

**Florian Josef Hoffmann**

**Rede aus Anlass der Mitgliederversammlung 2009  
der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau  
des Bundesverbandes der Bauindustrie  
am 24. April 2009 in Avignon**

**Kartellrecht - Vordergründe, Hintergründe, Abgründe**

Sehr geehrte Damen und Herren,

bevor ich mit meinen Ausführungen beginne, möchte ich mich bei meinen Gastgebern bedanken, dass Sie mir die Gelegenheit geben, dieses für mich so aufregende Thema „Kartellrecht“ hier heute mehr oder weniger öffentlich zu betrachten.

Das Besondere ist, dass ich - wie schon der Titel ahnen lässt - das Thema aus einem Blickwinkel betrachte, der nicht der allgemeinen Auffassung, der nicht dem Mainstream entspricht. Sie können es schon am Wort „Trust“ im Namen des Instituts erkennen, das die Gegenposition zum „antitrust law“ markieren soll.

Den Mut meiner Gastgeber möchte ich damit belohnen, dass ich zu den drei Punkten der Gliederung (Vordergründe, Hintergründe, Abgründe) einen vierten voranstelle, nämlich den Punkt „Gefahren“.

Mit dem Wort „Gefahren“ ist erkennbar eine Warnung verbunden, womit ich sagen will: Wenn ich hier andere Einsichten vermittele, so ist deren bedenkenlose Anwendung möglicherweise mit erheblichen Gefahren verbunden. Deshalb mein Rat: Wenden Sie meine abweichende Meinung bitte nur dann an, wenn Sie zuvor ernsthaft Ihren Kartellanwalt gefragt haben. Von einem Kavaliersdelikt kann heutzutage keine Rede mehr sein - was aber natürlich den einen oder anderen nicht daran hindern soll, sich im politischen Bereich meiner Meinung anzuschließen.

Und hier möchte ich inhaltlich mit dem eigentlichen Thema beginnen und darf mich noch einmal auf die Überschrift beziehen: Ich beginne mit den Vordergründen, mache ein paar Ausführungen zu den Hintergründen und ende mit den Abgründen. Erst also zu den Vordergründen:

Wer Kartellrecht betreibt, betreibt Verwaltungsrecht.

EU-TRUST - European Trust Institute

Leitung: RA Florian J. Hoffmann  
Am Flugfeld 37  
D-40489 Düsseldorf

Tel. +49 211 2003331  
Fax +49 211 2003332  
florian.hoffmann@eu-trust.org

Ich habe mich zu Beginn meiner Anwaltskarriere auch gelegentlich mit Verwaltungsrecht beschäftigt. Nichts gegen das höchst interessante Rechtsgebiet, aber die Regelstreitwerte von damals viertausend DM hängen einem bei so viel Arbeit schnell zum Hals heraus. Das Problem mit den niedrigen Streitwerten haben Kartellrechtler sicherlich nicht. Aber auch sie hängen an den Lippen von Behördenpersonal, aber - anders als bei den Ausländerbehörden oder Schulbehörden - bei ihnen lohnt es sich wenigstens. Und da das Zentrum ihres Interesses das Bundeskartellamt ist, treffen sich die Kollegen eigentlich immer in denselben Gängen in Bonn oder beim OLG Düsseldorf, man kennt sich, tauscht sich über die persönlichen Eigenheiten der Mitarbeiter des Amtes aus, lädt sie zu Veranstaltungen und zu Vorträgen ein, man analysiert ihr Denken. Das Ganze dient dem Wohl des Mandanten. Mit bei den Veranstaltungen zu Gast sind am Ende auch Jura-Professoren und Professoren der Nationalökonomie. Man ist sich einig, eine gute Sache zu verfolgen, alle schützen den Wettbewerb. Man kennt sich, freundet sich an, man wird zur „Kartell-Familie“. Beobachtend dabei bei den eleganteren Treffen der Kartellfamilie sind manchmal Justizminister und Staatssekretäre, oder Abgeordnete aller Parlamente, sogar Mitglieder von Kartellsenaten, also von Gerichten.

