

30. März 2010

Ist unser Kartellrecht wirklich in Ordnung?

Was geschieht, wenn das Bundeskartellamt eine Durchsuchung durchführt und Laptops, Handys, Protokolle und Akten konfisziert? Das Kartellamt bereitet die Ahndung von Kartellverstößen vor. Geldbußen sollen die Betroffenen und andere (Generalprävention) dazu anhalten, sich künftig gesetzmäßig zu verhalten. Die Grundlage bildet eine Verbotsnorm im GWB, sie lautet wörtlich: "Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten." Die Verbotsnorm verbietet demgemäß jegliche Einflussnahme auf den „Wettbewerb“.

Dem gelernten Kaufmann ist die Vorschrift unverständlich. Abgestimmte Verhaltensweisen sind seit Menschengedenken tägliches Brot des Kaufmanns. Das beginnt bei den umfangreichen rechtlichen Vereinbarungen zur Durchführung von Märkten und Messen und setzt sich fort bei Festlegungen in Marktordnungen über die Fixierung von Preisen (z. B. Ausverkauf erst ab 17 Uhr) und den beschränkten Marktzugang von Besuchern (bei Fachmessen beispielsweise). Alle diese Regelungen fallen ohne weiteres unter „Verfälschung“ des „Wettbewerbs“. Unbegreiflich wird die Anwendung der gesetzlichen Norm, wenn man bei genauer Prüfung feststellt, dass buchstäblich niemand definieren kann, welche Art von Wettbewerb hier gemeint ist, was „Wettbewerb“ überhaupt ist. Denn um justiziabel zu sein, müsste der Gesetzgeber dem Gesetz eine Definition für das verletzte Rechtsgut „Wettbewerb“ mitgegeben haben. Hat er aber nicht!

European Trust Institute (EU-Trust)

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

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

Was mit diesem Defizit an Rechtsklarheit gemeint ist, kann man ganz einfach an anderen bekannten Bereichen unseres Rechtssystems festmachen: Wenn das Strafrecht die Verletzung von Eigentumsrechten (Zerstörung, Diebstahl) ahndet, wenn das Urheberrecht die Verletzung von Urheberrechten (Musik, Kunst, Literatur) unter Strafe stellt, ist das geschützte Recht eindeutig identifiziert. Wenn der „Wettbewerb“ geschützt werden soll, dann wäre wichtig zu wissen, was „Wettbewerb“ überhaupt ist, also die Frage beantwortet werden: Welches ist das verletzte Rechtsgut?

Dem Kaufmann ist der Wettbewerb kein Rätsel, er lebt täglich damit. Auch „der Mann auf der Straße“ meint „natürlich“ zu wissen, was Wettbewerb ist, aber die Sache ist so einfach nicht: Schon als der Gesetzgeber zu Zeiten Ludwig Erhards unser Kartellrecht schuf, war der Inhalt des Begriffs „Wettbewerb“ nicht eindeutig identifiziert. In der Tat hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages im Jahr 1957 bei der Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wörtlich) „auf die Definition des Begriffs Wettbewerb verzichtet“ und sie „den Fachabteilungen überlassen“. In der Tat findet sich in der gesamten wirtschaftswissenschaftlichen und juristischen Literatur nirgendwo eine belastbare Definition des Begriffs „Wettbewerb“. Oder anders ausgedrückt: Das Kartellamt bestimmt seinen Untersuchungsgegenstand selbst - und findet überall die nötigen Wettbewerbsverzerrungen, um tätig werden zu können. Unser Kartellrecht ist Vollbeschäftigungsprogramm für die Kartellbehörden und Kartelljuristen. Ihre Zahl explodiert. Derzeit sind es etwa 900 Kartellanwälte in Deutschland, die damit beschäftigt sind, Eingriffe und Wünsche der Kartellbehörden zu bearbeiten. Ihre Zahl entwickelt sich dynamisch. Und so wächst in Wirtschaft und Verbänden die Angst vor den Kartellbehörden, vor deren quasi-inquisitorischen Befugnissen und dem Mainstream, der die Politik steuert.

