
Das »aufeinander abgestimmte Verhalten«

Ein problematischer Versuch,
das Kartellgesetz dem EWG-Recht anzupassen

Gerhard Hoffmann

Unmittelbarer Anlaß zur Schaffung des Kartellgesetzes 1972 war nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage die Notwendigkeit, ein »Begleitgesetz« zu dem am 22. Juli 1972 mit der Europäischen Gemeinschaft geschlossenen Abkommen zur Errichtung einer Freihandelszone zu erlassen. Die in diesem Abkommen enthaltenen Wettbewerbsregeln sollen verhindern, daß die Vorteile, die sich aus dem Abbau der Zölle und der Befreiung von staatlichen Handelsschranken im Warenverkehr zwischen Österreich und dem EWG-Raum ergeben, durch private wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen beziehungsweise Maßnahmen (Kartellpraktiken) vereitelt werden. Im Interesse des guten Funktionierens des Abkommens erwies es sich als notwendig, die innerösterreichischen Vorschriften an die Wettbewerbsbestimmungen des Abkommens anzupassen. Da sich aber diese Wettbewerbsbestimmungen im wesentlichen mit den Wettbewerbsregeln der EWG, Art. 85 Abs. 1 und Art. 86 EWGV decken, ergab sich praktisch die Notwendigkeit, die österreichischen Vorschriften denen der EWG anzupassen. In diesem Zusammenhang ist auch der im § 1 Abs. 1 Z. 3 im KartG. neu geschaffene Tatbestand des »aufeinander abgestimmten Verhaltens« zu sehen, ein terminus technicus, der mit einer unwesentlichen sprachlichen Abweichung dem Art. 85 Abs. 1 EWGV entspricht.¹

Im folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit es dem Gesetzgeber gelungen ist, unseren Tatbestand inhaltlich dem des Art. 85 Abs. 1 EWGV anzupassen.² Denn da unser Kartellgesetz seinem wirtschaftspolitischen Ansatz nach ein Mißbrauchsgesetz ist, das zum Kriterium für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen ihre volkswirtschaftliche Rechtfertigung macht, ergibt sich die Frage, ob in diesem von der Wettbewerbsphilosophie der EWG grundsätzlich verschiedenen Rahmen der Tatbestand des abgestimmten Verhaltens überhaupt einen adäquaten Stellenwert erhalten konnte.

Vor Erörterung dieser Fragen erscheint es jedoch angezeigt, einen Hinweis auf die wirtschaftliche Realität zu geben, die mit dem Begriff »abgestimmtes Verhalten« gemeint ist.

Oligopolistische Verhaltensweisen

Nach übereinstimmender Auffassung ist abgestimmtes Verhalten, insbesondere mangelnder Preiswettbewerb charakteristisch für die oligopolistische Marktsituation.³

Es wäre aber verfehlt zu meinen, daß allein für die oligopolistische Marktstruktur fehlender Wettbewerb bezeichnend sei, denn der fehlende Wille zum Wettbewerb braucht nicht an eine bestimmte Marktform gebunden zu sein. So ist die atomistische Konkurrenz im Polypol keineswegs gleichbedeutend mit einem höheren Grad an Wettbewerbsintensität. Auch der atomistische Small-Business-Wettbewerb kann unter Umständen durchaus gemächlich und schläfrig sein;⁴ dort herrscht dann die sogenannte »Schlafmützenkonkurrenz«. Es würde also der wirtschaftlichen Realität nicht entsprechen, wollte man die Wettbewerbsintensität lediglich an der morphologischen Struktur des Marktes messen.

Auch Oligopolisten führen oft in hartem Wettbewerb den Kampf um die Gunst des Abnehmers. Zumeist tun sie das allerdings nicht mit Preisunterbietungen, sondern auf dem Gebiete der Forschung und des technischen Fortschritts.⁵ So konnte beobachtet werden, daß etwa im selben Maße, in dem Kapitalintensität und Fixkostenbelastung der Produktion gestiegen sind, auch die Scheu vor einem auf Preisebene ausgetragenen Kampf der Oligopolisten zugenommen hat.⁶ Dieser Zusammenhang zwischen Kapitalintensität und Fixkostenbelastung auf der einen Seite und dem Bedürfnis der Produzenten nach klar überschaubarer Preisgestaltung auf der anderen Seite führt letzten Endes zu dem unten zu erwähnenden Phänomen der administrierten Preise.