Dagegen gibt es nichts einzuwenden. Ein Geschmäcke bekommt die Sache, wenn man vom Leiter der Rechtsabteilung eines deutschen Dax-Unternehmens den Satz gesagt bekommt: „Wissen Sie, wonach wir unsere Kartellanwälte aussuchen? Danach, wer wen im Kartellamt duzt!“ Vor dem geistigen Auge sieht man Bundeskartellamt, den Honigtopf, um den Bienen schwirren.

Schon hier, verehrte Zuhörer, wird erkennbar, dass sich hinter solchen Vordergründen vielleicht doch Abgründe verstecken könnten.

Vordergründig aufschlussreich ist auch die Geschichte unseres Kartellrechts. Unser deutsches Kartellrecht wurde von Ludwig Erhard gegen den erbitterten Widerstand des BDI und ihres Präsidenten Heinz-Günter Sohl sowie der Bayerischen Landesregierung im Jahr 1957 als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen installiert. Installiert wurden damals zwei Bestimmungen, die sich letztlich ein US-amerikanischer Abgeordneter namens John Sherman im Jahr 1890 ausgedacht hatte. John Sherman war ein ehrenwerter Mann, der nichts anderes wollte, als ein paar Raubtierkapitalisten in die Schranken zu weisen.

Einer der Räuber war ein gewisser Mr. Rockefeller, der in Texas sein Unwesen trieb und der gelegentlich seine Mitbewerber oder Mitglieder seines Montagsclubs mit Unterstützung der dort üblichen Schussinstrumente dazu bewegte, auf seine Vorstellungen von Marktpreisen für Öl einzugehen. Auch andere Namen sind bekannt, die Carnegies, die Vanderbuilts, alles keine Weisenknaben. Gegen ihr Verhalten wandte sich dieser republikanische Abgeordnete Sherman. Er formulierte in zwei Paragraphen das Verbot jeglicher Preisabsprachen und den Missbrauch von Marktmacht, den Sherman Antitrust Act. Die Zielrichtung der beiden Vorschriften in diesem Umfeld leuchtet jedermann ein. Durch Preisabsprachen ergaben sich höhere Preise, d. h. Mr. Rockefeller wurde noch reicher. Mit diesem Geld konnte er seine Marktposition festigen und die Mitbewerber sei-

nen Marktregeln unterwerfen, also seine Marktmacht auf allerlei Weise missbrauchen.

Im ersten Moment kann man am Sherman Act nichts Böses erkennen. Den bösen Buben musste das Handwerk gelegt werden. Erst eine Gesamtschau eröffnet neue Einsichten:

Wir befinden uns in Texas, also im Wilden Westen. Die Menschheit hat soeben die Gründerzeit hinter sich. Die USA hatten eine Verfassung von 1.000 Worten, und sonst fast nichts. Zu diesem Zeitpunkt bestand in den USA eine Regelungsdichte, die wahrscheinlich von der Dichte der Regelungen der Ureinwohner ihres Landes, also Regelungsdichte der Indianervölker, übertroffen wurde. D. h. es galt das Recht des Stärkeren. Sheriffs und Marshalls und deren Colt waren das Gesetz.

In Europa huldigte man zur selben Zeit den Kartellen, weil die Wirtschaft in den siebziger Jahren nach dem Zusammenbruch einer unkoordinierten Spekulationsblase sechs Jahre lang darnieder lag und man im Rahmen vertraglicher Koordination Gewinne und Wohlstand wachsen sah. Eines der berühmtesten Beispiele ist die Vereinigung der Eisenbahngesellschaften durch unseren Kaiser zur Reichsbahn. Eine Milliarde Goldmark Gewinn pro Jahr war der Lohn der guten Tat. Im Schatten solcher Gewinne entstanden damals auch die Kammern des Handels, der Industrie und des Handwerks. Im Schatten solcher Gewinne entfalteten Gewerkschaften und Sozialgesetze ihre Wirkung. Derlei Kartelle hatten schon damals Tradition. Schon seit Jahrhunderten gab es für Gewerbe, Handwerk und Handel Zünfte, Innungen und Gilden. Kommunale Marktregeln, die Kartelle pflegten, waren über Jahrhunderte als Institutionen etabliert. Kein Zweifel, dass die Wirtschaft und ihre Organisation damit einen entwicklungsgeschichtlichen Hintergrund hatte, eine kulturelle Vorgeschichte.

