat, est une mesure qui tombe sous le coup de l’art. 4 L Cart. dès qu’elle apparaît discriminatoire, c’est-à-dire lorsque le cartel accorde à certains concurrents un avantage qu’il refuse aux autres».

Daraus könnte geschlossen werden, die Tatsache der Ungleichbehandlung sei ausschlaggebend für die Qualifizierung kartellistischer Maßnahmen als «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 KG. Das Bundesgericht erklärt jedoch, richtigerweise, es wäre beispielsweise

«licite, au regard de l’art. 4 L Cart., que des fabricants refusent de façon générale tel mode de livraison, par exemple qu’ils refusent de livrer au détail, et partant de vendre leurs produits aux détaillants. Il est ainsi loisible à un cartel ou à une organisation analogue de se borner à livrer en gros».

Zweifellos sind auch andere geschäftspolitische Entscheidungen, als diejenige, nur en gros zu liefern, denkbar, welche auf allgemeinen kommerziellen Erwägungen beruhen und deshalb nicht als «Vorkehr» i.S. des Art. 4 KG qualifiziert werden können, auch wenn sie in unterschiedlicher Behandlung von Konkurrenten resultieren. Das Bundesgericht versucht, die Grenze dadurch zu ziehen, daß «considérations étrangères à l’objet direct du marché» als Motive der Differenzierung auszuschließen seien. Es fügt indessen sofort korrigierend bei,

«en revanche des différences de prix qui trouvent leur contrepartie dans un service de l’acheteur, tel que la distribution ou le transport de la marchandise, ou encore un ducroire, ne constituent pas une «discrimination» au sens de l’art. 4 L Cart.».

¹⁶⁴ BGE 95 II, S. 329.

Es ist nicht einzusehen, wieso das vom Bundesgericht angeführte Beispiel der «façon dont l'acheteur organise la revente» nicht ebenfalls unter Umständen als Kriterium einer geschäftspolitisch motivierten Differenzierung dienen darf. Es scheint notwendig, zwei Elemente der bundesgerichtlichen Erwägungen auseinanderzuhalten: Einmal, ob die Maßnahme geschäftlich begründet sei, und sodann, ob sie einheitlich angewendet werde («de façon générale»). Ist eine Maßnahme nicht allgemein geschäftspolitisch begründet, sondern richtet sie sich spezifisch gegen bestimmte Wirtschaftssubjekte, mit dem Zweck oder der Wirkung, diese in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern, so ist sie schon deshalb eine «Vorkehr» i.S. des Art. 4. Ist sie allgemein geschäftspolitisch begründet, so wird sie erst zur «Vorkehr», wenn sie gegenüber verschiedenen Wirtschaftssubjekten unterschiedlich zur Anwendung gelangt, und wenn diese unterschiedliche Anwendung ihrerseits nicht geschäftspolitisch begründet ist. Diese Überlegungen führen zum Schluß, daß nur eine spezifisch gegen bestimmte Dritte gerichtete und auf deren Behinderung im Wettbewerb angelegte Ungleichbehandlung unter den Begriff der Vorkehr gemäß Art. 4 KG fällt. Das Bundesgericht führte denn auch in BGE 91 II S. 317 aus,

«nicht jedes Verhalten, das einem Konkurrenten hinderlich ist bzw. ihn benachteiligt, stellt eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne des Gesetzes dar, sondern es muß sich um Vorkehren handeln, die auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs abzielen». (Sperrung vom Verf.)

Der Klarstellung des Begriffs der «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 KG und der Erfordernisse für die Bejahung ihrer Existenz im konkreten Fall kommt u.a. für die Beweislastverteilung erhebliche Bedeutung zu.

bbb) Betreffend kartellähnliche Organisationen

Die in Frage stehende Problematik, auf welche wir hier nur hinweisen können, äußert sich am deutlichsten bei der «gezielten Preisunterbietung» und bei der Nichtbelieferung

durch einzelne marktbeherrschende Unternehmungen oder mehrere stillschweigend ihr Verhalten aufeinander abstimmende Unternehmungen.

Wenn ein Kartell eine «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 ergreift, so kann wohl in den wenigsten Fällen Zweifel bestehen, daß die Vorkehr gegen den oder die davon Betroffenen gerichtet ist; ausschlaggebend wird deshalb sein, ob solche Einflußnahme die in Art. 4 geforderte Intensität erreiche. Bei kartellähnlichen Organisationen ist der Besitz maßgeblichen Einflusses auf dem in Frage stehenden Markt und damit auf die Willensentscheidungen der an diesem Markt Auftretenden definitionsgemäße Voraussetzung für die Unterstellung unter das KG. Die Ausübung solchen Einflusses, beispielsweise durch Preisunterbietungen oder dadurch, daß nicht alle Abnehmer beliefert werden, ist nicht *eo ipso* «Vorkehr» im Sinne des Art. 4, sondern kann ebenso gut Wettbewerbshandlung sein. Wie z.B. BORCHARDT/FIKENTSCHER¹⁶⁵ ausführen, unterscheiden sich die meisten Handlungen marktbeherrschender Unternehmungen qualitativ nicht von Wettbewerbshandlungen. Das subjektive Moment der Diskriminierungsabsicht wird somit hier in vielen Fällen entscheidend sein für die Anwendung des Art. 4. Nach der von MERZ¹⁶⁶ entwickelten Auffassung

«sind Kartelle und ähnliche Organisationen, die wegen ihrer Marktposition in der Lage sind, zur Erreichung ihrer Ziele auf Dritte privaten Zwang auszuüben, zur Gleichbehandlung verpflichtet»¹⁶⁷.

Jede unterschiedliche Behandlung gleichgelagerter Tatbestände durch Träger privater Macht erschiene demnach als «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 KG. Eine Rechtfertigung derselben gemäß Art. 5 wäre ausgeschlossen, da, nach MERZ (a.a.O. S. 53), derjenige nach der «Durchführung» der be-

¹⁶⁵ S. 52, 70–72; vgl. auch FIKENTSCHER, Entwürfe, S. 477; GABRIEL, S. 599.

¹⁶⁶ Kartellgesetz, S. 52 ff.

¹⁶⁷ Vgl. in gl. Sinne: KARTELLKOMMISSION, 1966, S. 77.

hindernden Vorkehr «übermäßig» beeinträchtigt ist, der «vom Kartell schärfer angepackt und stärker behindert wird als seine Konkurrenten».

Diese im wesentlichen auf Arbeiten LUDWIG RAISERS gestützte Ansicht trägt u.E. der Besonderheit der im KG getroffenen Regelung ungenügend Rechnung. Nach RAISER «sind Vertrag, Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit als funktionell zusammengehörige Rechtsinstitute einer rechtlich verfaßten Marktwirtschaft zu verstehen, mit der Folge, daß Parteien, die von ihnen einen den Grundprinzipien dieser Wirtschaftsverfassung zuwiderlaufenden Gebrauch machen, dafür keinen Rechtsschutz erlangen können»¹⁶⁸.

Nach diesem Konzept ist schon der Besitz von Marktmacht systemwidrig, da die Vertragsfreiheit «Gleichheit der Chancen» voraussetzt, Marktmacht (Einzelner oder von Kartellen) aber die Gleichheit aller Privatrechtssubjekte per definitionem stört¹⁶⁹. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist Ausfluß der dem Vertrag bei RAISER zugeschriebenen Funktionen als Rechtsinstitut im Rahmen der rechtlich verfaßten Marktwirtschaft, in deren Gefüge das einzelne Rechtssubjekt als «Funktionär der Gesamtrechtsordnung» erscheint (vgl. vorne S. 57 ff.).

Offensichtlich kann der dergestalt fundierte «Grundsatz der Gleichbehandlung» nicht ohne weiteres für die Auslegung und Anwendung des KG herangezogen werden. Dieses, wie auch die BV, geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Besitzes und der Ausübung von Marktmacht aus. Die Auswirkungen der damit verbundenen prinzipiell als legitim anerkannten Chancen-Verschiedenheiten sollen in Anwendung der Art. 4 und 5 KG beurteilt werden. Die Einzelunternehmung, die als kartellähnliche Organisation gemäß Art. 3, lit.a KG qualifiziert, bewegt sich also bei Ausübung ihrer Marktmacht grundsätzlich im Rahmen der ihr zustehenden Privatautonomie und darf diese, wie jedes Rechtssubjekt,

¹⁶⁸ Vertragsfunktion, S. 133; vgl. auch Rechtsschutz, S. 165 f.

¹⁶⁹ BIEDENKOPF, Macht, S. 108 ff.

nach freiem Belieben betätigen. Erst wenn sie dabei einen Tatbestand nach Art. 4 KG erfüllt, muß sie ihr Handeln gemäß Art. 5 KG rechtfertigen. Es kann somit – anders als nach der These RAISERS – die Ungleichbehandlung gleichgelagerter Tatbestände nicht schon an sich als «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 gelten; eine solche liegt erst und nur dann vor, wenn die Ungleichbehandlung mit dem Zweck erfolgt, den oder die Betroffenen vom Wettbewerb auszuschließen oder bei dessen Ausübung erheblich zu behindern. Da das Bestreben, einen Wettbewerber vom weiteren Wettbewerb auszuschließen aber für eine marktmächtige Unternehmung auch durchaus legitim sein kann, stellen sich hier schwierige Probleme, deren Behandlung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Es geht uns lediglich darum, an diesem Beispiel die Problematik der vom KG angestrebten «sinn-gemäßen Gleichbehandlung» kartellähnlicher Organisationen mit Kartellen aufzuzeigen und ferner darzutun, daß das hier visierte Problem der Feststellung, wann wirtschaftliches Verhalten einer kartellähnlichen Organisation zur «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 KG werde, nicht einfach durch Heranziehung des in anderem «Klima» entwickelten «Grundsatzes der Gleichbehandlung» gelöst werden kann.

bb) Ausschluß vom Wettbewerb

Voraussetzung dafür, daß eine kartellistische «Vorkehr» unter Art. 4 fällt, ist ihre Ausrichtung auf den «Ausschluß» des oder der anvisierten Dritten vom Wettbewerb oder auf deren «erhebliche Behinderung» in dessen Ausübung. «Ausschluß vom Wettbewerb» bedeutet, daß dem Betroffenen der Zutritt zu oder das weitere Tätigsein in der von ihm frei gewählten Branche verunmöglich wird. Sein Persönlichkeitsrecht auf freie, selbstgewählte, wirtschaftliche Tätigkeit wird damit in seiner Substanz angegriffen. Erforderlich zur Erfüllung dieses Tatbestandes ist nicht die Verunmöglichung jeder, sondern der vom Betroffenen frei und selbständig gewählten wirtschaftlichen Tätigkeit¹⁷⁰. Diese

¹⁷⁰ USTERI, Verhalten, S. 109.

muß aber verunmöglicht sein. Während es Fälle geben wird, in denen diese Voraussetzung zweifellos erfüllt ist, z. B. Verunmöglichung des Betriebs einer Schuhmacherwerkstatt durch Sperre der Lederlieferungen, sind Grenzfälle denkbar, wo dem Betroffenen zwar die Ausübung einer Teil-tätigkeit, nicht aber das Verbleiben und weitere Tätigsein in der von ihm gewählten Branche überhaupt verunmöglicht wird. Z.B. Verunmöglichung des Betriebs einer Parfümerieabteilung in einer Drogerie; dem Verbraucher eines bestimmten Gutes wird dessen Transport mittels eigener Lastwagen verunmöglicht. Es wird in solchen Situationen darauf abzustellen sein, ob die durch die Vorkehr verunmöglichte Teiltätigkeit im Verhältnis zum gesamten Um-fange der vom Betroffenen selbst gewählten Tätigkeit von derartiger Bedeutung ist, daß eine Fortsetzung der «Rest-tätigkeit» vernünftigerweise nicht mehr möglich ist. Die Vorkehr muß also die freigewählte wirtschaftliche Tätigkeit des Betroffenen insgesamt an der Wurzel treffen.

Bei Anwendung des Art.4 darf sich der Richter nicht damit begnügen, daß ein Sachverhalt, welcher nicht unter den Begriff «Ausschluß vom Wettbewerb» fällt, in vielen Fällen wenigstens den Tatbestand der «erheblichen Behin-derung in der Ausübung des Wettbewerbs» erfüllen wird. Wie wir bei Erörterung der Anwendung des Art.5 KG sehen werden, bestimmt das Gewicht der beim Betroffenen durch eine Vorkehr verletzten Interessen die für die Rechtferti-gung der Vorkehr nach Art.5 erforderliche Intensität (Ge-wicht) der Interessen der «Vorkehrenden». Die Anwendung der Art.4/5 KG verlangt genaue und detaillierte Feststel-lung der für die Interessen-Gewichtung relevanten Tatbe-standselemente auf beiden Seiten.

cc) Erhebliche Behinderung in der Ausübung des Wettbe-werbs

Die Tatsache, daß Art.4 nach Nennung der radikalsten Form des Eingriffes in die wirtschaftliche Betätigungs freiheit Dritter nicht den einfachen Begriff der «Behinderung»

verwendet, sondern ihm die qualifizierende Bezeichnung «erheblich» beifügt, macht deutlich, daß ein gewisses Mindestmaß an Intensität der Angriffshandlung erforderlich ist, um das Verhalten des Kartells in die «Schutzone» des Art. 4 zu bringen. Negativ kann gesagt werden, daß «geringfügige Beeinträchtigung», welche die Geschäftstätigkeit des Betroffenen nicht wesentlich beeinflußt, außer Betracht fällt¹⁷¹. Positiv läßt sich formulieren, daß von «erheblicher Behinderung» nur dann zu sprechen ist, wenn der Betroffene bei Beobachtung üblicher kaufmännischer Sorgfalt und Geschäftsführungsgrundsätze den durch die Maßnahme verursachten oder zu erwartenden Schaden bei seinen Dispositionen zu berücksichtigen gezwungen ist, sei es zur Abwendung oder zum Ausgleich solchen Schadens. Gegenüber KOLLER, S. 105, ist festzuhalten, daß das Maß der Freiheitsbeschränkung jedenfalls zum Teil vom Umfange der Vermögenseinbuße abhängt. Diese ist ja nicht nur «Folge» der Vorkehr, sondern, für den Betroffenen, ein «Motiv» seiner Willensbildung. Es geht hier darum, denjenigen Intensitätsgrad der Einwirkung zu bestimmen, bei welchem die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen über das im Wirtschaftsleben normale Maß hinaus beeinträchtigt wird¹⁷². Die Tatsache, daß die Vorkehren auf Koordination oder (bei kartellähnlichen Organisationen) auf Marktmacht Einzelner beruhen und spezifisch gegen Dritte gerichtet sind, macht

¹⁷¹ Vgl. BOTSCHAFT, S. 580; SCHÜRMANN, Kommentar, S. 70; BGE 91 II, S. 319.

¹⁷² MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 308/9: «...jede Betätigung im Geschäftsleben führt fast notwendigerweise zur Schädigung anderer, ja ist auf diese Schädigung angelegt.» USTERI, Kollektiv- und Einzelyrannei, S. 90; HUG, Kartellartikel, S. 111, Anm. 5. In einem neuesten Entscheid i.S. Rentschnik g. Compagnie britannique et américaine de tabacs S.A. und Konsorten, betont das Bundesgericht, «la liberté de décision de l'intéressé» sei «au fond le bien protégé» (BGE 94 II 336). KARTELLKOMMISSION, 1969, S. 148: «Die Erheblichkeit der Behinderung ist, wie stets, eine Funktion der Gesamtsituation eines Marktteilnehmers.»

sie nach der dem KG zugrundeliegenden Konzeption nicht an und für sich, unabhängig von der Intensität ihrer Auswirkung auf die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen, unzulässig. Entgegen der von MERZ¹⁷³ geäußerten Meinung liegt hierin kein «rein quantitatives Denken bei der Beurteilung der Erheblichkeit eines Boykotts», und es handelt sich auch nicht um einen Rückschritt gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtssprechung vor Erlaß des KG¹⁷⁴. Das Bundesgericht führte z.B. in BGE 86 II 377 (*Giesbrecht*) ebenfalls aus:

«Das private Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit schützt niemanden vor den Ausflüssen eines sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben abwickelnden Wettbewerbes, mögen die Mitbewerber dem anderen einzeln oder geschlossen in die Quere kommen. Boykott aber geht über das hinaus, was jeder als Folge eines normalen freien Wettbewerbes dulden muß. Wer jemanden boykottiert, trachtet danach, ihn auf dem Wege organisierten Zwanges als Mitbewerber zu vernichten, zu verdrängen oder zu unterwerfen oder ihn zu maßregeln. Das darf er nicht tun.» «Wird ein Mitbewerber durch die Macht anderer ausgeschaltet oder behindert, so ist er nicht notwendigerweise in seiner Persönlichkeit verletzt. Wann das zutreffe, ist aber eine Frage des Boykotts, nicht seiner Widerrechtlichkeit.» «Das erwähnte Persönlichkeitsrecht des Boykottierten ist also keine absolute Grenze.» «Die Widerrechtlichkeit des Boykotts hängt nicht von den auferlegten Bedingungen ab, sondern ist gegeben, weil dem Boykottierten durch die Drohung mit Unterbindung der Lieferungen die Freiheit genommen wird, seine Tätigkeit so zu organisieren, wie ihm beliebt, d.h. weil er durch kollektive Maßnahmen gezwungen wird, einer Organisation beizutreten oder einen Vertrag zu unterzeichnen. Es ist nicht nötig, daß außerdem die auferlegten Bedingungen seine geschäftliche Entwicklung verhindern, d.h. der Unterwerfungsboykott sich in einen Verdrängungs- oder Vernichtungsboykott verwandle.»

¹⁷³ Kartellgesetz, S. 43.