Auf einen weiteren Aspekt hat Heuss hingewiesen, daß nämlich abgestimmtes Verhalten auf oligopolistischen Märkten vor allem dann anzutreffen ist, wenn ein eng gewordener Markt — bei eingetretener Marktsättigung — für ein voll ausgereiftes Produkt (zum Beispiel Radioapparate) keinen Spielraum mehr für echte Unternehmerinitiativen, sei es durch Produktdifferenzierung oder Verbesserung, sei es durch Qualitätsvariation oder Nachfragekreierung, offen läßt. Ganz anders ist die Situation bei Neuprodukten, die daran sind, sich den Markt zu erobern und die noch laufend Verbesserungen erfahren. Hier führt die Erweiterung der Nachfrage zur Rationalisierung der Produktion, die Kosten- und auch Preissenkungen gestattet, die im Verein mit Qualitätsverbesserungen Gegenstand des Wettbewerbs werden.⁷ Man denke nur an die TV-Produktion der fünfziger Jahre oder heute an die elektronischen Taschenrechner.

Eine wesentliche Voraussetzung für solchen Wettbewerb bildet nicht nur die Wettbewerbsfreudigkeit der Oligopolisten, sondern auch ihr Vertrauen in die eigene Konkurrenzfähigkeit. Beispiele für den harten Wettkampf der Oligopolisten liefert nicht nur die Wirtschaftsgeschichte der USA, wo sich dieser Kampf öfters bis zur Verdrängung der Mitbewerber

vom Markt zugespitzt hat, sondern zum Beispiel auch der Konkurrenzkampf auf dem Erdölmarkt der Bundesrepublik, wo versucht wird, durch Werbung, Kundendienst, aber auch mit dem Preis Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Letzten Endes sehen wir in verkleinertem Maßstab oligopolistischen Wettbewerb täglich im TV als Reklamewettbewerb der Waschmittelhersteller. Eine nähere Analyse zeigt also, daß es auch im Oligopol zu echtem Preis- und Qualitätswettbewerb kommen kann. In unserem Zusammenhang aber ist es erlaubt, die Betrachtung auf die negative Problematik des abgestimmten Verhaltens im Oligopol zu konzentrieren.

Ausgangspunkt einer dahingehenden Entwicklung ist eine besonders ausgeprägte Marktübersicht. Je geringer die Zahl der Anbieter auf einem Markte wird, desto unmittelbarer wirkt sich jede Änderung der Marktstrategie eines Konkurrenten — zum Beispiel bei der Gestaltung der Preise oder Konditionen — auf seine Mitbewerber aus. Die unmittelbare Beobachtung des Oligopolisten, wie sehr der Erfolg der eigenen Dispositionen vom Marktverhalten seiner Mitbewerber abhängt, entwickelt rasch das Bewußtsein der Interdependenz der marktpolitischen Entscheidungen — der wechselseitigen Reaktionsverbundenheit. Hier liegt der natürliche Ansatzpunkt zur Entwicklung eines den Oligopolisten eigenen Gruppenbewußtseins. Es ist von der Überzeugung geprägt, daß sich das Interesse an einer langfristigen Gewinnoptimierung und das Interesse an einer Verringerung des Wettbewerbsrisikos durch loyale Kooperation am besten verwirklichen läßt.⁸ Schrittweise kommt es zur Ausbildung einer gemeinsamen Marktstrategie durch unverbindliche Verständigung über Preise, Abgrenzung der Märkte, des Produktions- ja sogar des Investitionsprogrammes beziehungsweise zum Nichtunterbieten bei öffentlichen Ausschreibungen. Das Ergebnis solcher unverbindlicher, oft stillschweigender Methoden der Übereinkunft ist in seiner wirtschaftlichen Auswirkung dem klassischen Kartell vergleichbar.⁹