Eine Frage stellt sich doch an dieser Stelle: Was macht es für einen Sinn, ein Gesetz abzuschreiben, ein Gesetz zu importieren, das unter völlig anderen Voraussetzungen entstanden ist und dessen wesentliche Voraussetzung für seine Anwendung - nämlich das Fehlen jeglicher Regelung im Umfeld - überhaupt nicht vorliegt?

Was hier vordergründig als Frage auftaucht, weist einen Weg zu weiteren Vordergründen. Preisabsprachen sind in unserer geregelten Welt gang und gebe, sind überall üblich. Jedermann kennt es, jedermann weiß, dass auf allen unseren Obst- und Gemüsemärkten vor 17 Uhr Preisabschläge verboten sind. Ich rede hier von Zigtausenden täglichen Märkten in ganz Deutschland. Und wie geschieht dort die tägliche Preisbildung und Preisbindung? Morgens um fünf auf dem Großmarkt sind die Kisten umgeladen auf die Kleintransporter. Die Marktleute treffen sich anschließend beim Kaffee und bereden, was man so für die Bananen oder der Erdbeeren bezahlt hat und was man haben muss, um mit Ertrag nach Hause zu gehen und - was man auf dem Markt verlangen kann. Man einigt sich auf den Tagespreis für Produkte gleicher Güte die auf demselben Markt verkauft werden. Jeden Tag. Jeden Tag mindestens zehntausendfach.

Nur in Deutschland? Nein sicherlich auch hier in Frankreich, Spanien, Italien und sonst wo auf der Welt. Überall nur Preisabsprachen.

Und wir sind über die Jahrhunderte mit solchen Marktordnungen nicht so schlecht gefahren. Oder nehmen sie die Gebührenordnungen für Anwälte, Notare, Steuerberater, Architekten und andere. Den Gebührenordnungen wohnt die Eigenschaft inne, dass sie Qualitätswettbewerb auslösen. Oder nehmen Sie die Buchpreisbindung. Sie ist der Mutterboden unseres vielfältigen Verlagswesens. Die höheren Preise erlauben auch die Produktion kleinerer Serien von Büchern, Zeitungen und Zeitschriften. Sie verhindern die Aldisierung der Bücherwelt. Mancher Kiosk überlebt nur noch ihretwegen.

Schon hier fragt man sich, weshalb in anderen Branchen regelmäßig der Staatsanwalt auftaucht, wenn Preisabsprachen vermutet werden. Und ganz zweifelhaft werden die Kartellgesetze dann, wenn sie, wie heute üblich, den Schutz des Verbrauchers vor dem bösen Kaufmann zu Ziel haben. Der Sherman Antitrust Act hatte nicht den Schutz des Verbrauchers, sondern den Schutz der Mitbewerber, den Schutz der kleineren Kaufleute zum Ziel, weil es eben keine anderen institutionalisierten Regelungen gab, um die Seite der Anbieter zu regulieren. Ein Mr. Rockefeller hätte in unserer zivilisierten Welt keine Chance gehabt, so übel mit seinen Mitbewerbern so umzugehen. Und ein Mr. Sherman wäre bei uns nie auf die Idee gekommen, sich mit einem solchen Kahlschlag gegen Trusts aufzulehnen.