¹⁷⁴ MERZ, a.a.O., S. 44/45. Nach KUMMER, Begriff, S. 47 ist «unter der Erheblichkeit des Art. 4 KG nichts anderes zu verstehen als die von der bisherigen Praxis an die Behinderung gestellte Anforderung».

Hier hat das Bundesgericht also eindeutig erklärt, daß der Begriff des Boykotts ein quantitatives Moment enthält, eine gewisse Intensität («Zwang») der kollektiven Einwirkung auf die Willensentscheidung des Betroffenen voraussetzt. Daran ändert nichts, daß es im «allgemeinen Teil» seiner Erwägungen ausführt, nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs solle jeder in der Lage sein, seine wirtschaftliche Tätigkeit so zu organisieren, wie ihm beliebt. Die zitierten Erörterungen qualifizieren diese generelle Aussage hinreichend¹⁷⁵. Die von MERZ vertretene Auffassung¹⁷⁶, eine Behinderung in der Ausübung der Wettbewerbsfreiheit könne nur dann als unerheblich angesehen werden, wenn «überhaupt kein rechtliches Interesse an ihrer Beseitigung mehr besteht», geht u.E. zu weit¹⁷⁷. Das von ihm¹⁷⁸ ange-

¹⁷⁵ Vgl. auch BGE 90 II, S.513, BGE 82 II, S.306. Dort stellte das Bundesgericht «eine wenn auch nicht existenzgefährdende, so doch schwerwiegende Beschränkung und Behinderung in der Einführung und im Absatz der Erzeugnisse der Klägerin auf dem Schweizer Markt» fest, «sowie eine Verdrängung aus dem freien Wettbewerb». Vgl. auch HAFNER, z.B. S.73: «Die generelle juristische Schranke der Vertragsfreiheit, das Persönlichkeitsrecht, kann ... nur vor erheblichen faktischen Beschränkungen der Vertragsfreiheit Schutz gewähren.»

¹⁷⁶ Kartellgesetz, S.47.

¹⁷⁷ gl. M. DESCHENAUX, Ouvrage, S.85. In Boykottrechtsprechung, S.322, sagte MERZ selber: «Der Boykott ist mit der organisierten Meidung eines Gewerbetreibenden verwirklicht, gleichgültig ob das Kartell eine Monopolstellung innehabe oder nicht. Die Monopolstellung ist erst bei der Prüfung der Frage der Widerrechtlichkeit des Boykotts in Betracht zu ziehen [Sperrung vom Verfasser], insofern nämlich, als der dem Außenseiter zugefügte Nachteil um so schwerer wiegt, je umfassender die Monopolstellung des Kartells ist.» In Kartellbindung, S.42/43 wird ausgeführt: «... von einer Verletzung der Wettbewerbsfreiheit des Außenseiters kann nur dann gesprochen werden, wenn eine gewisse Monopolstellung des Kartells gegeben ist.» «Die Monopolsituation ist hier das rechtlich entscheidende Kriterium, weil nur sie Wettbewerbsfreiheit und Privatautonomie tangiert.» (Sperrung vom Verfasser.)

führte Beispiel der schrittweisen Boykottierung eines Unternehmens mit großem Waren sortiment erscheint als extrem und würde sich praktisch nur dann verwirklichen, wenn die verschiedenen Boykottierenden ihr Vorgehen koordinierten, womit die dadurch verursachten Behinderungen zur Beurteilung ihrer Erheblichkeit gesamthaft berücksichtigt werden müßten. Gegenüber der Meinung MERZ¹⁷⁹, «das Bundesgericht habe vielleicht doch ... zu wenig beachtet, welches das eigentliche Schutzzug der Wettbewerbsfreiheit ist», will uns scheinen, MERZ seinerseits gehe mit der Verabsolutierung dieses Schutzzuges weiter, als der Gesetzgeber in Art. 4/5 KG.

Abschließend zu diesem Punkt sei mit DESCHENAUX¹⁸⁰ hervorgehoben, daß die Auslegung und Anwendung des Begriffes «erheblich» in Art. 4 vorsichtig («prudent») erfolgen muß. Es widerspräche dem Schutzzweck dieser Bestimmung, einem von einer kartellistischen Vorkehr Betroffenen den Gerichtsweg und insbesondere den Weg zur richterlichen Interessenabwägung nach Art. 5 zu verschließen. Deshalb sollte im Zweifelsfalle Erheblichkeit der Wettbewerbs-

Dem Außenseiter wird das «erstrebte Tätigkeitsgebiet verschlossen». Nach Boykottrechtsprechung, S. 324 «handelt es sich nur darum, die allgemeine Tragweite des Grundsatzes zu sehen, der Anwendung nicht nur auf das Gebiet des Boykotts der Arbeitskraft, sondern auf dasjenige wirtschaftlicher Betätigung überhaupt verlangt. Wenn es als Eingriff in das Recht der Persönlichkeit unerlaubt ist, dem Außenseiter die berufliche Betätigung als Arbeitnehmer zu verunmöglichen oder so zu erschweren, daß er gezwungen ist, der Gewerkschaft beizutreten, so muß es wohl auch das Persönlichkeitsgut des wirtschaftenden Menschen überhaupt tangieren, wenn ihm die wirtschaftliche Betätigung als Detaillist, Grossist, Importeur oder Fabrikant verunmöglicht oder so erschwert wird, daß er gezwungen ist, dem Kartell beizutreten». (Sperrung vom Verfasser.)

¹⁷⁸ Kartellgesetz, S. 44/45.

¹⁷⁹ a.a.O., S. 46.

¹⁸⁰ Ouvrage, S. 85; im Entscheid i. S. Rentschnik g. Compagnie britannique et américaine de tabacs S. A. und Konsorten schließt sich das Bundesgericht dieser Auffassung an (vgl. vorne N. 172).

behinderung bejaht werden. Die Erwägungen, welche wir vorne für eine zurückhaltende Auslegung der Geltungsreichsnormen des KG angeführt haben, treten hier zurück, da die «Vorkehrenden» dem Geltungsbereich schon unterstehen.

c) Die für die Interessenabwägung nach Art. 4/5 KG relevanten Interessen

aa) Das KG umschreibt in Art. 4 bestimmte Konfliktsituationen zwischen Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen einerseits und den von deren «Vorkehren» Betroffenen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es sich bei Erfüllung der von Art. 4 erfaßten Tatbestände jedenfalls um einen Konflikt zwischen privaten Interessen handelt.

bb) Bei Beantwortung der Grundfrage C nach dem Kreis der bei der Interessenabwägung gemäß Art. 4/5 KG in die Betrachtung einzubeziehenden Interessen geht es vor allem darum, abzuklären, ob überhaupt andere als private Interessen zu berücksichtigen seien und gegebenenfalls die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen die Abwägung nicht nach «herkömmlichen», zivilistischen (vgl. vorne S. 73), sondern nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Es handelt sich hier um ein «Entweder-Oder». Ist die am Gesamtinteresse orientierte wirtschaftspolitische Wertung entscheidend, so kann den privaten Interessen keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen: Führt nämlich die wirtschaftspolitische Wertung zu einem negativen Ergebnis, so vermögen etwaige Privatinteressen dieses Resultat nicht zu beeinflussen; ist das Ergebnis aber positiv, so bilden die privaten im Spiele stehenden Interessen höchstens einen – nie ausschlaggebenden – «Teil» des Gesamtinteresses¹⁸¹.

¹⁸¹ Vgl. z. B. HUG, Exp. IV, S. 51: «Es ist möglich, daß das Kartellinteresse konform dem Allgemeininteresse und als solches schutzwürdig ist.» (Sperrung vom Verfasser); vgl. HUBER, Enteignung, S. 57 ff.; MARTI, S. 166.

cc) Diese Gegenüberstellung bezieht sich auf den Inhalt der zu treffenden Entscheidung und nicht auf deren Funktion. Die Bestimmung der Schranken der Freiheitsbetätigung dient immer auch dem Zweck, den Einzelnen in die Gemeinschaft einzuordnen, seine Verantwortung ihr gegenüber zur Geltung zu bringen. Diese Funktion kommt also jeder Entscheidung darüber zu, ob bestimmte Freiheitsbetätigung zulässig sei oder nicht. Richten wir unser Augenmerk aber auf den Inhalt, die Substanz der zu treffenden Entscheidung, so besteht ein wesentlicher Unterschied und ein Verhältnis gegenseitigen Ausschlusses zwischen Entscheidungen, welche auf wirtschaftspolitischer Wertung privaten Verhaltens beruhen, und Entscheidungen, welche private Interessen unter zivilistischen Gesichtspunkten gegeneinander abwägen. Wenn MERZ¹⁸² das Bestehe eines echten Gegensatzes zwischen öffentlichen und privaten Interessen verneint, so können wir ihm darin insofern zustimmen, als die Funktion der Unterordnung privaten Handelns unter die Erfordernisse menschlichen Zusammenlebens in Frage steht. Wenn er jedoch erklärt, «nur private Interessen, die in klarer Weise dem Gesamtinteresse entsprechen, vermögen eine Wettbewerbsbehinderung zu rechtfertigen» (a.a.O., S. 14), und diese These der generellen Anwendbarkeit wirtschaftspolitischer Kriterien mit dem Hinweis darauf begründet, die «persönliche Freiheit sei auch gemeinschaftsbezogene Verantwortungsfreiheit», so können wir ihm nicht folgen, da diese Argumentation zu nahe an das Konzept des Individuums als «Funktionär» der Gesamtrechtsordnung (s. vorne S. 57 ff.) heranführt¹⁸³. Aus der Tatsache, daß die grundsätzliche Berechtigung und teilweise Notwendigkeit von Schranken für die private Freiheitsbetätigung anerkannt ist¹⁸⁴, und daß solche Schranken die

¹⁸² MERZ, Instrument, S. 14, N. 3 und S. 32.

¹⁸³ Vgl. vorne N. 59.

¹⁸⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Eigentum, Systematischer Teil, N. 186.

soeben umschriebene u.a. gemeinschaftsbezogene Funktion haben, kann nicht abgeleitet werden, daß bei ihrer Bestimmung immer ein wirtschaftspolitischer Maßstab anzulegen sei. Wann dies der Fall sein soll, hat die BV bzw. der Gesetzgeber zu entscheiden. Bei Auslegung der bezüglichen gesetzgeberischen Aussagen ist die Grundsatzentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Prinzips der Gleichwertigkeit zu berücksichtigen und ferner davon auszugehen, daß im Zweifel die Vermutung für die Freiheit spricht¹⁸⁵. Wirtschaftspolitische Kriterien sind somit nur anzuwenden, sofern sich ihre Relevanz eindeutig aus Verfassung oder Gesetz ergibt.

Die These, die wirtschaftspolitisch orientierte Wertung sei in allen Fällen ausschlaggebend, wird, wie erwähnt, z.B. von MERZ vertreten¹⁸⁶.

«Die Verletzung der Wettbewerbsfreiheit eines außenstehenden Dritten, der sich der Kartellbindung nicht unterwerfen will, darf nur erfolgen, wenn entgegenstehende Interessen des Allgemeinwohls dies verlangen, wenn die nationale Wirtschaft nur auf diese Weise gefördert werden kann.»

Diese Auffassung beruht auf der Annahme, der freie Wettbewerb sei «in der Vorstellung des Kartellgesetzgebers ein überindividueller Wert, ein Wert somit, der vom Gedanken des «Allgemeininteresses und des Allgemeinwohls geprägt ist», und deshalb sei die Erfüllung eines Tatbestandes nach Art.4 KG in jedem Falle gleichbedeutend mit einer Verletzung des Gesamtinteresses, die nur durch «entgegen-

¹⁸⁵ MEIER-HAYOZ, a.a.O., gegen eine «Überspannung der sozialen Bindung des Eigentums» z. B. auch WERTHEMANN, S. 38, 54/5.

¹⁸⁶ Kartellgesetz, S. 50; im gleichen Sinne DESCHENAUX, Esprit de la loi, S. 218, aber zurückhaltender in Ouvrage, insbes. S. 94, 104 und 106; HUG, Kartellartikel, S. 118; GIGER, Würdigung, S. 171; DER-SELBE, Grenzen, S. 56 f.; ALLEMANN, Möglicher Wettbewerb, S. 155; auf S. 156 stellt ALLEMANN aber fest, daß «weder im Gesetz noch im Bericht dazu ausdrücklich erwähnt wird, das Erfordernis der «überwiegenden schutzwürdigen Interessen» sei im Sinne einer Rechtfertigung durch das Allgemeininteresse zu verstehen».

stehende Interessen des Allgemeinwohls» aufgewogen werden könne. Dies würde bedeuten, daß die Erfüllung eines Tatbestandes gemäß Art.4 KG immer die Vermutung begründen würde, das Verhalten des Kartells bzw. der kartellähnlichen Organisation sei volkswirtschaftlich oder sozial schädlich und mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbar. Das Kartell bzw. die kartellähnlichen Organisationen müßten also zur Rechtfertigung ihres Verhaltens immer dessen Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse dartun. Der Richter müßte also in jedem Fall zunächst abklären, inwieweit der Wirtschaftsablauf durch die mit der «Vorkehr» verfolgten Bestrebungen gegenüber dem «normalen» Ablauf beeinflußt werden soll, und sodann entscheiden, ob diese Abweichung vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus wirtschaftspolitisch wünschbar sei. Diese radikale These wird m.E. schon durch den Wortlaut des Art.5 KG ernsthaft in Frage gestellt.

dd) Die Anwendung der lit.a und b dieses Artikels erfordert keine wirtschaftspolitische Beurteilung des streitigen Kartellverhaltens. Bei Art.5 lit.a sind die mit der «Vorkehr» verfolgten Bestrebungen an den in Gesetz (UWG) und Praxis betreffend unlauteren Wettbewerb entwickelten Grundsätzen zu messen. Deren Anwendung im konkreten Fall erfordert keine Prüfung, ob die mit der streitigen Vorkehr allenfalls verbundene Beeinflussung des Wirtschaftsablaufs wirtschaftspolitisch wünschenswert sei. Wäre z.B. eine Vorkehr darauf gerichtet, in einer Branche eine Regelung des Zugabewesens durchzusetzen, so hätte der Richter zu untersuchen, ob die damit bekämpften Zugabe-Methoden tatsächlich als unlauter zu qualifizieren seien; hingegen hätte er nicht darüber zu befinden, ob die vom Kartell beispielsweise angestrebte Einhaltung eines gewissen Verhältnisses zwischen dem Wert der Zugaben und dem für deren Abgabe an den Käufer erforderlichen Kaufpreisbetrag wirtschaftspolitisch positiv zu werten sei; ob es m.a.W. vom wirtschaftspolitischen Standpunkt aus richtig sei, den für die Finanzierung von Zugaben erforderlichen Einsatz von Geldmitteln

zu beschränken. Ähnliche Erwägungen gelten mit Bezug auf die Feststellung, ob «verfälschter Wettbewerb» vorliege¹⁸⁷.

Auch mit Bezug auf lit. b («Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen») ist lediglich zu prüfen, ob die vom Kartell verfolgten Bestrebungen nach «objektivem Maßstab» für den betreffenden Beruf nötig und gerechtfertigt seien¹⁸⁸, und diese Prüfung macht nicht eine über den genannten beschränkten Fragenkreis hinausgehende wirtschaftspolitische Wertung notwendig. Konkret z.B.: Beliefert ein Herstellerkartell nur Abnehmer, die bestimmte Voraussetzungen zur Gewährleistung eines Kundendienstes erfüllen, so wird abzuklären sein, ob die vom Kartell formulierten Voraussetzungen nach den Verhältnissen in der betreffenden Branche angemessen, vernünftig seien. Der Richter hat jedoch nicht zu untersuchen, ob der Kundendienst als solcher wirtschaftspolitisch, «vernünftig», wünschenswert sei.

Wäre die hier kritisierte These richtig, d.h. eine wirtschaftspolitische Beurteilung des Kartellverhaltens in jedem Fall erforderlich, so wäre überdies schwer verständlich, weshalb in Art. 5, lit. c das Gesamtinteresse als maßgebend ausdrücklich erwähnt wird. Entsprechend wäre Abs. 3 des Art. 5 überflüssig, da er ein Interesse ausdrücklich als nicht schutzwürdig bezeichnet, das nach dieser These ohnehin von der Betrachtung auszuschließen wäre. Schließlich ist es mit dieser These nicht vereinbar, daß Art. 14 KG Vorkehren, welche als «Maßregelungen» getroffen werden, weniger strengen Rechtfertigungsmaßstäben unterstellt, als sie nach Art. 5 gelten¹⁸⁹.

ee) Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die These, das Gesamtinteresse müsse immer ausschlaggebend sein, in den Beratungen der Expertenkommision ausdrücklich vorgebracht wurde¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Vgl. z. B. MERZ, Preisvereinbarungen, S. 206/207.

¹⁸⁸ BOTSCAFT, S. 586.

¹⁸⁹ Vgl. vorne N. 154.

¹⁹⁰ Vgl. SCHÜRMANN, Kommentar, S. 78/79.

So schlug MERZ gemäß Exp. IV, S. 57 folgenden Wortlaut vor:

«... wenn die Beeinträchtigung der Freiheit des Wettbewerbs durch schutzwürdige allgemeine Interessen gerechtfertigt ist, und wenn sie außerdem im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht unangemessen sind».

ALLEMANN, Exp. V, S. 22 formulierte:

«...ist zulässig, wenn sie dem im Gesamtinteresse erforderlichen Schutze eines in seiner Existenz oder Struktur gefährdeten Wirtschaftszweiges oder Berufes dienen und außerdem...».