Brisante Fragen aktueller Konjunktur- und Stabilitätspolitik ergeben sich aber im Zusammenhang mit der Beobachtung, daß in neuerer Zeit auf oligopolistischen Märkten konjunkturelle Abschwünge zunächst zu weiteren Preissteigerungen bei rückläufiger Produktion und Beschäftigung führen können. Man erinnert sich, daß die deutschen Automobilhersteller im Jänner 1972 ihre Preise erhöhten, obwohl der Absatz stagnierte und Hersteller wie Ford, Opel oder VW zur Kurzarbeit übergingen.¹⁰ Nach den herkömmlichen Vorstellungen der Nationalökonomie müßten ja in einem solchen Falle die Preise sinken. Nun haben wir oben gesehen, daß Oligopolisten unter Umständen zu einer langfristigen Unternehmensstrategie auf der Basis loyaler Kooperation neigen. Verbindet sich diese subjektive Voraussetzung mit Marktmacht, die einen preispolitischen Entscheidungsspielraum gestattet (Means), dann kann die Preisbildung nach langfristig durchschnittlich gewünschten statt nach kurzfristig erzielbaren Gewinnen erfolgen. Die Preise ergeben sich nicht mehr aus Angebot und Nachfrage, sondern sind das Resultat unternehmerischer Planung; man nennt sie im angelsächsischen Sprachgebrauch »administrierte Preise«. Ihrer Natur nach reagieren sie nicht flexibel auf Marktschwankungen und ermöglichen das oben erwähnte Phänomen, das hier nicht weiter verfolgt werden kann, dem

aber im Zusammenhang mit der Problematik des oligopolistischen Verhaltens große Bedeutung zukommt. Darauf weist auch der Tätigkeitsbericht des (deutschen) Bundeskartellamtes für das Jahr 1969¹¹ mit der Bemerkung hin, »daß sich privat administrierte Preise auf oligopolistisch strukturierten Märkten, auf denen wesentlicher Anbieterwettbewerb fehlt, gegenüber der Anwendung des traditionellen konjunkturpolitischen Instrumentariums als resistent erweisen«. Bei der Beurteilung derartiger Erscheinungen dürfen aber allfällige betriebswirtschaftliche Gegebenheiten nicht unberücksichtigt bleiben, die sich, wie oben erwähnt, aus einer hohen Fixkostenbelastung ergeben können.

Wie schon angedeutet, gibt es verschiedene Grade und Formen oligopolistischer Anpassung. Die schwächste Form der Abstimmung stellt das ohne Koordination zustande gekommene gleichförmige Verhalten dar, die autonome Anpassung eines Unternehmens an das Marktverhalten eines anderen. Klassisches Beispiel dafür ist der Fall der echten Preisführerschaft, die dann gegeben erscheint, wenn ein Unternehmen imstande ist, seine Preise weitgehend ohne Rücksicht auf allfällige Reaktionen seiner Konkurrenten festzusetzen und damit tonangebend für die übrige Industrie wird. In der Praxis ist allerdings oft schwer zu unterscheiden, ob es sich um echte Preisführerschaft oder nur um eine stillschweigende Übereinkunft handelt, die einem Unternehmen wegen seiner besonderen Marktübersicht die Preisführerschaft überläßt, wie zum Beispiel im Fall der barometrischen Preisführerschaft. Auch ohne über besondere Marktmacht verfügen zu müssen, übernimmt hier ein Unternehmen die Rolle des Preisführers in dem Maße, als seine Preisbewegungen mit entsprechender Exaktheit und Schnelligkeit die wechselnden Marktbedingungen widerspiegeln.¹² Aber auch die verschiedensten anderen Arten unverbindlicher, formloser, sogar stillschweigender Willensübereinstimmung¹³ können zur Durchführung einer gemeinsamen Preisstrategie führen. Es sei nur an den Fall der wichtigsten, in der Bundesrepublik, Frankreich, Großbritannien und Italien ansässigen Farbhersteller Europas erinnert, deren Abstimmung in den Jahren 1964, 1965 und 1967 über Initiative jeweils eines anderen Unternehmens zu gleichförmigen Preiserhöhungen bei einer Vielzahl von Teerfarbenprodukten geführt hat.¹⁴