Und also fragt man sich, wie kommt unser guter Ludwig Erhard auf die Idee, sich sein halbes Leben lang und am Ende mit Erfolg, aber auch gegen den erbitterten Widerstand maßgeblicher Experten, dieses Gesetz, das „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, im Gesetzgebungsverfahren durchzudrücken? Ich habe da eine Vermutung: Es waren wohl seine schlechten Erfahrungen mit den rigiden Kartellen der fränkischen und thüringischen Porzellanindustrie in der Vorkriegszeit, also in den dreißiger Jahren. Erhard waren damals in Nürnberg Kolumnist und Lobbyist der Porzellanindustrie. Ihm waren diese Kartelle zu eng. Er sah die Wirtschaftskrise auch als Folge zu enger Kartelle, forderte von den Porzellanern Aufbruch, wohingegen diese lieber ihre hinterwäldlerischen Sitten pflegten.

Und das Unglück hat einen zweiten Namen und der heißt „Neoklassische Wirtschaftstheorie“. Ich will Sie hier nicht mit einem Theorienstreit langweilen. Nur so viel: Die Neoklassik hat in den vergangenen einhundert Jahren einen unbeschreiblichen Siegeszug hinter sich, den niemand wirklich versteht, weil - so gut ist sie nicht. Sie ist die Standardtheorie, die an unseren Universitäten gelehrt und abgefragt wird. Sie ist modellhaft-realitätsfern und eng. Aber sie hat das Glück, den Gottvater der Nationalökonomie, den schottischen Gelehrten Adam Smith, zum Urahn zu haben. Smith war ein Freund des Wohlstands der Nationen, aber eben kein Freund der Kaufleute. Sie verdächtigte er der Verschwörung durch Preisabsprachen. Viele kennen den Passus, wo er sagt, dass sich die Kaufleute bei allen Gelegenheiten und Veranstaltungen zusammentun und über Preise reden und sich gegen die Kunden „verschwören“.

Wenn Sie so wollen, ist Adam Smith, der Klassiker, der Vater des ganzen Unglücks. Denn weil er die Kaufleute der Verschwörung bezichtigte, also einer Straftat, machte sie zu Kriminellen. Der simple Anmerkung vor mehr als 200 Jahren aus legendärem Munde ausgesprochen, hat bis heute zur Folge, dass in Amerika und zwischenzeitlich auch in England, Kaufleute für Preisabsprachen ins Gefängnis wandern.

Und ein weiteres Unglück: Ich weiß nicht wer das berühmte Dreieck erfand, aber sie alle kennen es: Oben das böse Monopol, auf halber Höhe das Oligopol, na ja, geht so, und unten das optimale Polypol, der freie Wettbewerb. Auf dieses Dreieck haben sich die Ökonomen aller Couleur geeinigt. Es gibt hier von Karl Marx bis Milton Friedman keinen Dissens - was allein schon zu denken geben sollte. Und dummerweise passt diese neoklassische Theorie genau mit dem Sherman Act zusammen. Beider Ideal ist der unbeschränkte, der schrankenlose, der vollkommene Wettbewerb. Nur keine Beschränkungen durch Mengenregulierung oder Preisabsprachen. Alles angeblich wettbewerbswidrig. Und also haben wir ein Kartellgesetz, das seine Entsprechung in einer Theorie hat, die als praxisferne Modelltheorie anerkannt ist. Die Phalanx aus Theorie und Gesetz steht unerschütterlich fest, obwohl wirklich jeder Kaufmann weiß, dass im vollkommenen Wettbewerb keine Angebotsknappheit herrscht, die Preise also gegen Null tendieren. Was das für das Geschäft bedeutet, sollten nicht nur die hier Anwesenden wissen.