Diese Fassungen fanden jedoch nicht die Zustimmung der Kommission, und zwar vor allem, weil man die Möglichkeit der Berücksichtigung der privaten Interessen des Kartells bzw. seiner Mitglieder¹⁹¹ nicht ausschließen wollte. So führte beispielsweise RICHNER¹⁹² aus:

«Es wäre systemwidrig, im privatrechtlichen Teil dem Kartell die Wahrung seiner Interessen zu verwehren und nur die öffentlichen Interessen, denen in einem speziellen Teil Rechnung getragen wird, gelten zu lassen. In einem Boykott-Fall darf nicht nur das öffentliche Interesse gewürdigt werden, sondern es müssen auch die Interessen des Außenseiters, der zweifellos nicht immer ein für den Konsumenten lanzenbrechender Winkelried ist, gegen die Interessen des Kartells abgewogen werden.»

SCHÜMER erklärte a.a.O., S. 47:

«Das Kartell muß die Möglichkeit haben, die schutzwürdigen Interessen seiner Mitglieder zu vertreten, ganz unabhängig von der Frage des allgemeinen Interesses.» Darauf antwortete der Vorsitzende:

«Wenn das Kartell schutzwürdige Interessen vertritt, ist es richtig, ihm die Möglichkeit der Boykottanhebung zu belassen. Die Frage ist aber die, ob und wann die Kartellinteressen schutzwürdig sind. Daß die Kartellinteressen nicht immer legitim und mit dem

¹⁹¹ Der Begriff «Interesse des Kartells» ist im Zusammenhang mit der Interessenabwägung identisch mit «Interesse der am Kartell Beteiligten».

¹⁹² Exp., IV, S.47.

wirtschaftlichen Vorteil der Mitglieder gleichzusetzen sind, steht außer Zweifel. Sowenig man das Kartell zum vornherein diskreditieren darf, kann man ihm eine Blankovollmacht für sein Verhalten ausstellen.»¹⁹³

Beim Studium der Protokolle der Expertenkommission kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, die Tatsache sei zu wenig ins Bewußtsein getreten, daß Art. 4 KG, besonders wenn der Begriff «erheblich» large ausgelegt wird, u. U. weiter reicht, als der Begriff des «unzulässigen Boykotts», wie ihn das Bundesgericht beispielsweise in BGE 86 II 377 formuliert hatte (vgl. vorne S. 102ff.), und daß bei seiner «sinngemäßen Anwendung» auf kartellähnliche Organisationen weitgehend, jedenfalls was das schweizerische Recht anbetrifft, juristisches «Neuland» betreten wird¹⁹⁴. Auf diesen Sachverhalt hat beispielsweise BARDE¹⁹⁵ hingewiesen, indem er sagte:

«Il s'agit de rechercher si nous avons la même notion de boycott; les uns y voient des faits précis où l'individu cesse de pouvoir exister. C'est d'ailleurs la seule notion admissible. Dans tous les autres cas où le boycott ne rend que plus difficile certaines activités, on ne peut pas l'opposer au principe de la concurrence possible.»

Die Gesetz gewordene Fassung des Art. 5 ist mit der Bezeichnung «Kompromiß» nur dann zutreffend charakterisiert, wenn darunter nicht ein «Kuhhandel» verstanden wird, sondern eine in Erkenntnis der Komplexität der gesetzgeberisch zu bewältigenden Sachverhalte unumgängliche Beschränkung auf das Realisierbare¹⁹⁶.

ff) Nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV ist der Bundesgesetzgeber befugt, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder

¹⁹³ Vgl. noch GEYER, Exp. IV, S. 54; BARDE, S. 52; RENGLI, S. 52.

¹⁹⁴ ALLEMANN, Exp., V, S. 22.

¹⁹⁵ Exp. II, S. 13; ZSCHOKKE, Erwägungen, S. 21: «Der neue Begriff der Wettbewerbsbehinderung geht wesentlich weiter als der Boykott, der bisher vor allem den Gegenstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebildet hat.»

¹⁹⁶ EXPERTENKOMMISSION, Vorarbeiten, S. 21.

sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen zu erlassen. Er ist damit – unter der Voraussetzung der Rechtfertigung durch das Gesamtinteresse – ermächtigt, privates Verhalten der Wertung nach wirtschaftspolitischen Maßstäben zu unterstellen. Dies bedeutet indessen nicht, daß alle im KG zum Ausdruck gebrachten bzw. alle bei seiner Anwendung zu fällenden Werturteile wirtschaftspolitischer Natur sind. Das KG stützt sich nicht nur auf Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d, sondern auch auf Art. 64 BV. Es enthält und verlangt sowohl Wertungen nach zivilistischen Maßstäben als auch solche wirtschaftspolitischer Natur. Dies gilt im besonderen mit Bezug auf die Artikel 4 und 5. Die wesentliche Frage ist, wo die Grenzlinie zwischen diesen beiden Wertungskategorien im KG verlaufe. Wie wir vorne (S. 105) ausführten, können bei einer Interessenabwägung private Interessen als solche nicht ausschlaggebend sein, wenn ein wirtschaftspolitischer Maßstab angewendet wird. Die Stellungnahme der Expertenkommission ist dahin auszulegen, daß der wirtschaftspolitische Maßstab nicht allein ausschlaggebend sein sollte. Daraus folgt nun, daß in ein und demselben Konfliktfall nur entweder wirtschaftspolitische oder zivistische Gesichtspunkte für die Beurteilung des Bestehens überwiegender schutzwürdiger Interessen den Ausschlag geben können. Wie zieht das KG die Grenze zwischen diesen beiden Kategorien von Konflikfällen?

gg) Weder die BV noch das Kartellgesetz instituieren den freien Wettbewerb als verbindliches Wirtschaftsordnungssystem, dessen Beeinträchtigung durch Kartelle oder kartellähnliche Organisationen an und für sich volkswirtschaftlich oder sozial schädlich und mit dem Gesamtinteresse unvereinbar wäre. Nach der der BV zugrunde liegenden Konzeption der «Gleichwertigkeit» gelten vielmehr auch die Ergebnisse gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsausübung und der Freiheitsausübung durch kartellähnliche Organisationen als mit dem Gesamtinteresse vereinbar, solange die dadurch bewirkte oder erstrebte Einflußnahme

auf Willensentscheidungen Dritter nicht einen gewissen Intensitätsgrad erreicht. Bei den durch Art.4 KG erfaßten Tatbeständen kartellistischen Verhaltens ist nun die Intensität solcher Einflußnahme keineswegs einheitlich. Zwar ist Angriffsobjekt immer die Freiheit der Betroffenen in ihren wirtschaftlichen Willensentscheidungen; allein, die Schwere des Eingriffs in diese Freiheit und damit die Intensität ihrer Verletzung variiert von Fall zu Fall. Da ein absolutes Ausschlußrecht gegen jeden Eingriff nicht besteht, kann das Gewicht, das nach Art.5 erforderlich ist, um die Interessen des oder der Betroffenen zu überwiegen, nicht einheitlich sein¹⁹⁷. Wann muß dieses Gewicht nach wirtschaftspolitischen Maßstäben bestimmt werden?

hh) Nach dem vorne (S. 75 ff.) entwickelten Gedankengang ist der Sachverhalt, welcher behördliche Überprüfung kartellistischen Verhaltens auf dessen volkswirtschaftliche oder soziale Nützlichkeit, bzw. Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse rechtfertigt und erfordert, gegeben, wenn durch solches Verhalten einem Rechtssubjekt die Betätigung seiner Wirtschaftsfreiheit verunmöglicht wird. Weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Text des KG läßt sich entnehmen, daß dieses die Grenze, von welcher an privates Verhalten unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu werten ist, über diesen nach der Ordnungsvorstellung der BV «kritischen» Punkt hinaus vorverlegen wollte¹⁹⁸. Dies geschieht nicht einmal im öffentlichrechtlichen

¹⁹⁷ Diese Differenzierung vermissen wir z. B. bei GIGER, Grenzen, der S. 57 erklärt, die «fünf in Art. 5, Abs. 2, lit. a bis und mit e aufgezählten Beispiele ... decken sich begriffsnotwendig mit dem Gesamtinteresse».

¹⁹⁸ Die Materialien zeigen, daß die Auseinandersetzung vor allem darum ging, ob zur Rechtfertigung wettbewerbsbehindernder Vorkehren nur das Gesamtinteresse oder aber auch private Interessen zu berücksichtigen seien. Die Auffassung, es seien nur private Interessen in Betracht zu ziehen, wurde, soweit wir sehen, nur von SCHÜMER, Exp. IV, S. 48, vertreten. Sie wurde z. B. von HUG, a.a.O., S. 51, ausdrücklich zurückgewiesen. Da im

Teil des KG, wo Art. 22 die verwaltungsrechtliche Klage zur Wahrung des öffentlichen Interesses vorsieht, wenn «ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausschließt oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten». Das KG betrachtet also sogar den «Ausschluß oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf» nicht ohne weiteres als mit dem Gesamtinteresse unvereinbar. Im zivilrechtlichen Teil davon auszugehen, jede Vorkehr nach Art. 4 verletze das Gesamtinteresse und bedürfe deshalb der wirtschaftspolitisch motivierten Rechtfertigung, geht nicht an.

Bei Anwendung der Art. 4 und 5 KG ist somit ebenfalls der soeben genannte Sachverhalt entscheidend dafür, ob bei der Interessenabwägung nach Art. 5 Vereinbarkeit des Kartellverhaltens mit dem Gesamtinteresse, bzw. dessen volkswirtschaftliche oder soziale Nützlichkeit nachzuweisen ist. Liegt eine kartellistische «Vorkehr» im Sinne des Art. 4 vor und erreicht die durch sie angestrebte Einflußnahme auf die wirtschaftlichen Willensentscheidungen Dritter den Intensitätsgrad des Ausschlusses vom Wettbewerb, der Verunmöglichung der Betätigung der Wirtschaftsfreiheit, so müssen die Vorkehrenden beweisen, daß ihre mit der Vorkehr verfolgten Bestrebungen mit dem Gesamtinteresse vereinbar sind, um die Vorkehr nach Art. 5 zu rechtfertigen. Erreicht die mittels der Vorkehr angestrebte Einflußnahme diesen Intensitätsgrad nicht, so genügt zu ihrer Rechtfertigung nach Art. 5 der Nachweis überwiegender schutzwürdiger privater, nicht wirtschaftspolitisch zu wägender, Interessen, es sei denn, das Gesetz mache das Gesamtinteresse

Einzelfall nur entweder zivilistische oder wirtschaftspolitische Kriterien bei der Interessenabwägung den Ausschlag geben können, teilt die Grenzlinie die von Art. 4 erfaßten Tatbestände in zwei Gruppen.

ausdrücklich für jeden Fall zum Maßstab, wie in Art.5, Abs.2, lit.c.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das KG in seinem privatrechtlichen Teil die Grundfrage C nach dem Kreis der bei der Bestimmung des zulässigen Maßes privater Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter in Be tracht zu ziehenden Interessen nicht einheitlich beantwortet. Vielmehr hängt der Radius dieses Kreises von der Intensität der mit der kartellistischen Vorkehr erstrebten Einflußnahme ab. Der Kreis ist auf die durch die Vorkehr verletzten Interessen der Betroffenen und die ihnen gegenüberstehenden vom Kartell bzw. der kartellähnlichen Organisation verfolgten privaten Interessen zu beschränken, und der anzuwendende Maßstab ein rein zivilistischer, sofern nicht das KG (wie in Art.5, Abs.2, lit.c) diesen Kreis ausdrücklich erweitert oder (wie in Art.5, Abs.3) einschränkt. Wirtschaftspolitische Kriterien werden erst relevant, wenn durch die Vorkehr den Betroffenen die Betätigung ihrer Wirtschaftsfreiheit verun möglicht werden soll. Die Anwendung zivilistischer oder wirtschaftspolitischer Maßstäbe hängt also von der Intensität der mit der Vorkehr erstrebten Einflußnahme auf die Willensentscheidungen Dritter ab. Dies erscheint gerechtfertigt, da regelmäßig ein (notwendiger) Zusammenhang zwischen der Tragweite kartellistischer Maßnahmen gegenüber Dritten und der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Tätigkeit des Kartells oder kartellähnlichen Organisation bestehen wird. Diese Erkenntnis liegt auch den Gedankengängen der Preisbildungskommission¹⁹⁹ zugrunde, welche zur Konzeption des möglichen Wettbewerbs geführt haben; wie gezeigt, geht das KG über die aus dieser Konzeption abgeleiteten Grenzlinien hinaus. Die hier entwickelten Gedankengänge wollen auf die dadurch bedingte Notwendigkeit der Differenzierung bei der Anwendung des KG hinweisen.

¹⁹⁹ PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 159/160.

B. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen

a) Das KG verwendet im verwaltungsrechtlichen Teil, ähnlich wie in Art. 4/5 die Methode, nicht ein bestimmtes Kartellverhalten als solches zu verbieten, sondern Kartellverhalten unter gewissen tatbeständlichen Voraussetzungen («Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbes in einem Wirtschaftszweig oder Beruf») behördlicher Wertung zu unterstellen. Der Umstand, daß Art. 22 die «Unvereinbarkeit des wettbewerbsbeschränkenden Kartellverhaltens mit dem Gesamtinteresse» als Tatbestandselement einschließt, ändert nichts daran, daß auch bei Anwendung dieser Bestimmung auseinanderzuhalten ist, einerseits die durch das Kartell oder die ähnliche Organisation geschaffene Sachlage und anderseits deren Wertung seitens der Behörde²⁰⁰. Nur wenn beide Tatbestandselemente vorliegen, können die in Art. 22, Abs. 2 KG vorgesehenen Rechtsfolgen eintreten.

b) Anders als in Art. 4/5 KG arbeitet hier der Gesetzgeber nicht mit dem prozeßtechnischen Mittel einer durch das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation widerlegbaren Vermutung²⁰¹. Die Rechtsfolgen des Art. 22, Abs. 2 können nur Platz greifen, wenn das Bundesgericht auf Grund einer Sonderuntersuchung gemäß Art. 20 KG als bewiesen erachtet, daß der durch das Kartell bzw. die ähnliche Organisation geschaffene Zustand mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbar ist.

Nach Artikel 22 KG ist tatbeständliche Voraussetzung für die richterliche Bewertung kartellistischen Verhaltens vom Blickpunkt des Gesamtinteresses, daß ein Kartell oder

²⁰⁰ Vgl. USTERI, Grundzüge, S. 162. Es ist noch hervorzuheben, daß nach Art. 22 KG der Sachverhalt des «Ausschlusses oder erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf» tatsächlich bestehen muß; das bloße Anstreben eines solchen Zustandes erfüllt den Tatbestand dieser Norm nicht.

²⁰¹ Vgl. hinten S. 126.

eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf ausschließt oder erheblich beeinträchtigt. Anders als in Art.4 bildet wesentliches Tatbestandselement nicht eine «Vorkehr», d.h. eine spezifisch gegen Dritte ausgerichtete Maßnahme eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation, sondern der durch die Existenz und allgemeine Tätigkeit des Kartells bzw. der ähnlichen Organisation geschaffene Zustand²⁰². Dementsprechend ist «Ausschluß oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbes» nach Art.22 nicht gleichbedeutend mit dem in Art.4 visierten Ausschluß eines Dritten vom Wettbewerb oder seiner erheblichen Behinderung in dessen Ausübung. Gegenstand der Betrachtung nach Art.22 sind die Wettbewerbsverhältnisse in einem ganzen Wirtschaftszweig oder Beruf, während Art.4 an spezifisch gegen Dritte gerichtete Vorkehren und deren Auswirkungen auf die individuelle wirtschaftliche Freiheitsausübung der Betroffenen anknüpft.

Es kann also eine Vorkehr gemäß Art.4 ausgelöst werden, mit dem Ziel, den Betroffenen vom Wettbewerb auszuschließen, ohne daß der Wettbewerb im betreffenden Wirtschaftszweig oder Beruf notwendigerweise im Sinne

²⁰² Die Beschränkung des Wettbewerbs ist typisches Kartellmerkmal; bei Abklärung, ob der Tatbestand des «Ausschlusses» oder der «erheblichen Beeinträchtigung» des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf erfüllt sei, geht es also um eine Frage des Maßes. Anders kann die Sachlage bei kartellähnlichen Organisationen sein. Eine solche hat definitionsgemäß beherrschenden oder maßgeblichen Markteinfluß. Anwendbarkeit des Art.22, besonders Bejahung eines mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Ausschlusses oder erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs setzt also einen über den definitionsgemäß zulässigen hinausgehenden vom Gesamtinteresse aus negativ zu beurteilenden Gebrauch der Marktmacht voraus. Auch hier stellt sich somit bei der «sinngemäßen» Anwendung des KG auf kartellähnliche Organisationen ein unter Umständen sehr heikles Problem, das wir nur andeuten können.

des Art. 22 ausgeschlossen zu sein braucht; und umgekehrt, kann dieser Tatbestand des Art. 22 erfüllt sein, ohne daß ein Tatbestand nach Art. 4 vorliegt²⁰³.

c) Vor allem aber unterscheidet sich Art. 22 von Art. 4 dadurch, daß die in Art. 22, Abs. 2 genannten Maßnahmen zur Voraussetzung haben, daß der Ausschluß oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbar ist; daß also in jedem Fall die Auswirkungen des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse geprüft werden müssen.

Damit ist die Grundfrage C nach dem bei der Bestimmung der Grenze zulässigen Kartellhandelns maßgebenden Kreis der Interessen beantwortet, und zwar in dem Sinne, daß nach Art. 22 immer das Gesamtinteresse ausschlaggebend ist.

2. Grundfrage D

Im folgenden ist zur Beantwortung der Grundfrage D zu untersuchen, inwieweit das KG die bei der Interessenabwägung anzuwendenden Maßstäbe inhaltlich näher bestimme.