In diesem vor dem europäischen Gerichtshof verhandelten Fall trat der subsidiäre Charakter unseres Tatbestandes klar in Erscheinung. Rechtlich gesehen handelt es sich hier nämlich um einen »Auffangtatbestand«, der im Wettbewerbsrecht eine Umgehung der übrigen Kartellrechtstatbestände unmöglich machen soll. Je nach der Ausgestaltung der einzelnen Rechtsordnungen beziehungsweise der Zahl der definierten anderen Tatbestände haben also die »abgestimmten Verhaltensweisen« einen größeren oder kleineren Begriffsumfang.¹⁵

Art. 85 EWGV und Kartellgesetz 1972

Die Frage, ob und inwieweit der Tatbestand des abgestimmten Verhaltens im österreichischen Recht dem des EWG-Rechtes entspricht, ist nicht bloß durch einen Vergleich der Gesetzestexte zu beantworten. Der Kern-

punkt der Frage wird nur erreicht, wenn Sinngebung und Funktion des Tatbestandes, die er jeweils vom Gesetzgeber erhält, geklärt sind.

Für den Bereich der EWG ergibt sich die Zielsetzung nicht nur aus der Präambel des Vertrages, die die Forderung enthält, daß ein redlicher Wettbewerb im Gemeinsamen Markt zu gewährleisten ist. Abgesehen von verschiedenen anderen Bestimmungen, die der Realisierung dieser Forderung dienen, ergibt sich die Funktion des Art. 85 grundsätzlich aus Art. 3 EWGV, der die Tätigkeiten der Gemeinschaft festlegt, mit deren Hilfe die Aufgaben der Gemeinschaft verwirklicht werden sollen; dazu gehört nach lit. f »die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt«. In dieser Entscheidung für die Errichtung eines Wettbewerbssystems als Regulator des Marktgeschehens ist die Bestimmung des Art. 85 EWGV verankert.

Im Gegensatz zur eindeutigen Erklärung der Präambel konnte zwar kurz nach Inkrafttreten des Vertrages noch die Frage aufgeworfen werden, ob sich die Bedeutung seiner Wettbewerbsregeln nicht vielleicht darin erschöpft zu verhindern, daß der Abbau der staatlichen Handelsschranken durch private Vereinbarungen wieder zunichte gemacht wird. Aber schon der erste Gesamtbericht der Kommission für den Zeitraum vom 1. Jänner bis 17. September 1958 hat hier eine eindeutige Klarstellung vorgenommen: »Der Vertrag strebt nicht nur an, den Wettbewerb . . . zu beleben; er will auch einen lauterer und gesunden Wettbewerb schaffen, der Grundbedingung ist für die rationale Verteilung der wirtschaftlichen Tätigkeiten.¹⁶ Hatte die Kommission im obigen Zusammenhang besonderes Gewicht auf den wirtschaftspolitischen Aspekt des Wettbewerbskonzeptes der EWG gelegt, so hat sie im Memorandum Nr. 23¹⁷ nicht nur die zentrale Bedeutung des Wettbewerbs für den optimalen Einsatz der Wirtschaftsgüter neuerlich bekräftigt, sondern sie hat darüber hinaus — in Fortführung der im US-Antitrustrecht entwickelten Vorstellungen¹⁸ — auch die gesellschaftspolitische Bedeutung unterstrichen, die dem Wettbewerb als wirksamster Garantie für die Aufrechterhaltung der persönlichen Freiheit zukommt; sie führte dazu aus:

»Der Wettbewerb ist also nicht nur wesentliches Mittel zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes während der Übergangszeit, sondern auf den mit seiner Hilfe zustande gekommenen europäischen Märkten ist ihm als Lenkungsinstrument des Wirtschaftsablaufes eine entscheidende Rolle zugeacht . . . Die Wettbewerbsordnung muß die Gewähr geben, für alle Teilnehmer am Wirtschafts- und Sozialleben den größtmöglichen Grad an persönlicher Freiheit zu verwirklichen . . . Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es (für Produzenten, Händler und Verbraucher), die Wahlmöglichkeit sicherzustellen und darüber zu wachen, daß die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung nicht dazu mißbraucht wird, das gleiche Freiheitsrecht anderer zu beseitigen . . . Aus diesen Gründen ist eine konstruktive Wettbewerbspolitik eines der wichtigsten und wirksamsten Mittel, über die die Gemeinschaft zur Verwirklichung der Ziele des Vertrages verfügt.«