Sie sehen meine Damen und Herren, mit meiner Vorstellung von Wettbewerb, einer Vorstellung, in der sich der Kaufmann privatwirtschaftlich und vertraglich mit seinen Mitbewerbern verbünden darf, erkennbar einen schweren Stand. Mancher von Ihnen wird sich deshalb fragen, ob es Sinn macht, solche Vorträge zu halten, wie ich es hier tue, weil die Aussichten, damit etwas zu ändern, doch vordergründig sehr schlecht zu sein scheinen. Weder die Vordergründe, noch die aufgezeichneten Hintergründe dürften geeignet sein, eine Änderung herbeizuführen - wären da nicht die Abgründe und natürlich die große Wirtschaftskrise.

Diese Krise hat vieles in Bewegung gesetzt. Einer der großen persönlichen Leidtragenden dieser Krise ist Warren Buffet. Er sprach im Januar von einem Klippensturz der amerikanischen Wirtschaft. Jack Welch, ehemals GE-Chef und Gigant des „shareholder value“ bezeichnet das Ganze heute als „blöde Idee“. Man sieht, neues Denken erlaubt. Aber nicht nur das, es ist auch nötig. Denn das Kartellrecht ist möglicherweise eines der größten Übel auf Gottes Erdboden.

Nehmen Sie nur das Mutterland des Wettbewerbs, das Mutterland von competition und catch as catch can, die USA, das lebendige Beispiel des intensiven Preiswettbewerbs. Zu intensiver Preiswettbewerb lässt keine Qualität zu. Es ist auch klar, warum: Man hat keine Muße. Sorgfältige schwäbische oder deutsche Langsamkeit, Muße bei der Herstellung von Qualitätsprodukten oder bei ihrer Entwicklung, hat keinen Raum. Investitionen in eine unsichere Forschungszukunft werden als teurer Luxus abgetan, obwohl gerade sie die Zukunft bedeuten. Das Ergebnis dort sind billige Wegwerfprodukte, eben ohne Zukunft: Die amerikanischen Häuser sind aus Holz und nicht aus Stein (Gipstechnologie höheren Grades ist unbekannt), die sind Autos aus Blech und nicht aus Hightech, das

Schuhwerk ist aus Gummi und Stoff und nicht aus Leder. Die Folgen für GM und Chrysler sind bekannt. Ein guter Freund - ehemals heißer Amerika-Fan - gab vor zwei Jahren sein Haus in Santa Monica auf, weil er den permanenten Ärger mit den Handwerkern nicht mehr ertrug.

Oder nehmen Sie das Thema „Einkommensverteilung“. Wer gezwungen wird, die niedrigsten Preise zu akzeptieren, zahlt am Ende die niedrigsten Löhne. Preise sind der Lohn des Kaufmanns und des Unternehmers. Wem soll es eigentlich nützen, wenn der Kaufmann oder das Unternehmen immer weniger verdient? Der Staat bekommt weniger Steuern, die Mitarbeiter weniger Lohn und der Verbraucher, der alles geschenkt bekommt, muss sich und seine Arbeitskraft am Ende auch selbst verschenken.

Und zuletzt: Unsere Umwelt: Natürlich will jeder billig einkaufen. Aber billig-billig ist doch auch die Aufforderung zur Verschwendung. Was nichts kostet, ist auch nichts wert. Der Sherman Act entfaltet seine Wirkung in den USA seit mehr als 100 Jahren. Mr. Rockefellers Ölpreis wurde herunterreguliert, seine Standard Oil Company in den zwanziger Jahren zerschlagen. Die Amerikaner hatten immer billige Energie im Überfluss, Power ohne Ende. Ihr Verbrauch kannte keine Grenzen. Die USA wurden zur größten Dreckschleuder der Welt. Sie haben das System der billigen Energie fast weltweit durchgesetzt und – sie haben damit die Klimakatastrophe auf abenteuerliche Weise beschleunigt. Auch das Artensterben ist dadurch erkennbar dramatisch beschleunigt geworden. Und alles nur deshalb, weil der rechtschaffene Mr. Sherman in bester Absicht die Märkte regeln und die kleinen Kaufleute vor den großen schützen wollte.