A. Zivilrechtliche Bestimmungen

Als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer unter Art. 4 KG fallenden Vorkehr verlangt Art. 5 deren Rechtfertigung durch «überwiegende schutzwürdige Interessen». Die Frage

²⁰³ USTERI, Grundzüge, S. 161 setzt Ausschluß nach 22 mit Verletzung des Persönlichkeitsrechtes gleich. In aller Regel wird bei einer auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichteten Vorkehr jedenfalls der Tatbestand der «erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs» im betreffenden Wirtschaftszweig oder Beruf erfüllt sein. Das muß aber nicht so sein. (Man denke z. B. an eine auf den Ausschluß eines ausländischen Konkurrenten gerichtete Vorkehr, oder an den zur Gewährleistung des lauteren Wettbewerbes angestrebten Ausschluß.)

der Schutzwürdigkeit²⁰⁴ der mit der Vorkehr verfolgten Interessen bezieht sich auf diese Interessen an und für sich, unabhängig von ihrem Verhältnis zu den verletzten Interessen. Sie ist deshalb nach einheitlichen Kriterien zu beantworten.

Bei Untersuchung der dem KG zu entnehmenden Maßstäbe für die Beurteilung des «Überwiegens» kartellistischer Interessen ist, entsprechend dem Ergebnis der vorangehenden Erörterungen, zu unterscheiden: (a) Interessenabwägung bei Beschränkung der Betrachtung auf zivilistische Gesichtspunkte und (b) Interessenabwägung bei Einbezug wirtschaftspolitischer Kriterien. Sowohl für (a) wie für (b) ist sodann noch die materielle Tragweite des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit gemäß Art.5, Abs.1 zu erörtern.

a) Ob ein Interesse «schutzwürdig» sei, bedeutet, ob es nach den der Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertvorstellungen des Schutzes durch diese Ordnung würdig sei, ob es diesen Wertvorstellungen entspreche, daß Private einzeln (im Falle kartellähnlicher Organisationen) oder durch gemeinschaftliche Gleichrichtung ihres wirtschaftlichen Verhaltens dieses Interesse überhaupt verfolgen. Geht man davon aus, daß die schweizerische Rechtsordnung die gemeinschaftliche Gleichrichtung privaten wirtschaftlichen Verhaltens grundsätzlich als zulässig betrachtet, so folgt daraus, daß das Interesse der Kartellmitglieder an der Verfolgung und Verwirklichung des mit solcher Koordination erstrebten Ziels an und für sich schutzwürdig ist. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art.5, Abs.3 ist Schutzwürdigkeit zu verneinen mit Bezug auf das Interesse, das ausschließlich darauf gerichtet ist, neue Wettbewerber fern-

²⁰⁴ Es ist hervorzuheben, daß das Gesetz von «überwiegenden schutzwürdigen» und nicht von «überwiegend schutzwürdigen» Interessen spricht. Schutzwürdigkeit und Überwiegen sind getrennt zu untersuchen. Dabei ist Schutzwürdigkeit die logisch primäre Voraussetzung; denn wenn sie verneint wird, ist die Frage des Überwiegens obsolet.

zuhalten. Diese Bestimmung erfaßt einerseits den Fall, da der Kartellzweck und damit der Zweck der Vorkehr sich darin erschöpft, neue Wettbewerber fernzuhalten; andererseits den Tatbestand, bei dem zwar ein weiterreichender Kartellzweck, besteht, die Vorkehr aber nicht der Verwirklichung dieses Kartellzwecks dient, sondern einzig be zweckt, neue Wettbewerber fernzuhalten²⁰⁵. Kriterium zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit der mit einer Vorkehr verfolgten Interessen ist somit ihr Zusammenhang mit dem Kartellzweck, ihre Notwendigkeit oder Eignung zu des sen Verwirklichung. Das Interesse Privater an Maßnahmen, die nachgewiesenermaßen notwendig oder geeignet sind, einen von der Rechtsordnung als legitim anerkannten Zweck zu verwirklichen, ist als rechtlich schutzwürdig anzuerken nen. Das Erfordernis der «Schutzwürdigkeit» bezeichnet also die äußerste Grenze, bis zu welcher durch kartellistische Vorkehren verfolgte Interessen bei der Interessenabwägung nach Art.5 in die Betrachtung überhaupt einbezogen werden dürfen.

Wendet man den soeben mit Bezug auf Kartelle ent wickelten Gedankengang auf kartellähnliche Organisa tionen an, so ergibt sich folgendes: Das KG geht von der Zulässigkeit des Besitzers und der Ausübung beherr schenden oder maßgeblichen Markteinflusses durch «kartell ähnliche Organisationen» gemäß Art.3 KG aus. Das Inter esse solcher Organisationen an Maßnahmen, durch welche sie ihren Markteinfluß ausüben, erhalten oder verteidigen ist deshalb grundsätzlich schutzwürdig. Bei kartellähnlichen Organisationen, insbesondere bei als solchen qualifizierten Einzelunternehmungen dürfte indessen die Anwendung des Art.5, Abs. 3 KG Schwierigkeiten bereiten, da die Grenz linie zwischen Maßnahmen, welche der Verfolgung eines der genannten schutzwürdigen Zwecke dienen und «Vorkehren», die ausschließlich durch das Interesse veranlaßt sind, neue Wettbewerber fernzuhalten, schwer zu ziehen sein

²⁰⁵ Vgl. z. B. BGE 82 II, S.305/306.

wird. Dieses Problem gehört in die gleiche Kategorie wie das vorne (S. 96 ff.) aufgezeigte, und wir können es im vorliegenden Zusammenhang nicht weiterverfolgen.

b) Zur Rechtfertigung einer kartellistischen Vorkehr muß nach Art. 5 nicht nur die Schutzwürdigkeit der damit verfolgten Interessen, sondern auch deren «Überwiegen» nachgewiesen werden. Was läßt sich dem KG mit Bezug auf die dabei anzuwendenden Maßstäbe entnehmen? Bei Erörterung dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen Konfliktfällen, bei denen die Interessenabwägung auf zivilistische Erwägungen beschränkt bleibt, und solchen, bei denen wirtschaftspolitische Kriterien ausschlaggebend sind.

aa) Bei Interessenabwägung nach zivilistischen Gesichtspunkten.

Zunächst ist hervorzuheben, daß das Interesse des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation an dem mittels der Vorkehr erstrebten Zustand dem Interesse des oder der Betroffenen an der Nichtverwirklichung dieses Zustandes gegenüberzustellen ist²⁰⁶. Während beim Verdrängungs- oder Vernichtungsboykott erstrebter und durch die Vorkehr geschaffener Zustand wohl meistens identisch sind, ist dies beim Anpassungsboykott nicht der Fall. Boykottiert z. B. ein Lieferantenkartell einen Abnehmer zur Durchsetzung einer Vertriebsbindung (Verpflichtung des Abnehmers, die betreffenden Produkte nur von bestimmten Lieferanten zu beziehen), so werden durch die Vorkehr zwar die Lieferungen an den Abnehmer gesperrt; erstrebter Zustand ist aber seine Weiterbelieferung, jedoch unter der Bedingung der Anerkennung der Vertriebsbindung seitens des Abnehmers. Die Lieferanten müssen deshalb beweisen, daß ihr Interesse an der Anerkennung der Vertriebsbindung seitens des Abnehmers, und nicht etwa ihr Interesse an dessen Sperrung, sein Interesse an unbedingter Belieferung «überwiegt».

²⁰⁶ Betreffend Unterscheidung zwischen geschaffenem und erstrebtem Zustand. Vgl. KARTELLKOMMISSION 1968, S. 351.

Indem das KG in Art. 4 und 5 kartellistische Vorkehren nur unter Vorbehalt der Rechtfertigung durch «überwiegende» schutzwürdige Interessen als zulässig erklärt, betont es die Bedeutung der Betätigung der Wirtschaftsfreiheit als Mittel zur Selbstverwirklichung der Persönlichkeit der Betroffenen. Es verweist damit auf einen durch unsere Rechtsordnung, insbesondere in Art. 31 BV, anerkannten Grundwert. Das Kartellgesetz nennt in Art. 5, Abs. 2, lit. a und b als Beispiele zwei überwiegende schutzwürdige Interessen, nämlich (a) «die Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbes» und (b) «die Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen».

Bei Vorkehren zur «Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbes» ergibt sich das «Überwiegen» des seitens des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation verfolgten Interesses, jedenfalls soweit unlauterer Wettbewerb in Frage steht, aus der absoluten Natur des Lauterkeitschutzes²⁰⁷. Der Betroffene kann kein legitimes, schutzwürdiges Interesse geltend machen, seine Wirtschaftsfreiheit in einer Weise zu betätigen, die als unlauter oder wettbewerbsverfälschend zu qualifizieren ist²⁰⁸; das Interesse des Kartells bzw. der ähnlichen Organisation an der Bekämpfung solcher Freiheitsbetätigung muß also dasjenige des Betroffenen an der Nichtverwirklichung des vom Kartell angestrebten Zustandes notwendig überwiegen²⁰⁹.

²⁰⁷ Vgl. hiezu KUMMER, Anwendungsbereich, insbesondere S. 120.

²⁰⁸ Die inhaltliche Tragweite dieser beiden Begriffe und ihr gegenseitiges Verhältnis kann hier nicht erörtert werden.

²⁰⁹ Die Auffassung MERZ, Kartellgesetz, S. 56, «Die Rechtfertigung wäre immer dann zu verweigern, wenn dem Kartell zuzumuten ist, den Rechtsweg gemäß UWG zu beschreiten», findet im KG keine Stütze. Nach dem diesem zugrundeliegenden Konzept ist eine nach Art. 5 KG gerechtfertigte Vorkehr rechtmäßig und nicht gewissermaßen «erlaubte», oder gar nur «bedingt erlaubte» Widerrechtlichkeit. (Vgl. vorne S. 89 ff.)

Bei Beantwortung der Frage, ob eine kartellistische Vorkehr der «Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen» diene, wird der Richter zu prüfen haben, ob der vom Kartell bzw. der kartellähnlichen Organisation mittels der Vorkehr angestrebte Zustand nach objektiven Gesichtspunkten, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der fraglichen Branche vernünftig, angemessen sei²¹⁰. Für die Beurteilung der «Angemessenheit» fällt u. a. in Betracht, in welchem Maße der Betroffene bei Verwirklichung des vom Kartell angestrebten Zustandes in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit eingeengt wird; je stärker diese Einengung ist, desto strenger werden die Anforderungen an die «Angemessenheit» der in Frage stehenden Regelung sein. Konkretere Anhaltspunkte zur Bestimmung des Begriffs «angemessen» lassen sich dem KG nicht entnehmen.

Lit. a und b des Art. 5 KG nennen Beispiele überwiegender schutzwürdiger Interessen. Es wird jedoch eine große Zahl von Fällen geben, in denen sich die mit kartellistischen Vorkehren verfolgten Interessen nicht unter eine dieser Gesetzesbestimmungen subsumieren lassen. In solchen Situationen wird der Grundwert der Selbstverwirklichung der Persönlichkeit Ausgangspunkt und Maßstab bilden müssen für die Beantwortung der Frage, ob die Vorkehrenden «überwiegend schutzwürdige Interessen» verfolgen. Durch die Vorkehr erstrebt das Kartell oder die kartellähnliche Organisation einen Zustand, bei dessen Verwirklichung die Betätigung der Wirtschaftsfreiheit des Betroffenen in bestimmter Hinsicht eingeschränkt wird. Um diese Freiheitsbeschränkung «aufzuwiegen», muß das Kartell oder die kartellähnliche Organisation dar tun, daß die Verwirklichung des mit der Vorkehr erstrebten Zustandes notwendig ist, um für die Mitglieder des Kartells oder für die kartellähnliche Organisation Nachteile, Beeinträchtigungen zu vermeiden (oder Vorteile zu sichern), die, gemessen am Leitbild der

²¹⁰ Vgl. vorne S. 109.

Selbstverwirklichung der Persönlichkeit und objektiv beurteilt, schwerer wiegen, als die mit der Verwirklichung des erstrebten Zustandes für die Betroffenen verbundene Beeinträchtigung. Wir sind uns klar, daß diese Formulierung sehr allgemein ist, glauben aber nicht, daß dem KG weitergehende, präzisere Aussagen über die Kriterien zur Bewertung unter Art.4 fallenden kartellistischen Verhaltens entnommen werden können. Auch aus der Gegenüberstellung des Gesetzestextes mit dem vom Bundesgericht in BGE 86 II S. 365 ff. (Giesbrecht/Vertglas) formulierten Grundsatz, ein Boykott sei nur zu rechtfertigen durch «offensichtlich überwiegende berechtigte Interessen, die auf keine andere Weise gewahrt werden können», läßt sich für solche Präzisierung nichts Wesentliches gewinnen. Indem der Gesetzgeber das Wort «offensichtlich» nicht in den Text des Art.5 aufnahm²¹¹, räumte er dem richterlichen Ermessen im Vergleich zur bundesgerichtlichen Formel einen etwas breiteren Rahmen ein und hat die Berücksichtigung auch «nur leicht überwiegender Interessen» ermöglicht²¹², womit jedoch nicht gesagt ist, daß solch leichtes Überwiegen immer genüge. Vielmehr ist das zum «Überwiegen» erforderliche Gewicht kartellistischer Interessen letzten Endes je im einzelnen Fall vom Richter zu bestimmen, unter Berücksichtigung der Schwere und Tragweite der in Frage stehenden Beeinträchtigung des Betroffenen in der Betätigung seiner Entscheidungsfreiheit²¹³. Es bleibt somit Auf-

²¹¹ Das Urteil im Falle Giesbrecht/Vertglas erging am 20. Dezember 1960, also am Tage, da die Expertenkommission ihre Arbeiten abschloß. In den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen wurde kein Antrag auf Anpassung des Gesetzestextes an den bundesgerichtlichen Text gestellt. Über die Beziehungen zwischen diesem Urteil und dem KG-Entwurf vgl. ZSCHOKKE, Erwägungen, S. 11/12, 27, 29.

²¹² SCHÜRMANN, Kommentar, S. 83.

²¹³ Der These GIGERS, Grenzen, S. 74, «die Kartellgesetzgebung habe gegenüber der Boykottrechtsprechung des Bundesgerichtes eine erkennbare Erleichterung wettbewerbsbehindernder Vorkehrun-

gabe der Gerichte, den skizzierten Maßstab bei Anwendung des Art.5 KG auf den einzelnen Fall zu konkretisieren²¹⁴.

bb) Bei Interessenabwägung unter Einbezug der Frage der Vereinbarkeit der kartellistischen Interessen mit dem Gesamtinteresse; die Vorkehr ist auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet.

Erstrebt ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation mittels einer Vorkehr im Sinne des Art.4 KG den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb, so wird be-

gen gebracht», können wir in dieser allgemeinen Form nicht zustimmen. Sie beruht auf einer zu weitgehenden Interpretation der Tragweite des im Text besprochenen bundesgerichtlichen Diktum; nach GIGER soll dieses besagen, «eine wettbewerbsbehindernde Maßnahme sei allein im Interesse der Erhaltung eines volkswirtschaftlich bedeutsamen Industriezweiges zulässig» (S. 73), «nur höherwertige Gesamtinteressen eines im öffentlichen Interesse liegenden Wirtschaftszweiges» genügten zur Rechtfertigung solcher Maßnahmen. Das Bundesgericht hat jedoch lediglich erklärt, die bloße Verteidigung des «hergebrachten Aufbaues eines Wirtschaftszweiges» vermöge nicht ein den Boykott rechtfertigendes Interesse zu begründen. Zwischen diesem negativen Kriterium und der von GIGER daraus gezogenen Folgerung liegen zahlreiche Zwischenstufen privater Interessen, welche als «offensichtlich überwiegende berechtigte Interessen» im Sinne des bundesgerichtlichen Leitsatzes qualifiziert werden konnten. Ferner ist die These GIGERS zu allgemein, weil, wie vorne (S. 114 ff.) dargetan wurde, kartellistische Vorkehren, die auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet sind, nach Art.5 KG nur durch den Nachweis der Vereinbarkeit des dadurch erstrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse gerechtfertigt werden können. Der Begriff «schutzwürdig» in Art.5 Abs.1 KG entspricht u.E. im wesentlichen dem Begriff «berechtigt», wie ihn das Bundesgericht verwendete. Schließlich ist das Erfordernis der «Subsidiarität» («...die auf keine andere Weise gewahrt werden können»), wie es das Bundesgericht aufstellte, nicht nennenswert strenger als das in Art.5 KG enthaltene Gebot der Verhältnismäßigkeit; danach muß dargetan werden, daß die Vorkehr zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist, was praktisch heißt, daß dieses Ziel nicht auf andere Weise verwirklicht werden kann. a.M. SCHÜRMANN, Kommentar, S.85; wie hier: KOLLER, S.116. (Vgl. hinten N.218.)

zweckt, dem Betroffenen die Betätigung seiner Wirtschaftsfreiheit zu verunmöglichen, im konkreten Fall, das Nebeneinander individueller und kollektiver Freiheitsbetätigung (bzw. Freiheitsbetätigung durch kartellähnliche Organisation) aufzuheben. Damit entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Art. 31 und 31^{bis}, Abs.3, lit.d BV zugrunde liegende Annahme, der privatautonom bestimmte Wirtschaftsablauf werde zu mit dem Gesamtinteresse vereinbaren Ergebnissen führen²¹⁵. Es wird eine behördliche Überprüfung des Kartellverhaltens erforderlich; entsprechend dem privatrechtlichen Charakter der Auseinandersetzung zwischen Kartell und Betroffenen wird jenem (bzw. der kartellähnlichen Organisation) durch Art.5 KG die Beweislast dafür auferlegt, daß der mittels dieser Vorkehr angestrebte Zustand volkswirtschaftlich oder sozial nützlich bzw. mit dem Gesamtinteresse vereinbar sei. Art.4 begründet also in solchen Fällen eine durch das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation widerlegbare Vermutung, der angestrebte Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb sei volkswirtschaftlich oder sozial schädlich bzw. mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbar. Gelingt es dem Kartell oder der ähnlichen Organisation, zu beweisen, daß die volkswirtschaftlichen oder sozialen Vorteile des mit dem Ausschluß angestrebten Zustandes die mit dem Ausschluß verbundenen volkswirtschaftlichen oder sozialen Nachteile überwiegen, so ist das Vorliegen «überwiegender schutzwürdiger Interessen» im Sinne des Art.5 KG zu bejahen. Eine weitergehende Prüfung der Frage der Vereinbarkeit des vom Kartell oder der ähnlichen Organisation angestrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse erübrigtsich, da diese Frage nur bei Vorliegen volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Kartellauswirkungen relevant wird. Bei Mißlingen des Beweises des Übergewichtes volkswirtschaftlich

²¹⁴ Vgl. SCHÜRMANN, Kommentar, S.83; zur näheren Charakterisierung dieser Aufgabe, vgl. hinten S.134 ff.