Es ist also nicht übertrieben zu sagen, daß das Wettbewerbssystem einen tragenden Pfeiler der wirtschaftlichen und sozialen Rechtsordnung

der EWG darstellt. Daraus ergibt sich nahezu zwangsläufig, daß sich die EWG nicht mit einer Mißbrauchsgesetzgebung begnügen konnte, sondern in Art. 85 ein Verbot wettbewerbsbehindernder Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen festlegt.

Vergleicht man damit die im Kartellgesetz 1972 getroffene Regelung, so ist festzustellen, daß sich der österreichische Gesetzgeber keinerlei grundsätzliche Gedanken über Aufgabe und Stellung des Wettbewerbs in der Wirtschaft gemacht hat, geschweige denn tiefergehende Gedanken über einen allfälligen Konnex zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Freiheit; Überlegungen, die — um nur zwei Beispiele aus unserer unmittelbaren Nachbarschaft zu nennen — in der Bundesrepublik¹⁹ und in der Schweiz²⁰ mit Selbstverständlichkeit angestellt worden sind.

Das Fehlen eines wirtschaftspolitischen Konzeptes übernimmt das Kartellgesetz 1972 allerdings von seinem ersten Vorgänger, dem Kartellgesetz 1951, »dessen nächstes Ziel die Verhinderung ungerechtfertigter Preissteigerungen und volkswirtschaftlich schädlicher Kartellbildungen ist«, wenn es auch »auf weite Sicht als allgemeines Ziel der Kartellpolitik die Steigerung der Produktivität im Auge hat«;²¹ eine Deklaration, der für den Kenner der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes hauptsächlich verbale Bedeutung zukommt. Tatsächlich ist dieses Gesetz als Instrument einer punktuellen Preispolitik konzipiert.²² In zahlreichen Novellen wurde seither der Kartellbegriff erweitert, wurden wichtige organisatorische Änderungen bei der Durchführung des Verfahrens vorgenommen, es wurden Ansatzpunkte für einen Übergang vom System der Mißbrauchsverhütung zu dem der Mißbrauchsverfolgung geschaffen — am wirtschaftspolitischen Konzept aber hat sich grundsätzlich nichts geändert. Auch nicht durch die in den Jahren 1958 beziehungsweise 1959 erfolgte Einführung des Kriteriums der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung.

Das Gesetz enthielt keinen Auftrag, Kartellvereinbarungen daraufhin zu überprüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung toleriert werden kann, weil der daraus erzielbare wirtschaftliche Nutzen die durch die Beschränkung des Wettbewerbs entstehenden Nachteile überwiegt.²³ Das Kartellgesetz billigte also dem Wettbewerb keine volkswirtschaftliche Bedeutung zu, die im Kartellverfahren zu berücksichtigen wäre.

Das Kartellgesetz 1972 hat zwar einige neue Kartelltatbestände geschaffen beziehungsweise bestehende Tatbestände erweitert; es hat ferner die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen eingeführt; an der bisherigen Struktur des Gesetzes hat sich aber wieder nichts geändert. Das entscheidende Kriterium für die Bewilligung der Eintragung in das Kartellregister ist nach wie vor die volkswirtschaftliche Rechtfertigung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen.