Wie konnte das geschehen?

Bisher ist öffentlich fast unbeachtet, dass die Unternehmensführer ganzer Branchen regelrecht zusammensucken, wenn ihre Firma oder auch nur ihre Branche in der Presse erwähnt wird. Die einheitliche Reaktion ist, dass sie sich erschrecken hinter ihre Anwälte zurückziehen. Der Applaus des Publikums aber ist den Kartellbehörden gewiss, endlich wird der Verbraucher richtig geschützt, endlich werden die Machenschaften „hinter dem Rücken des Verbrauchers“

aufgedeckt, endlich kommt der Verbraucher zu seinem Recht, indem der Behördenleiter „Abschreckung“ (Handelsblatt vom 29. März) fordert und praktiziert.

Während der Kartelljurist in Deutschland seit dem Jahr 1958 bis zum Jahr 2004, also immerhin über einen Zeitraum von fast fünfzig Jahren, behaupten durfte, zum Schutz des Wettbewerbs tätig zu sein, hat sich dieser Auftrag seit dem Jahr 2004 dahingehend gewandelt, als seitdem ausdrücklich der Verbraucher geschützt wird und nicht mehr der Wettbewerb. So jedenfalls die Kehrtwendung der EU im Jahr 2004 unter Protest vieler „alter“ Wettbewerbsrechtler. Dem Paradigmenwechsel ist das Bundeskartellamt zwar bis heute formal nicht gefolgt, in der Realität jedoch durchaus. Seitdem dominiert der Verbraucherschutz mehr und mehr die öffentlichen Meinung. Kein Wirtschaftsteil einer Tageszeitung enthält heutzutage nicht mindestens ein bis zwei Meldungen in denen das Wort „Kartellamt“ vorkommt, sei es in Sachen Fusionskontrolle, sei es, dass das Kartellamt wegen „überhöhter Preise“ tätig wird, sei es, dass „Sektoruntersuchungen“ durchgeführt werden, Razzien, Gerichtsverfahren, Schadensersatzforderungen und so weiter anstehen. Und fast immer ist man sich der Zustimmung der Leser gewiss, denn es wird eine vermeintlich gute Sache verfolgt: das Kartellverbot, das Verbot von Absprachen, von abgestimmtem Verhalten in der Wirtschaft.

Der letzte Bericht des Bundeskartellamts, veröffentlicht in der Bundestagsdrucksache 16/5710, benennt 92 (!) Branchen, in denen das Bundeskartellamt Untersuchungen anstellt. Hier eine unvollständige Aufzählung der Produkte, nur die Buchstaben A und B: Acrylglas, Aluminium, Apotheken, Aufzüge, Autoersatzteile, Autoglas, Automobil, Bananen, Bauleistungen, Benzin, Bier, Bleichmittel, Brillen, wobei auch sich hier hinter Sammelbegriffen wie „Autoersatzteile“ noch mehrere Branchen verstecken. Und natürlich wird der Buchstabe „H“ wie Holz nicht ausgespart.

Man kann unschwer erkennen, dass hier jemand im Begriff steht, die gesamte deutsche Wirtschaft zu durchleuchten und abzuschrecken. In der deutschen Wirtschaft bestehe immer noch „eine Mentalität“, sich abzusprechen, verlautet es aus dem Bundeskartellamt, überall ginge man deshalb dem „Betrugsverdacht“ nach, dem Betrug am Verbraucher. Allein im vergangenen Jahr führte das Bundeskartellamt 100 Razzien durch (2 pro Woche), an 1000 Standorten. Die Folge ist überall Angst, aber noch mehr: Man kann die Qualität des neuen Verhaltens in

den Führungsetagen von Unternehmen und Verbänden nur mit Begriffen beschreiben, die kulturell eher geächtet sind, als gewollt: In die Führungsetagen von Unternehmen sind Duckmäusertum, Denunziantentum und Gesinnungsschnüffelei eingezogen.