²¹⁵ Vgl. vorne S.49f. Gleich wie hier DESCHENEAUX, Effets, S.86.

oder sozial positiver Elemente ist die weitere Frage der Vereinbarkeit des vom Kartell angestrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse zu prüfen. Nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV sind gesetzgeberische Maßnahmen gegen Kartellauswirkungen nur zulässig, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt». Kann das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation beweisen, daß der mit der Vorkehr angestrebte Zustand mit dem Gesamtinteresse vereinbar ist, so entfällt eine verfassungsrechtlich notwendige Voraussetzung für behördliches Einschreiten gegen die Vorkehr; es ist m.a.W. das Bestehen «überwiegender schützwürdiger Interessen» im Sinne des Art. 5 KG anzunehmen²¹⁶. Die Wertung der vom Kartell oder einer ähnlichen Organisation verfolgten Interessen unter dem Gesichtspunkt ihrer volkswirtschaftlichen oder sozialen Nützlichkeit sowie, eventuell, die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse bilden somit in den hier zur Diskussion stehenden Fällen Hauptgegenstand der Interessenabwägung nach Art. 5 KG. Es geht auch hier um gegenseitige Abwägung widerstreitender privater Interessen durch wertendes Gegenüberstellen zweier Sachverhalte; des Ist-Zustandes einerseits und des mit der Vorkehr angestrebten Zustandes anderseits. Da indessen die Vorkehr nicht allein (wie in den unter [A] besprochenen Fällen) den Grundwert der Selbstverwirklichung der wirtschaftlichen Persönlichkeit berührt, sondern das vom Verfassungsgesetzgeber anerkannte Prinzip der Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung in Frage stellt, kann die Vorkehr nur zugelassen werden, wenn volkswirtschaftliche oder soziale Erwägungen zu ihren Gunsten sprechen oder, ist dies nicht der Fall, ihre Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse dargetan wird²¹⁷.

²¹⁶ Vgl. z.B. die Beurteilung der Apotheker-Preisbindung durch die Kartellkommission, vorne S. 80 f.

²¹⁷ «Erwünschtheit» im Gesamtinteresse wird ausdrücklich verlangt in Art. 5, Abs. 2, lit. c KG. In den übrigen Fällen bildet «Vereinbarkeit» mit dem Gesamtinteresse das maßgebende Kriterium.

Wir haben vorne (S. 82 ff.) untersucht, inwiefern die BV die Begriffe «volkswirtschaftlich oder sozial schädlich» und «Gesamtinteresse» konkretisiere. Diese verfassungsrechtlichen Konkretisierungen sind hier selbstverständlich zu berücksichtigen. Enthält das KG zusätzliche Konkretisierungen?

Mit Bezug auf Art.5, Abs.2, lit.a wurde vorne (S.122) ausgeführt, daß die «Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbes» einen gewissermaßen absoluten Rechtfertigungsgrund darstellt. Fällt eine Vorkehr unter diese Bestimmung, so bedarf sie, auch wenn sie auf den Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist, keiner Rechtfertigung unter wirtschaftspolitischen Aspekten. Die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit bleibt selbstverständlich vorbehalten.

Art.5, Abs.2, lit.a verweist also einerseits auf einen stark konkretisierten Wertmaßstab. Anderseits bedarf der Begriff «unverfälschter Wettbewerb» noch weitgehend der inhaltlichen Bestimmung.

Die in lit.b und c verwendeten Begriffe «angemessen» und «Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur» bringen gegenüber den in der BV enthaltenen bzw. aus ihr ableitbaren Aussagen zum materiellen Gehalt des Begriffes «Gesamtinteresse» keine nennenswerte Konkretisierung. Indessen konkretisiert Art.5, lit.c KG mit Bezug auf kartellistische Vorkehren mit struktureller Zielsetzung den in Art.31^{bis}, Abs.3, lit.d BV verwendeten Begriff «wenn es das Gesamtinteresse rechtfertigt». Danach müssen gesetzgeberische Vorschriften bzw. darauf gestützte behördliche Maßnahmen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Kartellauswirkungen und auf solche Vorschriften gestützte behördliche Maßnahmen vom Gesamtinteresse gefordert sein (vgl. vorn S. 80). Diese Voraussetzung entfällt, wenn dargetan wird, daß eine konkrete Kartellauswirkung mit dem Gesamtinteresse vereinbar ist. Bei kartellistischen Vorkehren mit struktureller Zielsetzung genügt dies nicht; es muß vielmehr bewiesen werden, daß

die erstrebte Struktur im Gesamtinteresse erwünscht ist und dass die Vorkehr ihrer Förderung dient. Solche Vorkehren können also zwar mit dem Gesamtinteresse vereinbar, aber dennoch unzulässig sein, wenn das mit ihnen angestrebte Ziel den in Art. 5, Abs. 2, lit. c geforderten Grad der Erwünschtheit im Gesamtinteresse nicht erreicht.

cc) Zur Bedeutung des zusätzlichen Erfordernisses des Art. 5, Abs. 1 KG, daß die Freiheit des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung der Vorkehr nicht übermäßig beeinträchtigt werde, können wir uns hier auf die Feststellung beschränken, daß diese Bestimmung kein materielles Kriterium für die Beurteilung der Frage der Schutzwürdigkeit und des Überwiegens der mit der Vorkehr verfolgten Interessen aufstellt. Sie setzt vielmehr voraus, daß diese Fragen im konkreten Fall positiv beantwortet worden sind und verlangt zusätzlich, daß die Intensität und Durchführungsart der Vorkehr auf das für die Erreichung des als legitim anerkannten Ziels Notwendige beschränkt werde²¹⁸.

B. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen

a) Es ist nun noch zu prüfen, ob dem verwaltungsrechtlichen Teil des KG ein Maßstab entnommen werden können zur Beantwortung der Frage, wann der durch ein Kartell oder eine ähnliche Organisation bewirkte Ausschluß oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf mit dem Gesamtinteresse unvereinbar sei. Dabei müssen wir uns daran erinnern, daß behördliche Maßnahmen gegen Auswirkungen von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen von zwei kumulativen Voraussetzungen abhängen; nämlich: Feststellung volkswirtschaftlicher oder sozialer Schädlichkeit und Gefordertsein behördlichen Einschreitens zur Wahrnehmung des Ge-

²¹⁸ Vgl. dazu eingehend z. B. DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 92 ff.; KOLLER, S. 144 ff.

samtinteresses. «Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse» nach Art. 22 umfaßt diese beiden Gesichtspunkte.

b) Sowohl die Formulierung des Art. 22 wie die in dieser Arbeit entwickelten Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Grundlage des KG verbieten es, den Tatbestand des «Ausschlusses des Wettbewerbes» oder den Tatbestand der «erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbes» in einem bestimmten Wirtschaftszweig oder Beruf an und für sich («per se»), d.h. ohne weitere Untersuchung des Sachverhaltes von den nach Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV relevanten Blickpunkten aus, als «mit dem Gesamtinteresse unvereinbar» zu qualifizieren.

c) Wir können uns der These SCHLUEPS²¹⁹ nicht anschließen, wonach dem KG eine «quantitative Konzeption» zugrunde liegt, d.h. daß im öffentlichen Kartellrecht ein bestimmtes Wettbewerbsminimum das anerkannte Rechtsgut bilde; daß der Schutz des «möglichen Wettbewerbs» die «per se» Ausprägung der wettbewerbspolitischen Komponente des Gesamtinteresses sei. SCHLUEP stützt diese These vor allem auf die Ausführungen in der Botschaft (S. 610), wo die Konzeption des «möglichen Wettbewerbs» als Grundlage des Art. 22 bezeichnet wird. Träfe diese These zu, so wäre nicht einzusehen, weshalb in Art. 22 die Worte «in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise» eingefügt wurden. SCHLUEP bemerkt denn auch, freilich nur im Nebensatz, dieser Wortlaut «ließe eher auf einen qualitativen Sinn» schließen. Der in Art. 22 beschriebene Sachverhalt «Ausschluß oder erhebliche Behinderung des Wettbewerbes

²¹⁹ Markenschutzgesetz, S. 400f.; Rule of Reason, S. 70f. Ähnlich wie SCHLUEP z.B. auch SIEBER, Probleme, S. 28, der die Meinung vertritt, aus der Formulierung des Art. 22 KG sei «deutlich genug zu schließen, daß unser Kartellgesetz, entgegen der Ansicht gewisser Kartellfreunde, auch das Ziel der Wettbewerbsintensivierung vor Augen hat. Man ist somit im Lichte dieses Ziels berechtigt, die erhebliche Reduktion der Konkurrenzintensität als eine volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Kartellwirkung, also in diesem Sinne des Wortes als Mißbrauch zu betrachten.»

in einem Wirtschaftszweig oder Beruf» ist eben nicht selber «Unrechtstatbestand», dessen Erfüllung an sich die in Art. 23 vorgesehenen Rechtsfolgen auslöst. Art. 22 definiert vielmehr die Voraussetzungen, unter denen, auf Klage des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, eine richterliche Wertung des durch das Kartell oder die ähnliche Organisation geschaffenen Zustandes erfolgen muß²²⁰. Dabei ist «nicht einmal die Intensität des Wettbewerbs ein ausschlaggebender, wenn auch ein besonders beachtens- und bedenkenswerter Gesichtspunkt»²²¹. Es zeigt sich auch hier, was schon mit Bezug auf den zivilrechtlichen Teil festgestellt wurde²²², daß nämlich das KG das Konzept des «möglichen Wettbewerbs» nicht in der durch die Preisbildungskommission entwickelten Form unverändert übernommen hat. So führt denn auch z. B. ALLEMANN²²³ aus, «im verwaltungsrechtlichen Teil des Kartellgesetzes, welches der Wahrung des öffentlichen Interesses dient, hat die Konzeption des ‹möglichen Wettbewerbs› keinen Niederschlag gefunden. So sind die Kartellwirkungen unabhängig davon, ob es sich um freiwillige oder erzwungene Wettbewerbsbeschränkung handelt, auf ihre volkswirtschaftliche oder soziale Schäd-

²²⁰ Vgl. vorne S. 116 ff.; vgl. USTERI, Grundzüge, S. 162. Die Aussage USTERIS, «Schutzgut bilde ganz schlicht der mögliche Wettbewerb», bedarf der Abgrenzung gegenüber der Auffassung SCHLUEPS. USTERI betont, in Übereinstimmung mit dem hier entwickelten Gedankengang, daß «bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Kartelles ... nach dem Kartellgesetz immer eine Überprüfung in zwei Richtungen erfolgen und kumulativ der Tatbestand der Unzulässigkeit gegeben sein muß: Ausschluß oder erhebliche Einschränkung des Wettbewerbes der unbestimmten Vielheit sowie Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse». Letztere ist also – entgegen der Auffassung SCHLUEPS – nicht «per se» identisch mit dem Ausschluß oder der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

²²¹ SCHÜRMANN, Diskussionsvotum, S. 314; vgl. auch S. 317, sowie Kartellkommission, S. 6.

²²² Vgl. vorne N. 106.

²²³ Gruß- und Dankadresse, S. 236.

lichkeit hin zu untersuchen. Dies bedeutet, daß selbst im Extremfall der zwangsweise völlig ausgeschlossenen Konkurrenz die Frage der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit noch offen bleibt».

d) Das KG stellt dem Richter die Aufgabe, die volkswirtschaftlichen, sozialen und weiteren gesamtinteressensmäßig wesentlichen Auswirkungen solchen «Ausschlusses» oder solcher «erheblichen Beeinträchtigung» des Wettbewerbs daraufhin im einzelnen zu untersuchen, ob sie so weittragend und tiefgreifend sind, daß ihre Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse verneint werden muß. Diese Aufgabenstellung entspricht dem Charakter des KG als Mißbrauchsgesetz, geht es doch darum, zu entscheiden, ob ein Kartell oder eine ähnliche Organisation von der ihnen grundsätzlich zustehenden Befugnis zu gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsausübung bzw. zur Ausübung wirtschaftlicher Macht einen mit dem Gesamtinteresse unvereinbaren Gebrauch mache. Art. 22 KG enthält keine wesentliche, selbständige bedeutungsvolle Konkretisierung der Antwort auf die Grundfrage D²²⁴. Mit der Wendung «insbesondere zum Nachteil des Konsumenten» wird zwar eine Komponente des Gesamtinteresses hervorgehoben, aber ohne inhaltliche Präzisierung.

²²⁴ Den Optimismus SCHÜRMANNS (Kommentar, S. 169 und S. 158), wonach Art. 22 «in beträchtlichem Maße den Verfassungsartikel konkretisiere», kann ich nicht teilen. Er fügt denn auch zutreffend bei, «wann in concreto der Tatbestand erfüllt sei, werde letztlich allerdings stets eine Sache des richterlichen Ermessens sein». Vgl. BOTSCHAFT S. 610 und KARTELLKOMMISSION 1968, S. 220. In Kartellkommission S. 4, stellt SCHÜRMANN fest: «Von Kriterien oder Orientierungshilfen, wie diese Beurteilung (sc. betreffend Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse) vorzunehmen sei, ist keine Rede»; S. 9: «Der Gesetzgeber überläßt alle entscheidenden Fragen der Kommission und den Gerichten.» In diesem Sinne auch SIEBER, Probleme, S. 26.

Dritter Teil

ZUR CHARAKTERISIERUNG DER BEI ANWENDUNG DES KARTELLGESETZES ZU ERFÜLLENDEN AUFGABEN

§ 6. Allgemein

Ausgangspunkt unserer Untersuchungen bildeten die Grundfragen, welche jede Rechtsordnung bei prinzipieller Anerkennung der Privatautonomie zu beantworten hat. Wir stellten fest, daß die BV die individuelle und die gemeinschaftlich gleichgerichtete Freiheitsbetätigung, bzw. die Freiheitsbetätigung durch kartellähnliche Organisationen grundsätzlich als legitime, gleichwertige Formen der Aktualisierung der Privatautonomie anerkennt und solcher Freiheitsbetätigung keine absoluten, von der jeweiligen Interessenlage im konkreten Fall schlechthin unabhängige Schranken setzt: Die Bestimmung der Grenzen für die Tätigkeit von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen wird damit wesentlich zu einer Frage der Interessenwertung und -abwägung. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, hiefür die normative Grundlage zu schaffen, unter Berücksichtigung der in der BV enthaltenen Grundfragenbeantwortungen. Diese Aufgabe ist sehr komplex, einmal wegen der «Ambivalenz» der vom Verfassungsgesetzgeber auf die Grundfrage «A» erteilten Antwort, sodann wegen des verhältnismäßig geringen Grades der Konkretisierung seiner Antworten auf die übrigen Grundfragen und schließlich deshalb, weil diese je mit Bezug auf die im ersten Teil skizzierten verschiedenen soziologischen Sachverhalte zu beantworten sind. Zu diesen Sachverhalten gesellen sich noch die «Preisbindung der zweiten Hand», die hier außer Betracht bleibt, sowie die Fragen des «internen Kartellzwanges», welche wir nur am

Rande behandeln. Angesichts dieser Vielgestaltigkeit der dem Gesetzgeber gestellten Aufgaben scheint es zu einseitig, beim KG von einem «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» zu sprechen²²⁵. Es handelt sich um ein Gesetz «betreffend» Wettbewerbsbeschränkungen, oder besser: betreffend das zulässige Maß privater Einflußnahme auf die individuelle wirtschaftliche Willensbildung. Die Erörterungen im zweiten Teil haben gezeigt, daß auch die im KG enthaltenen Antworten auf die Grundfragen C und D einen relativ geringen Konkretisierungsgrad aufweisen. Hauptaufgabe der dieses Gesetz anwendenden Behörden ist somit, diese Konkretisierung im einzelnen Fall auf der durch die BV und das KG gebildeten Grundlage zu Ende zu führen. Es soll nun versucht werden, die dabei auszuübenden Funktionen in ihrem Wesen näher zu erfassen. Zu diesem Zweck sollen sie auch vergleichbaren Funktionen, die im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung sowie gewisser ausländischer Rechtsordnungen zu erfüllen sind, gegenübergestellt werden.

§ 7. Die Aufgabe der Interessenwertung und -abwägung stellt sich bei Anwendung des KG auf drei verschiedenen Stufen:

- I. Bei kartellistischen Vorkehren gemäß Art. 4 KG, welche nicht auf den Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet sind;
- II. Bei kartellistischen Vorkehren gemäß Art. 4 KG, welche auf den Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet sind;
- III. Bei Ausschluß oder erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf gemäß Art. 22 KG.

Zu I

Diese Konfliktfälle zwischen privaten Interessen sind nach rein zivilistischen Gesichtspunkten zu beurteilen. Der

²²⁵ Vgl. Zitate vorne N. 61.