Es gäbe noch viel Spezielles zum Thema Kartellrecht zu sagen,

- z. B. dass der Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages bei der Verabschiedung des Kartellrechts im Jahr 1957 auf die Definition des Begriffes „Wettbewerb“ verzichtet hat und sie den Fachabteilungen überlassen hat,
- z. B. dass die Veröffentlichungen der Kartellämter oft nur deshalb erfolgen, weil sich die Behörden davon - wörtlich - eine „Pranger“-wirkung versprechen, (Mittelalter?)
- z. B. dass immer mehr mittelständische Branchen von den Kartellbehörden in den Kreis der „Verdächtigen“ einbezogen werden. Praktisch in der gesamten Wirtschaft wird Kriminalität, wird Betrugsverdacht am Verbraucher vermutet.

Die Liste der Hintergründe und Abgründe ließe sich fortsetzen. Alles dies zeugt von Defiziten an Verständnis für die Wirtschaft. Dagegen muss etwas getan werden, auch deshalb, weil die Soziale Marktwirtschaft in der Gefahr steht, abgewählt zu werden.

Wer so negativ redet wie ich hier, der sollte auch eine Lösung anbieten, muss etwas Besseres anbieten. Ich kann Ihnen da zwei Ansätze liefern: Der erste An-

satz ist ein wirtschaftstheoretischer, ist eine echte Definition des Begriffs „Wettbewerb“. Der zweite ist ein praktischer Ansatz, der die Sonderstellung der „homogenen Massengüter“ im Wettbewerb hervorhebt.

Zum ersten Punkt, zum theoretischen Ansatz, möchte ich nur so viel sagen, dass der Begriff „Wettbewerb“ seit Verabschiedung des Gesetzes nach wie vor weder in der Volkswirtschaftslehre noch in der Jurisprudenz klar definiert ist. Wir leisten uns ein Wettbewerbsrecht und wissen nicht, was Wettbewerb überhaupt ist! Schon allein das ist verfassungswidrig!

Der zweite Ansatz ist betriebswirtschaftlicher Art und betrifft die homogenen Massengüter. Gemeint sind Produkte, die teilweise auch hier wohlbekannt sind, wie Gips, Zement, Transportbeton, Stahl, aber auch in anderen Bereichen wie Milch, Mehl, Zucker, oder Öl, u.s.w. Für sie gelten besondere Marktgesetze, denn ihre Preise sind extrem abhängig von den Angebotsmengen. Ein Überangebot lässt die Preise schnell unter die Gestehungskosten fallen. Da uns die Erweiterung von Kapazitäten heutzutage kaum mehr Probleme bereitet, taucht dieses Problem immer häufiger auf. (Diejenigen, die bei uns in Deutschland zur Zeit am härtesten betroffen sind, sind die Milchbauern, denen die EU das Instrument der Mengenregulierung weggenommen hat.) Die Firma Lafarge und ihre Kollegen in der Zementindustrie kennen dieses Phänomen aus der Zeit des zweijährigen Preiskrieges auf dem Zementmarkt vor circa sechs Jahren. Damals wurden beim Kunden manchmal nur noch die variablen Kosten erlöst. So etwas nennt man Kapitalvernichtung! Ein absolutes Unding. Ich halte die Mengenregulierung durch die Anbieter homogener Massengüter, vielleicht sogar verbunden mit der Vereinbarung von Mindestpreisen, für deshalb unumgänglich.

Das ist kein Satz für das Bundeskartellamt, aber es ist ein Satz für die Wirtschaftsinstitute, die die Richtigkeit dieser These beweisen sollen, damit die Politik umdenkt und das Gesetz ändern, damit die Kartellbehörden aufhören, betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten zu ignorieren. Am Besten wäre es natürlich, wenn man das ganze Kartellrecht auf den Prüfstein stellen würde.

Wer weiß, vielleicht passiert es eines Tages. Man soll ja die Hoffnung bekanntlich nicht aufgeben.

Ich bedanke mich fürs Zuhören.

---