Mehr Markt - mehr Wettbewerb

Die Schaffung von „mehr Markt“ und „mehr Wettbewerb“ ist das vorgebliche Ziel der Förderer des Wettbewerbs, insbesondere der Kartellbehörden in Bonn und Brüssel. Wenn man genauer hinsieht, geht es fast immer nur um den Preis, die Preise. Das zuvorderst erkennbare Ziel der Kartellbehörden heißt: Es geht auch billiger! Das gilt z. B. für das beliebte Thema Strom, aber auch für Wasser, Mehl, Milch oder andere Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs. Ihre Hersteller werden sozusagen mehr und mehr Opfer unserer wunderbaren Computerwelt.

Während Ludwig Erhard in der Nachkriegszeit den Stromkonzernen erhöhte Preise einräumte, damit diese als aufwändiges Extra die absolute Versorgungssicherheit für die Industrie gewährleisten, werden die Stromanbieter heute akribisch unter die Lupe genommen und die Strompreise der Leipziger Strombörse über Jahre im Viertelstundentakt aufgezeichnet. 150 Millionen Daten sind zusammenkommen und die Stromkonzerne der Manipulation überführen. Wozu? Damit die Strompreise sinken, der Kunde zu Mehrverbrauch animiert wird? Im Zeichen der Klimaproblematik? Damit der Kunde nicht auf verbrauchsärmere Technologien umsteigt, wie er es in den vergangenen Jahren beim Auto durch steigende Öl- und Benzinpreise in beeindruckender Weise getan hat? Sogar unser Bundespräsident ist heute schon im Ansatz für höhere Energiepreise. Warum widerspricht dem das Kartellamt, indem es die Strompreise drückt?

„Wie machts die Milch?

Oder ein anderes gewichtiges Beispiel: „Mehr Markt“ und „mehr Wettbewerb“ zum Beispiel bei der Milch, beim Milchmarkt. Im Jahr 2003 hat die EU im Hinblick auf einen vermeintlichen Bedarf nach Deregulierung (nicht bei sich selbst) und Liberalisierung beschlossen, die europaweite Mengenregulierung der Milch bis zum Jahr 2015 zu beenden. Die Folge war ein rapider Verfall der Milchpreise, der Zehntausende von Milchbauern in Not brachte. Der Blick

von Brüssel aus auf manchen kleinen allgäuer Milchbauern erkannte zuvor einen Mangel an Effizienz in der Bewirtschaftung seines Hofes. Der europaweite Abbau von Überkapazitäten wurde aus der Vogelperspektive als wirtschaftlich sinnvoll erachtet. Zur Steigerung der „Wettbewerbsfähigkeit“ wurde durch Abschaffung der Quote „mehr Markt“ geschaffen. Nur, was geschah und geschieht wirklich auf dem „Bauernhof in der Realität“? Unsere deutsche Milch ist ein Qualitätsprodukt. Sie ist so viel und oft kontrolliert, wie keine andere auf der Welt, ist „made in Germany“ also. Wer sich auskennt weiß, dass die Milch von dort besonders gesund ist, wo die Kühe viel Kräuter und Blumen fressen, wo sie also auf den saftigen Weiden kleinerer Bauernhöfe- und Anwesen in Ruhe und auch an den Rändern grasen dürfen. Auf größeren Höfen kommt zwar auch gute Kuhmilch heraus, aber je größer der Hof ist, umso mehr Silage wird verfüttert. Silage kennt keine Kräuter und keine Blumen. Der Zwang zu größeren Höfen ist ein Zwang zu mehr Silage, also zur Produktion schlechterer Milch. Kleinere Bauernhöfe mit sieben, acht oder fünfzehn bis zwanzig Milchkühen und besserer Milch aber können nur rentabel bewirtschaftet werden, wenn der Milchpreis entsprechend hoch ist. Die echte Qualität ihrer Milch ist nicht sichtbar, man kann sie allenfalls schmecken und gesundheitlich empfinden - aber aus der Vogelperspektive geht das jedenfalls nicht.