Richter hat hier die Frage zu entscheiden, ob die Interessen der einzelnen Kartellmitglieder bzw. der kartellähnlichen Organisation, deren Wahrung die Vorkehr bezweckt, so bedeutend sind, daß sie das Interesse des Betroffenen, seine Freiheit unbehindert ausüben zu können, überwiegen. Auf Grund einer eingehenden Untersuchung des für beide Seiten in Frage stehenden Verzichtes auf Verwirklichung frei gewählter wirtschaftlicher Zielsetzungen muß der Richter entscheiden, ob der für die Kartellmitglieder bzw. die kartellähnliche Organisation bei Nichtrealisierung des mit der Vorkehr angestrebten Zustandes resultierende «Verwirklichungsverlust» schwerer wiegt als der entsprechende Verlust des Betroffenen, so daß ihm die Duldung dieses Verlustes zuzumuten ist²²⁶. Die Beeinträchtigung des Betroffenen bei Verwirklichung des mit einer Vorkehr angestrebten Zustandes wird sich in aller Regel auch in einem finanziellen Nachteil äußern. Andererseits werden die Kartellmitglieder den angestrebten Zustand ebenfalls meistens, zumindest unter anderem, um finanzieller Vorteile willen zu verwirklichen trachten. Es ist nun fraglich, ob die von den Kartellmitgliedern verfolgten finanziellen Interessen bei der Interessenabwägung nach Art. 5 überhaupt in Betracht zu ziehen seien²²⁷. Man wird u.E. nicht so weit gehen dürfen, sie schlechterdings von der Betrachtung auszuschließen, denn im Wirtschaftsleben geht es immer auch um materielle Interessen, und Ziffern sind zumindest Anhaltspunkte für die Beurteilung der Bedeutung der im Spiele stehenden Interessen. Andererseits erscheint es unstatthaft, die für die Kartellmitglieder bei Nichtverwirklichung des angestrebten Zustandes zu erwartenden finanziellen Nachteile zu addieren und dem Nachteil der Betroffenen gegenüberzustellen, denn damit würde dem Gruppeninteresse automatisch ein höherer

²²⁶ Vgl. USTERI, Kartellinitiative, S. 788 und Verhalten, S. 108: «Was ist noch durch die Existenz und die Aktivität der Mitmenschen bedingte Härte meines Lebens, und was ist schon durch die Mitmenschen mir gegenüber angewandte Gewalt.»

²²⁷ Vgl. dazu auch vorne S. 118 ff.

Wert zugemessen, was abzulehnen ist²²⁸. Man wird somit die für jeden einzelnen Beteiligten in Frage stehende finanzielle Benachteiligung zu ermitteln haben und verlangen müssen, daß diese zumindest für eine Mehrheit je der einzelnen Beteiligten die finanzielle Benachteiligung der Betroffenen übersteige²²⁹. Damit ist jedoch nur ein Element der Interessengewichtung bezeichnet.

Ausschlaggebend für die vergleichende Abwägung unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist die verhältnismäßige Tragweite der bei den einzelnen Interessenträgern festgestellten Einschränkungen in der Verwirklichung je ihrer individuellen wirtschaftlichen Zwecke und nicht die Bedeutung dieser Einschränkungen im Hinblick auf die Erreichung einer richterlich vorerst zu ermittelnden gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung.

Diese Tätigkeit entspricht im wesentlichen den vom Bundesgericht in Boykotturteilen unmittelbar vor Erlaß des KG formulierten Leitsätzen²³⁰, bei deren Anwendung das Bundesgericht freilich die von ihm erkannte Grenze zwischen zivilistischer und wirtschaftspolitischer Betrachtungsweise²³¹ bisweilen selber überschritten hat.

²²⁸ Vgl. Zitate bei HOTZ, S.53, Anm. 95; HOMBURGER, Bemerkungen, S. 141.

²²⁹ Vgl. DESCHENEAUX, Boykott, S.158: «Il faut traduire l'intérêt collectif du syndicat en termes individuels, en envisageant la situation de chacun de ses membres, et comparer cet intérêt à celui du boycotté, contraint de s'aligner ou de disparaître.»

²³⁰ z. B. in BGE 86 II, S.378: «Der Konflikt zwischen den beiden qualitativ gleichwertigen Rechten kann nicht ein für allemal entschieden werden, in dem Sinne, daß das eine dem andern als überlegen erklärt würde. Es verhält sich gleich wie in anderen Fällen, in denen Persönlichkeitsrechte aufeinanderstoßen... Der Richter hat im einzelnen Fall das von der Rechtsordnung höher eingeschätzte Recht zu bestimmen. Dabei wird er den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragen, die durch die in Frage stehenden Rechte geschützt sind.»

²³¹ Vgl. z. B. BGE 86 II, S.370: «Jedermann ist im Rahmen des Gesetzes frei, sich wirtschaftlich so zu betätigen, wie es ihm beliebt, mag das auch den Interessen anderer, ja selbst denen

In den zur Kategorie (I) gehörenden Fällen obliegt dem Richter die Bestimmung der Grenzen der Freiheitsbetätigung durch Kartelle und kartellähnliche Organisationen und damit die Konkretisierung des durch die BV anerkannten Grundwertes der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit. Nach der Ordnungsvorstellung der BV sind die Ergebnisse des Nebeneinanders individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung mit dem Gesamtinteresse vereinbar und bedürfen nicht der behördlichen Überprüfung unter diesem Gesichtspunkt. Aufgabe des Richters ist es deshalb, dieses Nebeneinander durch Entscheidung der dabei sich ergebenden Konflikte zu ermöglichen, es funktionsfähig zu erhalten, ohne das private wirtschaftliche Verhalten wirtschaftspolitischer Wertung vom Standpunkt des Gesamtinteresses aus zu unterziehen. Zwar «berührt die Frage der Grenzziehung für das Persönlichkeitsrecht auch Allgemeininteressen»²³². Solange jedoch die kartellistische Vorkehr nicht auf den Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet ist, also nicht das Nebeneinander der beiden Formen der Freiheitsbestätigung ausgeschaltet und damit von der Ordnungsvorstellung der Verfassung abgewichen werden soll, gilt, eben nach dieser Ordnungsvorstellung, das Gesamtinteresse als gewahrt und fehlt es an einer der verfassungsrechtlich statuierten Voraussetzungen für die behördliche Überprüfung privaten wirtschaftlichen Verhaltens auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten.

Überlegungen in diesem Sinne haben, durchaus folgerichtig, in den parlamentarischen Beratungen zur Streichung

der Allgemeinheit widersprechen. Da das schweizerische Recht auf dem Boden der Privatwirtschaft und der Verbandsfreiheit steht, darf der Richter nicht eingreifen. Das wäre nicht Rechtsprechung, sondern staatliche Lenkung der Wirtschaft.»

²³² KUMMER, Anwendungsbereich, S. 102 ff.

der Worte «und mit dem Gesamtinteresse vereinbar sind» in Art. 5 des bundesrätlichen Entwurfes geführt. So erklärte z.B. Bundesrat SCHAFFNER²³³, «daß in dem Wort ‹schutzwürdig› auch das ‹Gesamtinteresse› beinhaltet ist» ... «Es kann etwas nicht mit dem Allgemeininteresse vereinbar sein, das nicht auch schutzwürdig ist, und es kann etwas nur schutzwürdig sein, wenn es mit dem Gesamtinteresse, dem Allgemeininteresse vereinbar ist.» SCHÜRMANN²³⁴ führte aus, «es ist nicht vorstellbar, daß es überwiegende schutzwürdige Interessen gibt, die nicht mit dem Gesamtinteresse in Übereinstimmung stünden». «..., daß die schutzwürdigen Interessen mit dem Gesamtinteresse vereinbar sein müssen, kommt in vollkommen genügendem Maße im Begriff ‹schutzwürdige Interessen› zum Ausdruck». In den Fällen der Kategorie (I) wird mit der auf zivilistischer Ebene erfolgenden Qualifizierung privater Interessen als «überwiegend» und «schutzwürdig» gleichzeitig deren Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse bejaht. Das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation bewegen sich in solchen Fällen im Rahmen der Ordnungsvorstellung des Verfassungsgesetzgebers, welche solche Vereinbarkeit «impliziert». Bei den Fällen der Kategorie (II) überschreitet das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation diesen Rahmen; Vereinbarkeit seines Verhaltens mit dem Gesamtinteresse kann deshalb nicht mehr aus der verfassungsrechtlichen Ordnungsvorstellung abgeleitet werden, sondern wird zum Gegenstand behördlicher Überprüfung.

Als vergleichbare Aufgabe im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung sei z.B. erwähnt, die Bestimmung der nachbarrechtlichen Schranken für die Ausübung des Grund-eigentums. Auch bei der Bestimmung dieser Schranken stehen persönlichkeitsrechtliche Erwägungen im Mittel-

²³³ Sten Bull (StR) 1962, S. 201 und im gleichen Sinne in Sten Bull (StR) 1962, S. 651.

²³⁴ Sten Bull (NR) 1962, S. 649.

punkt²³⁵. Es geht um die Ermittlung desjenigen Grades von Einwirkung, und damit verbundener Einschränkung in seiner Selbstverwirklichung, den sich ein Grundeigentümer seitens seines Nachbarn gefallen lassen muß, welcher seinerseits die Verwirklichung selbstgewählter Zwecke anstrebt. Das Beweisthema bei dieser Auseinandersetzung ist durch das Gesetz insofern konkretisiert, als Art. 684 ZGB «übermäßige» Einwirkungen als unerlaubt bezeichnet und in Abs. 2 den Richter verpflichtet, bei Beurteilung der Frage der «Übermäßigkeit» zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Die Lage und Beschaffenheit der Grundstücke und die Ortsüblichkeit. In unserem Zusammenhang wichtig ist die Feststellung, daß die heutige Lehre und Rechtsprechung²³⁶ die soziale oder volkswirtschaftliche Bedeutung des die Einwirkung verursachenden Unternehmens nicht als die Interessenabwägung maßgebend beeinflussenden Faktor betrachten. Die Tendenz, diesen Faktor zu berücksichtigen und so faktisch den Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Interesses einzuführen, war bei älteren Autoren und Gerichtsentscheiden festzustellen²³⁷, stieß jedoch in der Lehre auf die soeben zitierte Kritik.

²³⁵ EGGER, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1939, S. 110 zustimmend zit. bei MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Eigentum, Teilbd. Grundeigentum I, N. 33 zu Art. 679 ZGB; in gleichem Sinne MEIER-HAYOZ, Technische Entwicklung und Fortbildung des Privatrechtlichen Immissionenschutzes in: «Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter», Zürich 1961; ferner OFTINGER, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, Zürich 1956, S. 30; DERSELBE, Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, ZBJV 100, 1964, S. 101 ff.; BUCHER, Persönlichkeitsschutz, Ziffer IV; FORKEL.

²³⁶ Vgl. z. B. OFTINGER, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, S. 73–78; MEIER-HAYOZ, Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrechtlichen Immissionenschutzes, S. 42; HAFTER, Das Lärmproblem in der Praxis der Gerichts- und Verwaltungsbehörden, Diss. Zürich 1957, S. 48; BGE 88 II 14 E. 2a; ZR 1958, S. 11, 17; BGE 83 II 392f.

²³⁷ Vgl. z. B. BGE 40 II 30; 45 II 40; HAAB, Zürcher Kommentar, 2. A. Eigentum, N. 16 und N. 18 zu Art. 684.

Volkswirtschaftliche und soziale Erwägungen sind erst relevant und dann aber auch allein maßgebend, wenn die Einwirkung einen Grad erreicht, welcher dem Betroffenen die Selbstverwirklichung verunmöglicht, z.B. wenn Abwehr der Immission nur mittels gesundheitsschädlicher Maßnahmen möglich ist. Eine Pflicht zur Duldung derart tiefgreifender Einwirkungen wäre höchstens bei unvermeidbaren Immissionen aus öffentlichen Grundstücken bzw. aus solchen expropriationsberechtigter Privatunternehmungen denkbar.

Auch hierin ist insofern eine Parallele zum Kartellgesetz zu sehen, als nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung bei dessen Anwendung die Interessenabwägung auf private Interessen beschränkt ist, unter Außerachtlassung wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte, solange nicht mit der kartellistischen Vorkehr der Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb angestrebt wird. Die Frage, ob der nach Art. 4/5 KG als gerechtfertigt beurteilte Ausschluß vom Wettbewerb eine Entschädigungspflicht des Kartells bzw. der kartellähnlichen Organisation gegenüber den Ausgeschlossenen zu begründen vermöchte, muß hier offen bleiben.

Zu II

In den Konfliktfällen dieser Kategorie kollidieren – wie in den unter (I) besprochenen Situationen – private Interessen. Indessen ist hier die kartellistische Vorkehr auf den Ausschluß des oder der Betroffenen vom Wettbewerb gerichtet. Sie stellt also einerseits den Grundwert der Selbstverwirklichung der wirtschaftlichen Persönlichkeit als solchen in Frage; anderseits aber auch das vom Verfassungsgesetzgeber anerkannte Prinzip der Gleichwertigkeit individueller und gemeinschaftlich gleichgerichteter Freiheitsbetätigung. Das vom Verfassungsgesetzgeber gewollte Nebeneinander dieser beiden Arten der Freiheitsbetätigung soll ausgeschaltet werden. Eine Vorkehr mit derartiger Zielsetzung kann nach Art. 5 KG nur zugelassen werden, wenn

ihre Initianten darzutun vermögen, daß volkswirtschaftliche oder soziale Erwägungen zu ihren Gunsten sprechen, oder wenn dies nicht der Fall ist, daß der mittels der Vorkehr angestrebte Zustand mit dem Gesamtinteresse vereinbar ist²³⁸.

Da weder die BV noch das KG den freien Wettbewerb als solchen instituieren, darf der Richter die kartellistische Vorkehr nicht schlechthin als nicht zu rechtfertigende «Systemwidrigkeit» qualifizieren. Er darf den vom Kartell bzw. der kartellähnlichen Organisation angestrebten Zustand nicht mit einem «Idealzustand» freien Wettbewerbs vergleichen²³⁹. Vielmehr muß er den ohne die Vorkehr tat-

²³⁸ Haben die Vorkehrenden die Vereinbarkeit des von ihnen angestrebten Zustandes mit dem Gesamtinteresse bzw. in Fällen nach Art. 5, Abs. 2, lit. c die Erwünschtheit der Strukturförderung dargetan, und ist der Ausschluß der Betroffenen vom Wettbewerb notwendig zur Verwirklichung des angestrebten Ziels, so steht das KG solchem Ausschluß nicht entgegen. a. M. MERZ, Kartellgesetz, S. 65: «Wie legitim ein Kartellinteresse auch sein mag: ein Kartell kann weder im Namen des Brancheninteresses noch im Namen des Allgemeininteresses den Außenseiter dazu zwingen, auf den freien Wettbewerb zu verzichten und sich dem Kartellzwang zu unterwerfen.» Dogmatischer «Halt und Verankerung (der Rechtsprechung) liegen darin, daß die Wettbewerbsfreiheit als Persönlichkeitsgut, als absolutes Recht anerkannt und daß gleichzeitig die institutionelle Natur des Wettbewerbs, seine zentrale Stellung in der Rechts- und Wirtschaftsverfassung der Marktwirtschaft hervorgehoben wird». Diese These von MERZ wird u. a. auch abgelehnt von DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 91: «La loi sur les cartels n'a pas proscrit à priori toute mesure propre à contraindre un outsider à renoncer à son activité ou à s'aligner. Ce serait vrai si elle avait consacré inconditionnellement le postulat de la concurrence possible; mais on a vu que tel n'était pas le cas.» Zustimmend zu DESCHENEAUX, SCHÜRMANN, Durchführung, S. 76 f.; vgl. auch GLASSON, S. 281.

²³⁹ Wir halten deshalb die Kritik KOLLERS, S. 117, am Vorgehen des Bundesgerichtes in Sachen Alex Martin, Verband Schweizerischer Zigarettenfabrikanten (BGE 91 II 25) in dieser Beziehung als nicht gerechtfertigt. Wie hier SCHÜRMANN, Praxis, S. 14.

sächlich bestehenden bzw. sich entwickelnden Zustand mit dem seitens des Kartells bzw. der kartellähnlichen Organisation angestrebten Zustand vergleichen, mit dem Ziel der Erstellung einer «Saldobilanz» vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus²⁴⁰. Voraussetzung für die Erfüllung der dem Richter hier gestellten Aufgabe ist eine eingehende Bestandesaufnahme sowohl mit Bezug auf den Ist-Zustand und dessen zukünftige Entwicklung wie auch mit Bezug auf den seitens des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation angestrebten Zustand, wobei je in Betracht zu ziehen sind:

- a) die individuellen Interessen der Beteiligten bzw. Betroffenen (diese Kategorie hat nur eine «Hilfsfunktion», da die individuellen Interessen als solche in den hier zur Diskussion stehenden Fällen nie ausschlaggebend sein können);
- b) volkswirtschaftliche Interessen;
- c) soziale Interessen;
- d) andere Aspekte des Gesamtinteresses.

Die Ergebnisse solcher Bestandesaufnahme sind je in den vier genannten Kategorien daraufhin zu vergleichen, welcher der beiden Zustände vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus verhältnismäßig bessere Ergebnisse zeitige. Dabei geben die «gesamtwirtschaftlichen Funktionen»²⁴¹ wesentliche Anhaltspunkte dafür, in welche Richtungen diese Untersuchung zu führen ist.

Liegt das Ergebnis in den Kategorien b, c und d in gleicher Richtung, d.h. ergibt sich z.B., daß der Ist-Zustand volkswirtschaftlich und sozial, sowie unter anderen Gesichtspunkten des Gesamtinteresses (z.B. militärpolitisch, gesundheitspolitisch usw.) dem mittels der Vorkehr angestrebten Zustand vorzuziehen ist, so liegt ein eindeutiges Ergebnis vor. Die Vorkehr müßte als nicht durch überwie-

²⁴⁰ Vgl. vorne N. 143.