Zu dieser Kapitalfrage ist aber in den sechzehn Jahren seit Einführung dieses Kriteriums noch keine einzige relevante Entscheidung ergangen.²⁴ Ebensowenig ist in diesem Zeitraum auch nur ein einziges Gentleman's Agreement zur Registrierung angemeldet — aber auch kein einziges Strafverfahren wegen Unterlassung der Registrierung bekannt geworden. Dabei handelt es sich um »Absprachen, von denen die meisten Wirtschaftskenner meinen, daß sie die registrierten Kartelle an Zahl und Bedeutung bei

weitem übertreffen.«²⁵ Ohne eine grundlegende Änderung der Auffassung über die Aufgaben des Kartellgesetzes wird also auch dem neuen Tatbestand des abgestimmten Verhaltens ein ähnliches Schicksal praktischer Bedeutungslosigkeit beschieden sein; dies, obwohl auch für ihn das oben von den Gentleman's Agreements Gesagte gilt: Zweifellos kommt diesen Verhaltensweisen angesichts der österreichischen Marktstruktur eine weitreichende wirtschaftliche Bedeutung zu.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß das Kartellgesetz kein Wettbewerbsgesetz im Sinne der im Art. 85 EWGV vorgenommenen Regelung ist.

Diese Feststellung ist wichtig, weil sich allein schon aus der Unterschiedlichkeit der Zielsetzung der beiden Regelungen eine grundsätzlich unterschiedliche Beurteilung des abgestimmten Verhaltens in der EWG und in Österreich ergibt: Ist in der EWG Beurteilungskriterium die Wettbewerbskonformität, so ist dafür nach dem Kartellgesetz allein die volkswirtschaftliche Rechtfertigung maßgebend, die im Sinne der bisherigen Spruchpraxis unter preispolitischem Gesichtspunkt zu sehen ist, der sogar eine angemessene Kapitalverzinsung und Gewinnspanne gewährleistet.²⁶ Derartige Überlegungen können in der EWG grundsätzlich nicht angestellt werden, weil sich im Wettbewerbssystem die Preise nicht an den Kosten orientieren können, sondern sich umgekehrt die Kosten nach den erzielbaren Preisen zu richten haben. Sachlich gesehen besteht also eine unüberbrückbare Kluft zwischen dem EWG- und dem österreichischen System. Das Kartellgesetz begnügt sich mit einer rein formalen Überbrückung der Gegensätze, indem es bestimmt, daß die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines abgestimmten Verhaltens jedenfalls nicht gegeben ist, wenn es mit dem guten Funktionieren des Freihandelszonen-Abkommens unvereinbar ist (§ 25 Abs. 1 in Verbindung mit § 24 Abs. 2 KartG.).

Das kann in der Praxis zu problematischen Ergebnissen führen: Einmal kann der Fall eintreten, daß einem abgestimmten Verhalten zwar die volkswirtschaftliche Rechtfertigung zuerkannt wurde, daß sich aber später eine so gravierende Kollision mit den Handelsinteressen des Freihandelszonen-Abkommens ergibt, daß post festum die volkswirtschaftliche Rechtfertigung wieder abgesprochen werden muß. Damit erhält die Anwendung des Begriffes der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung ein interessenabhängiges Janusgesicht, das mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Noch stärker wird dieses Dilemma, wenn ein marktkonformes abgestimmtes Verhalten, das im Sinne der gesetzlichen Definition (§ 1 Abs. 1 Z. 3) nicht als abgestimmtes Verhalten gilt, zu einer Beschwerde führt. Da das EWG-Recht diese Einschränkungen des Begriffes nicht kennt, könnte es also auch hier zu Schwierigkeiten kommen, die es geraten erscheinen lassen, der Beschwerde der EWG Rechnung zu tragen. In diesem Falle müßte dem Verhalten zunächst die Marktkonformität rechtskräftig abgesprochen werden, um ihm dann auch die volkswirtschaftliche Rechtfertigung in einer Formalentscheidung zu entziehen: Eine rechtliche Groteske, von der man nur hoffen kann, daß sie sich nicht in der Praxis ereignen wird.

Es ist also festzustellen, daß eine sachliche Anpassung unseres Tat-

bestandes an die EWG-Regelung nicht erfolgt ist, und daß der rein formalrechtliche Brückenschlag zu äußerst problematischen Ergebnissen führen kann.