Das Kartellrecht und seine Folgen

Der lautstarke Kampf für niedrige Preise pervertiert das System der Sozialen Marktwirtschaft und erzeugt das neue Prækariat: Während sich früher das Interesse des Arbeitnehmers lautstark auf höhere Löhne und mehr Einfluss richtete (was die Soziale Marktwirtschaft nicht immer, aber meistens richtig kanalisiert hat), richtet sich das Interesse des Verbrauchers - in hehrer Empörung über seine Ausbeutung durch den Lieferanten (nicht den Arbeitgeber!) - auf niedrigere Preise. Dabei übersieht der Verbraucher (und der Politiker) dann aber leider das Wichtigste: Niedrigere Preise sind auch niedrigere Löhne, weil mit niedrigeren Preisen der Kuchen kleiner wird, den sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer untereinander aufteilen können. Während die frühere Arbeitnehmerbewegung mit höheren Löhnen eine steigende technische Effizienz der Produktion erzwang (gleiche Lohnkosten pro Stück), wodurch einem vergrößerten Güterangebot auch eine erhöhte Nachfrage gegenüber stand (Wachstum), erzwingt der niedrigere Preis eine erhöhte technische und organisatorische Effizienz (economies of scale), also weniger Arbeitnehmer(-kosten) bei gleichbleibendem Output oder höherer Output bei gleich-

bleibender Lohnsumme. Die Lohnkosten je Stück sinken zu Lasten der Arbeitnehmer, aber auch zu Lasten von Qualität, Forschung oder Komfort.

Fazit: Die sozialen Forderungen haben sich von der Arbeitnehmerschaft weg, hin zum Verbraucher verlagert. Sie heißen nicht mehr „höhere Löhne“, sondern „niedrigere Preise“. Die Folgen sind ein Desaster: Die Verlagerung zerstört die Wohlstandsbasis in den unteren Bevölkerungsschichten. Die Gewerkschaften stehen dem machtlos vis à vis, denn die Verbraucher sind für die Parteien demoskopisch wichtiger als die Arbeitnehmer: Ihre Anzahl ist annähernd doppelt groß!

Kartelle sind gut

Wo ist der Ausweg? Das Kartellrecht abschaffen? Dem Leser sträuben sich die Nackenhaare. Wer seit mehr als sechzig Jahren, also überwiegend „von Geburt an“, an Schulen und Universitäten nichts anderes hört oder liest, als dass Kartelle schlecht sind, kann nur mit Schwierigkeiten etwas anderes denken.

Dabei verschließen die Ökonomen die Augen vor der Tatsache, dass wir mit vielen guten Kartellen sehr gut leben: Die Anwaltschaft ist ein Kartell - auf jedem Schreibtisch steht oder liegt die gesetzliche Gebührendordnung. Nichts anderes gilt für andere Kartellanten, die Steuerberater, die Notare, die Architekten, oder andere auch im öffentlichen Bereich (Städte, Kreise, etc.), oder die Buchpreisbindung, oder die Handwerksordnung, oder, oder Und schließlich: Der Kartelle der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände. Sie stehen ausdrücklich unter dem Schutz unseres Grundgesetzes Art. 9 Abs. 3! Diese letztgenannten Kartelle sind erkennbar wesentliche Stabilisatoren unser Wirtschaftssystems! Die durch sie erzeugte Stabilität hat Deutschland seit 2008 den überraschend leichten Weg aus der Krise beschert (die aus einem Land kam, denen diese Stabilisatoren fehlen).