²⁴¹ Vgl. vorne N. 133.

gende schutzwürdige Interessen i.S. des Art.5 KG gerechtfertigt und deshalb unzulässig beurteilt werden. Indessen ist denkbar, daß z.B. vom volkswirtschaftlichen Blickpunkt aus der Ist-Zustand positiv bewertet wird, unter bestimmten Aspekten des Gesamtinteresses jedoch der mittels der Vorkehr angestrebte Zustand. In einem solchen Fall müßte die Vorkehr als durch überwiegende schutzwürdige Interessen i.S. des Art.5 KG gerechtfertigt beurteilt werden; die Interessen, deren Förderung mit dem angestrebten Zustand erreicht wird, gehören dem Gesamtinteresse zu und überwiegen deshalb das Interesse der von der Vorkehr Betroffenen. Es sei denn, diese könnten ihrerseits den Gegenbeweis erbringen, daß unter anderen Aspekten des Gesamtinteresses die festgestellte positive Wertung aufgehoben werde²⁴². Dieses Resultat steht in Einklang mit unseren Untersuchungen über die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für das behördliche Einschreiten gegen Kartellauswirkungen; eine Voraussetzung, nämlich volkswirtschaftliche Unerwünschtheit der Vorkehr, wäre zwar gegeben, die zweite Voraussetzung, daß behördliches Einschreiten durch das Gesamtinteresse gefordert werde, wäre jedoch nicht erfüllt.

In den zu dieser Kategorie gehörenden Konfliktfällen hat also der Richter die Frage zu beantworten, ob der angestreb-

²⁴² Es sind interessante, hier jedoch nicht weiter zu verfolgende Fragen, ob das kantonalrechtlich geordnete, regelmäßig auf der Parteimaxime beruhende Zivilprozeßverfahren zur Abklärung der Frage der Vereinbarkeit kartellistischen Verhaltens mit dem Gesamtinteresse genüge und ob die Bindung des Bundesgerichtes an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht unter Umständen eine umfassende Beurteilung der nach Art.5 zu lösenden Probleme verunmögliche. (Vgl. dazu die Anregung ZSCHOKKES in Exp. III, S. 38, wie im Patentrecht «dem Bundesgericht eine gewisse Möglichkeit zu geben, einen vom kantonalen Gericht nicht richtig ermittelten Tatbestand zu untersuchen»; und MERZ, Exp. III, S. 42, der betonte, daß «das Bundesgericht einen Tatbestand vor sich haben soll, der es ihm ermöglicht, Recht zu sprechen».)

te Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb und die damit verbundene Abweichung vom Prinzip der Gleichwertigkeit mit dem Gesamtinteresse vereinbar sei. Rein formal, strukturell betrachtet, könnte diese Aufgabe wohl als «polizeiliche» qualifiziert werden, da es um die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit gegenüber privatem Handeln, im weitesten Sinne also um «Gefahrenabwehr» geht²⁴³. Dem Inhalt der zu treffenden Entscheidung nach ist die hier in Frage stehende Aufgabe jedoch der «Politik» im Sinne der auf Werturteilen beruhenden Beeinflussung des Wirtschaftsablaufs²⁴⁴ zuzuordnen.

Die soll kurz begründet werden.

Bei der «Gefahrenabwehr» im eigentlichen, klassisch-polizeirechtlichen Sinn²⁴⁵ kann der Richter weitgehend auf vorgegebene, aus Erfahrung abgeleitete Maßstäbe betreffend «Gefährlichkeit» abstellen. Diese Maßstäbe mögen mehr oder weniger bestimmt sein und deshalb mehr oder weniger der Konkretisierung durch den Richter bedürfen²⁴⁶; wesentlich ist hier, daß die auf Erfahrung beruhende Feststellung, in bestimmter Richtung sich bewegendes

²⁴³ USTERI, Theorie, S. 189; Verhalten, S. 106.

²⁴⁴ PREISBILDUNGSKOMMISSION, S. 162: Wirtschaftspolitik «umfaßt alle aus den verschiedensten, auch außerwirtschaftlichen Gründen getroffenen Maßnahmen zur Beeinflussung des Wirtschaftsablaufs, alle jene Maßnahmen zur Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen in einer bestimmten Richtung». NEF, Jur. Kartothek, Karte 616, S. 8 erblickt ebenfalls das Charakteristische wirtschaftspolitischer Maßnahmen darin, daß damit «in die freie Entwicklung des Wirtschaftslebens eingegriffen», dieser eine «bestimmte Richtung gegeben» wird.

²⁴⁵ Vgl. dazu etwa HUBER, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, S. 551 ff., insbesondere S. 554; DERSELBE, in ZBJV 92 (1956) S. 61 ff.; ROHR, S. 112.

²⁴⁶ So wird z. B. im Bereich der Gesundheitspolizei der Richter meistens durch wissenschaftliche Untersuchungen, also Erfahrungen, weitgehend konkretisierte Maßstäbe vorfinden, anderseits ist der Konkretisierungsgrad des anzuwendenden Maßstabes z. B. im Bereich der Sittenpolizei viel geringer.

menschliches Handeln sei an und für sich gefahrbegründend, Grundlage bildet für die richterliche Entscheidung, ob solches Handeln im einzelnen Fall den kritischen, behördliche Maßnahmen auslösenden Grad von Gefährlichkeit erreiche, also eine konkrete Gefahr schaffe. Der Richter kann m.a.W. von den «polizeilichen Gütern»²⁴⁷ als Gegebenheiten ausgehen und sein Werturteil ist darauf beschränkt, ob der konkrete Angriff auf solche Güter einen kritischen Intensitätsgrad erreiche. Bei Entscheidung der Frage, ob der mit einer kartellistischen Vorkehr angestrebte Ausschluß des Betroffenen vom Wettbewerb mit dem Gesamtinteresse vereinbar sei, muß der Richter zunächst sich ein Urteil darüber bilden, was volkswirtschaftlich, sozial oder unter anderen Gesichtspunkten des Gesamtinteresses wünschenswert sei. Es ist also über die im Gesamtinteresse gebotene Orientierung des Wirtschaftsablaufs zu befinden²⁴⁸. Bei dieser Entscheidung ist der Richter an die Grundwertordnung der BV gebunden²⁴⁹. Er muß deshalb zunächst ermitteln, inwiefern der BV und dem KG für das zu bildende Werturteil relevante Aussagen entnommen werden können. Soweit dies nicht der Fall ist, liegt eine teilweise «noch offene politische Zielsetzung» vor²⁵⁰, ist also die auf Grund von BV Art. 31^{bis}, Abs. 3,

²⁴⁷ NEF, Wertordnung, S. 196 z. B. nennt als solche: Leib, Leben, Gesundheit, Sicherheit des Vermögens, Ruhe, Ordnung, Sittlichkeit und Treu und Glauben.

²⁴⁸ Vgl. hiezu HOMBURGER, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 17 ff., GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 136; NEF, Kartellgesetzentwurf, S. 444; SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 197; DESCHENAUX, Nouvelle jurisprudence, S. 156; KOLLER, S. 119.

²⁴⁹ SCHÜRMANN, Kartellartikel, S. 190: «Es sind Werturteile unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Wohls und anhand der Werturteile der Verfassung zu fällen.» Insofern ist dem Anliegen USTERIS, Verhalten, S. 106, Rechnung getragen, «daß die von den Staatsorganen zu treffenden Maßnahmen nicht unberechenbar und grenzenlos» sein dürfen.

²⁵⁰ Vgl. dazu etwa HUBER, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, S. 554; HUBER, Kartellproblem, S. 171; WÜRDINGER, S. 406, KOLLER, S. 114.

lit. d und KG Art. 4/5 zu erfüllende Aufgabe der behördlichen wirtschaftspolitischen Wertung des Verhaltens von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus letztlich durch den Richter zu erfüllen.

Charakteristisch für die dem Richter obliegende Funktion ist somit nicht, daß er das Gesamtinteresse überhaupt in seine Betrachtung einzubeziehen, daß er privates Verhalten vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus zu werten hat. Kennzeichnend ist vielmehr, daß er ein Urteil zu fällen hat über die im Gesamtinteresse liegende Orientierung des Wirtschaftsablaufs, womit er richtungweisend auf diesen Einfluß nimmt. Das Element der Richtungsbestimmung wird bei Entscheidung konkreter Fälle verschieden stark in Erscheinung treten. Ein gutes Beispiel hiefür bieten die Erwägungen des Bundesgerichtes in Sachen Alex Martin S.A./Verband Schweizerischer Zigarettenfabrikanten²⁵¹. Hier entschied das Gericht die folgenden Fragen: Sind die Preise zu hoch? Sind die Vertriebskosten zu hoch? («gaspillage des frais de distribution»)? Wurde das Verteilungssystem rationalisiert? Ist die Grossistenmarge angemessen? Ist die Detallistenmarge angemessen? Wird das Verkaufssystem rationalisiert? Hätte die Fortdauer des früheren Zustandes zum Untergang von Grossistenfirmen geführt und wenn ja, wäre dies volkswirtschaftlich oder sozial schädlich gewesen? Welche Folgen hätte die Entwicklung einer oligopolistischen oder monopolistischen Struktur des Marktes in dieser Branche und wie würden sich die Folgen für die Konsumenten auswirken? Wir gehen hier auf die konkrete Beantwortung dieser Fragen durch das Bundesgericht nicht ein²⁵². Es geht uns darum, sie als Beispiele von Entscheidungen anzuführen, welche «richtungweisende Elemente» enthalten. Am stärksten treten diese wohl dort in Erscheinung, wo das

²⁵¹ BGE 91 II 25 ff.

²⁵² Vgl. dazu MERZ, Kartellgesetz, S. 62 ff.; GLASSON, WuR 1965, S. 268 ff.; KOLLER, S. 114 ff.; DESCHENEAUX, Ouvrage, S. 88 ff.

Gericht die Auffassung vertritt, eine oligopolistische oder monopolistische Struktur des Zigarettenmarktes wäre dem Konsumenteninteresse abträglich, und, damit zusammenhängend, der Untergang von Grossistenunternehmungen wäre sozial schädlich. Hier hat das Bundesgericht eine hochbedeutsame wirtschaftspolitische bzw. sozialpolitische «Weichenstellung» vorgenommen²⁵³.

Halten wir Ausschau nach vergleichbaren Aufgaben im Rahmen unserer eigenen Rechtsordnung, so können wir feststellen, daß der Richter auch in anderen Rechtsbereichen bisweilen zu entscheiden hat, ob ein bestimmter Eingriff Privater in die Interessensphäre anderer zulässig sei, weil damit im Gesamtinteresse liegende Zielsetzungen verwirklicht werden. Wir nennen als Beispiel das Problem der Entscheidung, ob der Grundsatz der Freiheit vor fremder Stö-

²⁵³ Angesichts dieser großen Tragweite der Entscheidung ist deren tatsächsmäßige Untermauerung sehr knapp, und die diesbezügliche Kritik von MERZ, Kartellgesetz, S. 64, erscheint als gerechtfertigt. Das Bundesgericht anerkennt dies in seinem Entscheid i. S. Rentschnik, (BGE 94 II 339). Das Bundesgericht beschränkt sich allerdings nicht darauf, festzustellen, in Zukunft müsse vom Kartell verlangt werden «la preuve de faits qui permettent au juge de se convaincre de l'existence d'intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 L Cart.»; womit es die Kritik MERZs betreffend die ungenügende tatbeständliche Untermauerung der im Urteil Martin enthaltenen wirtschaftspolitischen Werturteile anerkennt. Das Bundesgericht geht vielmehr einen Schritt weiter und zitiert DESCHENAUX, *Esprit de la loi*, S. 218, insbesondere den Satz: «Seuls les intérêts privés qui sont positivement dans l'intérêt général, c'est-à-dire qui favorisent un développement heureux de l'économie nationale, peuvent servir à justifier des entraves à la concurrence de tiers.» Es fährt dann fort: «Cette interprétation de la loi est commandée par l'analyse des exemples donnés à l'art. 5 L Cart. qui l'emporte sur l'opinion exprimée dans le Message du Conseil fédéral.» Abgesehen davon, daß die späteren, zurückhaltenderen Äußerungen DESCHENAUX (vgl. vorne N. 186 sowie neuestens in *Effets*, S. 86) nicht berücksichtigt werden, erscheint diese – für die Entscheidung des konkreten Falles auch unnötige – Feststellung viel zu allgemein und ihrerseits gar nicht substantiiert.

rung dem öffentlichen Interesse an Information und freier Meinungsbildung weichen müsse.

Die Presse greift bei ihrer Tätigkeit häufig in die Persönlichkeitssphäre Dritter ein. Das Recht am eigenen Bild, das Recht auf eine Intimsphäre und auch die Ehre zahlreicher Menschen geraten dabei immer wieder in Konflikt mit dem Interesse der Presse an der Information des Publikums. Bei Bestimmung des Ausmaßes solcher Eingriffe, welche der Betroffene dulden muß, taucht stets die Frage auf, ob das Interesse der Presse die privaten Interessen allfällig Verletzter überwiege, sofern nämlich die Presse eine im Gemeinwohl (Gesamtinteresse) liegende Aufgabe erfüllt. Wird das Bestehen einer solchen Aufgabe grundsätzlich bejaht, so wird «Überwiegen» der Interessen der Presse gegenüber denjenigen des Betroffenen zu bejahen sein, sofern dessen «Behinderung» in Erfüllung dieser Aufgabe erfolgt und dafür unumgänglich ist²⁵⁴.

In prinzipieller, struktureller Hinsicht ist die vom Richter in den vorgehend besprochenen Fällen zu treffende Entscheidung durchaus vergleichbar mit derjenigen bei Anwendung des Art. 5 KG auf Konfliktsituationen der Kategorie (II). Hier wie dort ist eine von Privaten verfolgte Zielsetzung vom Blickpunkt des Gesamtinteresses aus wertend zu beurteilen, und es ist zu entscheiden, ob das Interesse des Betroffenen an seiner Freiheitsbetätigung dem Gesamtinteresse an der Verwirklichung der in Frage stehenden Zielsetzung unterzuordnen sei. Die Entscheidungssituation bei Anwendung des Art. 5 KG ist jedoch charakterisiert einmal durch die Komplexität der relevanten tatsächlichen Verhältnisse und sodann dadurch, daß der anzuwendende Wertmaßstab durch BV und KG verhältnismäßig wenig konkretisiert ist.

Es soll nicht untersucht werden, ob in einer die Privatautonomie sowie das Prinzip der Gleichwertigkeit anerkennenden Rechtsordnung ein höherer normativer Konkreti-

²⁵⁴ Vgl. FREY, S. 105.

sierungsgrad überhaupt zu erreichen wäre. Wir neigen dazu, dies ernsthaft zu bezweifeln und mit STOCKER (S. 269) anzunehmen, daß

«... weder generell noch enumerativ die definitorische Fixierung der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen im voraus befriedigend möglich» ist. «In Anbetracht der Vielgestaltigkeit und wirkungsmäßigen Uneinheitlichkeit der Konkurrenzbeschränkung werden Hinweise auf das Gesamtinteresse oder andere analoge Formulierungen kaum viel mehr bedeuten können als eine Aufforderung zur Wirkungsanalyse und Interessenabwägung. In jedem mißbrauchsverdächtigen Fall sind eben die volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile zu ermitteln und einander gegenüberzustellen, wobei sich dieses Vorgehen an der Erkenntnis inspiriert, daß derselbe Beschränkungstatbestand unter unterschiedlichen Voraussetzungen volkswirtschaftlich auch in einem recht unterschiedlichen Licht erscheinen kann.»

Es geht uns hier um die Ermittlung und Charakterisierung der dem Richter durch BV und KG tatsächlich gestellten Aufgaben.

Zu III

Tatbeständliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 22 KG ist der durch eine Sonderuntersuchung der Kartellkommission festgestellte «Ausschluß» oder die «erhebliche Beeinträchtigung» des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder Beruf durch ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so

²⁵⁵ Die von MERZ, Kartellgesetz, S. 112, gestützt auf das Konzept der «Institutionalisierung des freien Wettbewerbs» durch die BV entwickelte These, die «Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung könne sich auch ergeben, wenn der konkrete Nachweis schädlicher Einzelwirkungen nicht vorliegt, wenn aber ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf ausschließt oder erheblich beeinträchtigt, ohne daß Gründe des Gesamtwohls dies zu rechtfertigen vermöchten», würde eine Umkehrung der Beweislast bewirken; diese liegt nach der Systematik des verwaltungsrechtlichen Teils eindeutig beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement. In diesem Sinne auch DESCHENEAUX, Effets, S. 87.

hat der Richter auf Klage des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements hin zu beurteilen, ob der durch das Kartell bzw. die kartellähnliche Organisation geschaffene Zustand mit dem Gesamtinteresse unvereinbar sei²⁵⁵. Um diese Frage beantworten zu können, muß der Richter sich über die im Gesamtinteresse liegende Gestaltung des Wirtschaftsablaufs im betreffenden Wirtschaftszweig oder Beruf Klarheit schaffen. In ihrem Wesen entspricht die ihm damit gestellte Aufgabe denjenigen bei Fällen der Kategorie (II). Dort ist wohl der zu beurteilende Tatbestand enger begrenzt, da Ausgangspunkt eine spezifisch gegen ein oder mehrere Rechtssubjekte gerichtete kartellistische Vorkehr bildet. Kriterium für deren Rechtfertigung ist indessen ihre Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse. Entscheidungsgrundlage ist also in beiden Kategorien eine konkrete Vorstellung darüber, welche Gestaltung des Wirtschaftsablaufs vom Gesamtinteresse aus gesehen wünschenswert erscheint. Das zur Charakterisierung der vom Richter zu lösenden Aufgabe vorne S. 140 ff. Gesagte, gilt somit auch für die Fälle der Kategorie (III).