Der Tatbestand »aufeinander abgestimmtes Verhalten«

Im Textzusammenhang gelesen definiert § 1 Abs. 1 Z. 3 KartG. den Tatbestand wie folgt:

»Kartell ist ein aufeinander abgestimmtes, also weder zufälliges noch marktkonformes Verhalten von wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmern..., durch das im gemeinsamen Interesse eine Regelung oder Beschränkung des Wettbewerbs... bewirkt wird oder bewirkt werden soll.«²⁷

Dieser Tatbestand wird durch die Erläuterungen zum Gesetz²⁸ seinem Inhalt und Umfang nach wesentlich erweitert. Es heißt dort:

»Ferner soll dem Kartellbegriff aufeinander abgestimmtes Verhalten unterstellt werden, das heißt, es soll auch ein tatsächliches Verhalten auf dem Markt als Kartell behandelt werden, das nicht auf ein Gentleman's Agreement oder zwar ein Gentleman's Agreement zurückgeht, (das) jedoch selbst dem Kartellbegriff nicht unterliegt...«

Abgesehen von dem im vorhergehenden Abschnitt besprochenen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem System des Wettbewerbsschutzes in der EWG und dem Erfordernis der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung für abgestimmtes Verhalten im Kartellgesetz, ist der Begriffsumfang unseres Tatbestandes teils enger, teils weiter als im Art. 85 EWGV. Formal enger ist er, weil das Kartellgesetz eine Reihe von Sondertatbeständen (insbesondere Kartelle durch Absprache § 1 Abs. 1 Z. 2 KartG. und Empfehlungskartelle § 1 Abs. 1 Z. 4 KartG.) aufweist. Durch diese Sondertatbestände engt sich der Anwendungsbereich des österreichischen im Vergleich zum EWG-Tatbestand ein und umfaßt nur jene rechtlich unverbindlichen Absprachen (Gentleman's Agreements), die faktisch sanktionslos sind und ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden.²⁹ Inhaltlich enger ist unser Tatbestand, weil er zum Unterschied von Art. 85 EWGV marktkonformes Verhalten aus seinem Geltungsbereich ausschließt.

Dagegen ist unser Tatbestand weiter, weil er ein bloß tatsächliches Verhalten auf dem Markt als Kartell behandelt, das nicht auf ein Gentleman's Agreement zurückgeht, also auch bloß bewußtes Parallelverhalten umfaßt, sofern es nicht auf Marktzwang beruht und damit als marktkonform zu beurteilen ist.

Um ein klares Bild von der Problematik unseres Tatbestandes zu erhalten, wird zunächst sein Grundelement, das abgestimmte Verhalten, für sich allein zu umschreiben sein. Anschließend daran werden die Modifizierungen erörtert, die der Grundtatbestand dadurch erfährt, daß einerseits marktkonformes Verhalten aus dem Begriffsumfang ausgeschieden, andererseits aber bloß tatsächliches Verhalten in ihn einbezogen wird.

Der Grundtatbestand

Der Tatbestand des aufeinander abgestimmten Verhaltens geht auf das US-Antitrustrecht zurück, wo er im wesentlichen als Beweiserleichterung zum Nachweis verbotener Absprachen eingeführt wurde.³⁰ Schon dort war es zu manchen Verschiebungen des Tatbestandes gekommen, und das hat sich seit seiner Übernahme in verschiedene europäische Rechtsordnungen (in Frankreich, Belgien, der EWG und zuletzt in der BRD) fortgesetzt.

Die Interpretation, die er in der EWG erfahren hat, ist aus naheliegenden Gründen richtunggebend geworden für seine Verwendung im GWB und sollte aus Gründen der Praxis so weit als möglich auch zur Interpretation des Kartellgesetzes herangezogen werden.³¹

Auf seinen Ursprung als Beweiserleichterung ist es wohl zurückzuführen, daß der Begriff des abgestimmten Verhaltens ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, und daß daher alle Versuche zu seiner Definition nur zu tastenden Umschreibungen geführt haben.^{32, 33}

Das Charakteristikum des Grundtatbestandes »abgestimmtes Verhalten« besteht in der Verminderung des unternehmerischen Risikos durch vorherige wechselseitige Information über die geplanten oder bereits beschlossenen Wettbewerbsmaßnahmen,³⁴ wobei die Beteiligten gegenseitig erwarten, der andere werde seine Entscheidung auf Grund der ausgetauschten Informationen treffen.³⁵