Was ist falsch am Kartellverbot? Das Kartellverbot hebt die Vertragsfreiheit auf, verbietet die Verabredung freiwilliger vereinbarter von Regeln. Der Liberalismus lebt seit Adam Smith von der Vorstellung der Existenz „natürlicher“ Preise. Nur, wenn man dann tatsächlich Absprachen verbietet und der Natur freien Lauf lässt, siegt der Stärkere, verliert der Schwächere,

wird der Konzentration wird Tür und Tor geöffnet, erzeugt man den ungeliebten Turbo-Wettbewerb. Das Kartellverbot vernichtet den Wettbewerb - während gesetzliche oder private Spiel-Regeln (auch oft Kartelle genannt!) ihn pflegen und erhalten.

Was gehört an die Stelle des Verbots? Das gesetzliche Kartellverbot treibt die Kartelle in die Schmutzdecke und den Untergrund. Dabei wären sie durch Presse und Öffentlichkeit ganz leicht zu bändigen. So wie die Gebührenordnungen offen auf den Schreibtischen liegen, so wie die Tarifverhandlungen unter den Augen der Öffentlichkeit stattfinden, so lassen sich auch alle anderen Kartelle ganz einfach in den normalen demokratischen Prozess integrieren. Ein Beispiel: Alljährlich legen die Schweizer Transportbeton-Unternehmen ihre Kalkulation offen (in der Schweiz gibt es kein Steuergeheimnis) und verhandeln öffentlich mit der Bauindustrie. Am Ende werden (per „Tarif“-Vertrag) für ein Jahr die Mindestpreise fixiert, werden der Presse bekanntgegeben, begründet und erläutert. Das Ergebnis ist friedlicher und fairer Wettbewerb.

Und: Deutschland hatte ehemals auch eine ganz andere Denktradition: Bis in die dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts gab es das Magazin „Kartellrundschau“, Deutschlands ehemals renomiertester Ökonom Gustav Friedrich von Schmoller, der Gründer des „Vereins für Socialpolitik“, hielt vor einhundert Jahren Gewerkschaften und Kartelle für gut - mit Recht, denn sie bescherten Deutschland vor dem 1. Weltkrieg die „Gründerzeit“, den größten Aufschwung Deutschlands aller Zeiten (der dem Kaiser zu Kopf gestiegen ist). Nichts anderes lehrte schon im 19. Jahrhundert der berühmte Ökonom Friedrich List, der Begründer des Zollvereins. Erst in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts hat bei uns die Volkswirtschaftstheorie dann begonnen, sich gedanklich von den Kartellen zu verabschieden und die alten Einsichten zu vergessen.

Wenn wir nicht zurückfinden, wenn nichts ändern, kann das Ganze böse enden: Es gibt aus den USA, dem Land, in dem unser Kartellrecht vor 120 Jahren erfunden wurde und von woher wir es vor 52 Jahren importiert haben, eine unschöne Geschichte: Sie handelt von einem Sauerländer Werkzeugbauer Böing, der im 19. Jahrhundert in die USA ausgewandert ist, und dessen Sohn im Jahr 1916 in Seattle die Boeing-Werke gründete. Er war damit so erfolgreich, dass er es im Jahr 1934 mit den Kartellbehörden zu tun bekam, die ihm das vorwarfen, was

normalerweise der Stolz eines jeden ehrbaren Kaufmanns und Unternehmers ist: Er war auf seinem Gebiet der Beste und hatte seine Mitbewerber mit fairen Mitteln (mit erstklassigen Flugzeugen) überholt. William Boeing war über das Verfahren vor den Antitrust-Behörden so gekränkt und über die öffentliche Ächtung seiner Person so enttäuscht, dass er unverzüglich seine Firma verkaufte und sich untätig auf seine Yacht zurückzog, wo er im Jahr 1956 starb. Es sollen in Deutschland einige erfolgreiche Unternehmer ähnliche Überlegungen geäußert haben, als ihnen bei einem Besuch von (oder durch) Kartellbehörden die Geringschätzung ihrer Lebensleistung entgegenschlug und sie sich innerlich darüber empörten, wie Kriminelle behandelt zu werden. Nur, wenn sie alle aufs Schiff gehen, wer macht dann ihre Arbeit?

Florian Josef Hoffmann