Eine der hier besprochenen vergleichbare Aufgabe ist dem Kartellgericht nach § 18 Ziff. 5 des österreichischen Kartellgesetzes in der Fassung vom 13. Juni 1962 gestellt²⁵⁶. Danach

²⁵⁵ § 18 lautet: «Die Eintragung ist zu bewilligen, wenn sämtliche der nachfolgenden Voraussetzungen zutreffen:

1. die Vereinbarung schriftlich abgeschlossen ist und dem § 12 entspricht;
2. die Anmeldung dem § 13 Abs. 3 entspricht;
3. die Vereinbarung keine Verpflichtungen oder Bestimmungen enthält,
 - a) ausschließlich solche Waren abzusetzen oder solche Leistungen zu erbringen, die Gegenstand der Vereinbarung sind,
 - b) bei dem Absatz der Waren oder der Erbringung der Leistungen, die Gegenstand der Vereinbarung sind, bestimmte Personen oder Personengruppen trotz ihrer Bereitwilligkeit, die vorgeschriebenen Bedingungen zu erfüllen, die hinsichtlich der Anforderungen an die fachliche Befähigung nicht

bedarf ein Kartellvertrag zu seiner Gültigkeit, also zur gerichtlichen Durchsetzbarkeit, der vorherigen Prüfung auf seine «volkswirtschaftliche Rechtfertigung». Diese Aufgabe wird der den schweizerischen rechtsanwendenden Behörden gestellten dadurch noch angenähert, daß offenbar nach österreichischer Praxis und Doktrin auch volkswirtschaftlich neutrale Vereinbarungen als «gerechtfertigt» betrachtet werden²⁵⁷, so daß also die Vereinbarkeit von Kartellen mit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse zu prüfen ist. Im Unterschied zum schweizerischen KG spricht aber das österreichische KG nur von «volkswirtschaftlicher Rechtfertigung», so daß z. B. soziale Erwägungen außer Betracht fallen²⁵⁸. In dem dergestalt beschränkten Rahmen ist jedoch eine «Gesamtprüfung» vorzunehmen, wobei volkswirtschaftlich schädliche Kartellauswirkungen etwaigen positiven Wirkungen gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen sind. Für Einzelheiten dieses Wertungsprozesses sei auf die zitierte Arbeit STREISSLERS verwiesen. Dieser betont in seinen allgemeinen Ausführungen, es sei unmöglich, bei Ermittlung des gesamtwirtschaftlichen Gerechtfertig- seins eines Kartells «ohne Werturteile auszukommen, ohne

über bestehende Rechtsvorschriften hinausgehen dürfen, ganz oder teilweise auszuschließen,

- c) den Absatz von Waren oder die Erbringung von Leistungen, die denjenigen, auf die sich die Vereinbarung bezieht, gleichartig oder ähnlich sind, nur unter bestimmten, den Preis (Entgelt) oder die Menge betreffenden Einschränkungen durchzuführen,
- 4. die Vereinbarung nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten (§ 879 ABGB.) verstößt;
- 5. die Vereinbarung unter besonderer Bedachtnahme auf die Interessen der Letztverbraucher volkswirtschaftlich gerechtfertigt erscheint. Dabei ist auch auf etwaige schwerwiegende betriebliche Nachteile Bedacht zu nehmen, die den Kartellteilnehmern dadurch entstehen könnten, daß die Eintragung nicht bewilligt wird.»

²⁵⁷ Vgl. STREISSLER, S. 34.

²⁵⁸ STREISSLER, a.a.O., S. 41.

Urteile, was mehr nützlich als etwas anderes schädlich ist» (a.a.O., S. 12). Er hebt hervor, daß damit «das Kartellgericht vor eine schwierige artfremde Aufgabe dispositiver Rechtsgestaltung gestellt wird» (a.a.O., S. 50) und daß für das Gericht «stets am schwierigsten bleiben wird, die wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte zu finden, die jeweils seinen Entscheidungen zugrunde zu legen sind» (a.a.O., S. 51). STREISSLER erklärt jedoch, trotz dieser Bedenken, «es würde zu schwer fallen, in diesem Zeitpunkt das ja schon in vieler Hinsicht bewährte gerichtliche Verfahren umzustoßen» (a.a.O., S. 50) und stellt fest, das Kartellobergericht habe «im großen und ganzen in seinen Entscheidungen im Gewühl der unsachlichen Interessenargumente einen wirtschaftlichen Scharfsinn an den Tag gelegt, der einem Nationalökonomie nur Bewunderung abringen kann» (a.a.O., S. 42).

Zur Beurteilung volkswirtschaftlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen ist die EWG-Kommission nach Art.85, Abs.3 EWGV berufen. Danach können die Verbotsbestimmungen des ersten Absatzes des Art.85 für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen usw., «die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten».

Bei Anwendung dieser Bestimmung sind also unter Abs. 1 des Art.85 fallende kartellistische Wettbewerbsbeschränkungen vom Standpunkt des Gesamtinteresses aus zu würdigen, allerdings unter Beschränkung solcher Würdigung auf spezifische wirtschaftliche Gesichtspunkte. In diesem begrenzten Rahmen sind die von der EWG-Kommission zu treffenden, an den Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften weiterziehbaren, Entscheidungen ihrem Gegen-

stande nach vergleichbar mit den bei Anwendung des KG in den hier besprochenen Fällen vorzunehmenden Wertungen. Funktionell kommt ihnen allerdings, entsprechend der Verschiedenheit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Konzeptionen der beiden Rechtsordnungen, verschiedene Bedeutung zu.

Ähnliches lässt sich sagen mit Bezug auf gewisse bei Anwendung der Ausnahmebestimmungen des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu treffende Entscheidungen. So gilt z. B. § 1 dieses Gesetzes, der die Unwirksamkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen statuiert, nicht (Sperrungen im folgenden vom Verf.)

«für Verträge und Beschlüsse über Rabatte bei der Lieferung von Waren, soweit diese Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen und nicht zu einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung von Wirtschaftsstufen oder von Abnehmern der gleichen Wirtschaftsstufe führen, die gegenüber dem Lieferanten die gleiche Leistung bei der Abnahme von Waren erbringen».

Nach § 4 kann

«die Kartellbehörde im Falle eines auf nachhaltiger Änderung der Nachfrage beruhenden Absatzrückganges auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschuß der in § 1 bezeichneten Art ... erteilen, wenn der Vertrag oder Beschuß notwendig ist, um eine planmäßige Anpassung der Kapazität an den Bedarf herbeizuführen, und die Regelung unter Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erfolgt.» Schließlich sei noch § 8 erwähnt, wonach der Bundesminister für Wirtschaft «die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschuß im Sinne des § 1 erteilen kann, wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegender Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist».

Insofern es im amerikanischen «Antitrustrecht in jedem Fall um eine pragmatische Beurteilung der Angemessenheit von Handelspraktiken unter gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten geht»²⁵⁹, könnten die bei dessen Anwendung

²⁵⁹ LOEVINGER, S.594.

zu treffenden Entscheidungen ebenfalls mit denjenigen der hier besprochenen Kategorien (II) und (III) verglichen werden. Indessen ist dort Maßstab für die Rechtfertigung einschränkender Handelspraktiken «auf jeden Fall ... die Frage, ob die betreffende Verhaltensweise mit der Aufrechterhaltung eines freien und vollständigen Wettbewerbs vereinbar» sei²⁶⁰. Die daraus resultierende Verschiedenheit des Beweisthemas gegenüber demjenigen in den hier besprochenen Fällen der Kategorien (II) und (III) schließt einen fruchtbaren Vergleich aus. Angesichts dieses fundamentalen Unterschiedes zwischen dem amerikanischen Antitrustrecht und dem schweizerischen KG muß der an und für sich interessante Versuch SCHLUEPS, Konzepte jenes Rechts auf dieses zu übertragen, skeptisch beurteilt werden. Wie wir schon ausführten, können wir SCHLUEPS dabei entwickelten Thesen nicht zustimmen²⁶¹. Insbesondere trifft es, wie wir zu zeigen versuchten, nicht zu, daß bei Anwendung des KG «der Richter von der schwierigen Aufgabe, vernünftige Wettbewerbsbeschränkungen von unvernünftigen zu scheiden» enthoben sei²⁶², und daß «der Schutz des ‹möglichen Wettbewerbs› die per se-Ausprägung der wettbewerbspolitischen Komponente des Gesamtinteresses» sei (a.a.O., S. 63). Will man mit dem Begriff der «Rule of Reason», wie ihn SCHLUEP für das amerikanische Antitrustrecht definiert (a.a.O., S. 71), überhaupt operieren, so müßte wohl gesagt werden, diese «Rule» stehe in der Schweiz am Anfang ihrer Entwicklung. Zweifellos bedarf es auch bei Anwendung des KG «verfeinerter teleologischer Interpretation mit spezifischem Beweisthema»; es ist nicht ausgeschlossen, ja sogar wahrscheinlich, daß es zur «Ausgliederung generell-abstrakter Vermutungen zur Erleichterung der Rechtsanwendung» kommen wird, indessen enthält das KG selber keine solchen («per se») Tatbestände.

²⁶⁰ LOEVINGER, a.a.O., S.597.

²⁶¹ Vgl. vorne S.57/S.130f.

²⁶² Rule of Reason, S.69.

§ 8

Die dem Richter²⁶³ bei Entscheidung von Fällen der beiden Kategorien (II) und (III) gestellte zentrale Aufgabe besteht darin, ausgehend von den in der BV und im KG enthaltenen bzw. daraus ableitbaren Wertungen, die Vorstellung über die im Gesamtinteresse liegende Orientierung bzw. Ordnung des Wirtschaftsablaufes zu konkretisieren. Auf dieser Grundlage hat er zu entscheiden, ob die seitens eines Kartells bzw. einer kartellähnlichen Organisation angestrebte bzw. geschaffene Ordnung des Wirtschaftsablaufes mit dieser richterlich konkretisierten Ordnungsvorstellung vereinbar sei. Damit ist dem Richter eine zweifellos sehr schwierige und in vielen Fällen komplizierte, umfangreiche tatbeständliche Abklärungen erfordernde, Aufgabe überbunden. Sie enthält ein politisches Element²⁶⁴. Dieses

²⁶³ Die Aufgabe der Kartellkommission bei Durchführung von Sonderuntersuchungen ist in gleicher Weise zu charakterisieren. Zwar haben diese nach Art. 20 KG abzuklären, «ob bestimmte Kartelle oder ähnliche Organisationen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen». Da die Sonderuntersuchung u. U. Grundlage für eine verwaltungsrechtliche Klage nach Art. 22 KG bildet, und die Kartellkommission bei ihrem gemäß Art. 20, Abs. 3 an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement zu stellenden Antrag sich vor allem darüber aussprechen muß, ob ihres Erachtens eine solche Klage zu erheben sei (SCHÜRMANN, Kommentar, S. 160), wird die Kommission auch die Frage der Unvereinbarkeit etwa festgestellter «volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Kartellauswirkungen» mit dem Gesamtinteresse prüfen müssen.

²⁶⁴ GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 137, «Die politische Forderung, die sich im Gesetzgebungsverfahren zur objektiven Norm verwandeln soll, hat sich nicht gänzlich zu einer festen Regel verdichtet. Der Gesetzgeber ist nicht zum Ziel gelangt. Er hat nicht eine inhaltlich bestimmte Vorschrift mit allen Tatbestands-elementen und der genauen Rechtsfolge aufgestellt. Die Vollendung der Gesetzgebungsarbeit wird den rechtsanwendenden

kann, allerdings vereinfachend, identifiziert werden mit der Entscheidung, welcher der durch unsere Rechtsordnung prinzipiell als gleichwertig anerkannten Arten der Freiheitsbetätigung im konkreten Fall die Priorität zukommen soll. Der Richter oder die Kartellkommisison dürfen sich dieser Aufgabe nicht dadurch entziehen, daß gewisse Auswirkungen kartellistischer Freiheitsbetätigung als *a priori* («*per se*»), ohne weiteres volkswirtschaftlich oder sozial schädlich, bzw. mit dem Gesamtinteresse unvereinbar und deshalb verboten betrachtet werden. Ebensowenig kann für ein «Ausweichen» vor dieser Aufgabe, die vor allem von national-ökonomischer Seite vertretene These angerufen werden, «Marktergebnisnormen seien ein untaugliches Mittel zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen», als wettbewerbspolitische Norm könne nur der freie, unbeschränkte «funktionsfähige Wettbewerb» dienen, welcher «durch Marktstrukturmöglichkeiten und Marktverhaltensnormen definiert» werde²⁶⁵. Die geltende schweizerische Rechtsordnung hat einen anderen Weg beschritten²⁶⁶. Hauptzweck unserer Arbeit ist es, die sich daraus für die rechtsanwendenden Behördenstellenden Aufgaben zu identifizieren und zu charakterisieren. Die *de lege ferenda* immer wieder aufgeworfene Frage, ob die dem Richter bei Anwendung der Art. 5 und 22 KG übertragenen Aufgaben «justizierbar» seien²⁶⁷, ist mit Erlaß des KG, zumindest in dieser Form, obsolet geworden. Die Aufgaben sind gestellt und müssen erfüllt werden. Es geht nun darum, sie in ihrer Eigenart zu erkennen und ihren systema-

Behörden überlassen, die demgemäß ein nicht vollständig «entpolitisertes» Werkzeug an die Hand bekommen»; VUARIDEL, Problèmes, S. 286.

²⁶⁵ So z. B. HOPPMANN, Workable Competition, S. 261 und 271.

²⁶⁶ Zur Relevanz der Marktergebnisse SCHÜRMANN, Praxis, S. 8.

²⁶⁷ Vgl. z. B. HUBER, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, S. 551 ff.; Interventionismus, S. 185/195; Enteignung, S. 67; MERZ, RabelsZ, S. 14/15; GIGER, Schranken, S. 72; NEF, Richterlicher Schutz, S. 203; IMBODEN, Verbandsstaat, S. 217.

tischen Ort in unserer Rechtsordnung zu bestimmen. Hierbei sind die in der Diskussion um die «Justiziabilität» entwickelten Gedanken zu berücksichtigen. Bei dieser Untersuchung, deren Weiterverfolgung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wird sich wahrscheinlich zeigen, daß die dem Richter gestellten Aufgaben nicht radikal neu oder «artfremd» sind; daß aber das «politische Element», welches richterliche Entscheidungen auch in anderen Rechtsgebieten in mehr oder weniger starkem Maße enthalten²⁶⁸, im Bereich des Kartellgesetzes zuweilen besonders ausgeprägt ist. Dies wiederum dürfte durch die Natur der Sache bedingt sein, welche es verunmöglicht, die in Frage stehenden Wertentscheidungen unabhängig von den Umständen des einzelnen Falles in generell-abstrakter Form zu treffen²⁶⁹. Dem Richter wäre somit aufgetragen, unter Berücksichtigung und Konkretisierung der in Verfassung und Gesetz enthaltenen Grundwertordnung je im einzelnen Fall nach genauerster Abklärung der jeweiligen konkreten Umstände das Gleichgewicht zwischen Privatinteressen und Gesamtinteresse herzustellen, bzw. zu erhalten.

Im Laufe der Zeit wird dieses Vorgehen mit größter Wahrscheinlichkeit zur Entwicklung gewisser Tatbestands-Typen führen, deren Vorliegen erfahrungsgemäß in der Regel bestimmte tatsächliche und rechtliche Schlußfolgerungen rechtfertigt. Die Rechtsanwendung muß sich zu solcher Typisierung «langsam» vortasten²⁷⁰. Sie darf die dazu führenden Stadien der Erfahrungssammlung nicht überspringen.

²⁶⁸ Vgl. IMBODEN, a.a.O., S. 215: «Aufs Ganze gesehen hat die Justiz einen wesentlichen Zuwachs an politischer Bedeutung zu verzeichnen.»

²⁶⁹ Vgl. vorne S. 149 f.

²⁷⁰ RITTNER; SCHÜRMANN, Kartellkommission, S. 7; STOCKER, S. 274, der darauf hinweist, daß «oft erst eine langjährige Praxis den Gesetzestexten einen präziseren wettbewerbspolitischen Inhalt zu geben vermag», und daß in diesem Sinne «die meisten, insbesondere die noch relativ jungen europäischen Wettbewerbsgesetze noch immer in Konsolidierung begriffen sind».

gen, indem sie Tatbestands-Typen «rezipiert», welche auf anderen normativen Grundlagen entwickelt worden sind.

Die vereinten Bemühungen der Rechtswissenschaft und der Wirtschaftswissenschaft müssen darauf gerichtet werden, die Behörden bei der Lösung dieser auf Grund des KG unausweichlichen Aufgaben zu unterstützen. Dabei obliegt es der Rechtswissenschaft vor allem, die Fragestellungen klar herauszuarbeiten und damit die für deren Beantwortung wesentlichen Sachverhalte zu bezeichnen. Vorsichtige, die Unterschiede in den wirtschaftsordnungspolitischen Grundlagen berücksichtigende Rechtsvergleichung wird hier von hohem Nutzen sein.

Die Wirtschaftswissenschaft wird sich ihrerseits bemühen müssen, die Auswirkungen kartellistischer Verhaltensweisen möglichst genau zu erfassen; dabei muß sie die Gesichtspunkte im Auge behalten, welche für die bei Anwendung des KG zu treffenden Entscheidungen relevant sind. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen bilden schließlich die Grundlage für die durch die rechtsanwendenden Behörden zu treffenden Werturteile.