Während die anderen Arten von Vereinbarungen ein Mittel zur Herstellung eines bestimmten Erfolges sind, stellt der Tatbestand des abgestimmten Verhaltens auf ein feststellbares Ergebnis ab. Er gewinnt seine Bedeutung in der Erfassung einer besonderen, von Vereinbarungen gelösten Form des Zusammenwirkens von Unternehmern.³⁶

Im Gegensatz zu den anderen Formen wirtschaftlicher Kooperation verzichtet also die dem abgestimmten Verhalten zugrunde liegende Willensübereinstimmung der Partner auf eine gemeinsame Willensbindung, dem gemeinsamen Zweck der Wettbewerbsbeschränkung entsprechend zu handeln. Anders die Vertragskartelle, sie geben einen Rechtsanspruch zu ihrer Einhaltung. Die Kartelle durch Absprache wieder, die Gentleman's Agreements verzichten zwar auf rechtliche Bindungen; sie werden aber durch faktische ersetzt. Die Einhaltung dieser Bindungen beruht auf außerrechtlichen Faktoren wie kaufmännischem Anstand und Solidaritätsbewußtsein, aber auch auf moralischem beziehungsweise nach österreichischem Recht auf wirtschaftlichem oder gesellschaftlichem Druck.³⁷

Völlig außerrechtliche Faktoren, insbesondere das Bewußtsein der Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten, führen ohne jede Bindung zu abgestimmtem Verhalten und ermöglichen den Partnern, es mit einem großen Sicherheitskoeffizienten bei den eigenen Entscheidungen in Rechnung zu stellen.

Die oben wiedergegebene, von der Literatur erarbeitete Charakteristik des Tatbestandes abgestimmten Verhaltens wurde vom Europäischen Gerichtshof in seiner Teerfarben-Entscheidung³⁸ bestätigt. Es ist dies die erste authentische Interpretation des Tatbestandes und zugleich eine Ab-

grenzung von dem nicht abgestimmten, dem bewußten Parallelverhalten. Der Gerichtshof führte dazu unter anderem aus:

Das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen soll »eine Form der Koordination zwischen Unternehmen erfassen, die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbes treten läßt... (Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen) können sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung ergeben. Zwar ist ein Parallelverhalten für sich allein noch nicht einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen, doch kann es ein wichtiges Indiz für eine solche darstellen, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die... nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen. Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es... ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte, und erworbene Marktposition zum Schaden... der freien Lieferantenwahl durch den Verbraucher zu verfestigen.«

Die für den Bereich des Kartellgesetzes³⁹ wesentlichen Kriterien würden also darin liegen, daß praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt und mit einer Veränderung der Wettbewerbsbedingungen zu einer Änderung der Marktbedingungen führt.

Wir haben oben gesehen, daß das Kartellgesetz diese Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit dem Maßstab volkswirtschaftlicher Rechtfertigung beurteilt.⁴⁰

Bildlich gesprochen handelt es sich also bei den beiden Systemen um zwei Kreise, die sich im günstigsten Fall teilweise überschneiden.

Die nun zu behandelnden Modifizierungen, die der Grundtatbestand im Kartellgesetz erfahren hat, entfernen uns aber noch weiter von der EWG-Regelung.

Marktkonformes Verhalten

Marktkonformes Verhalten fällt aus dem Begriffsumfang des Tatbestandes abgestimmtes Verhalten heraus (§ 1 Abs. 1 Z. 3 KartG.). Krejci⁴¹ stellt mit Recht die Frage, was sich der Gesetzgeber unter dem Ausdruck »marktkonform« vorgestellt hat. Er versucht Antwort darauf durch einen Rückgriff auf die Literatur zu diesem Tatbestand im europäischen Kartellrecht zu finden, verliert dabei aber die, von ihm selbst wohl erkannte Erweiterung unseres Tatbestandes durch die EB²⁸ aus dem Auge, wonach auch ein rein tatsächliches Verhalten als abgestimmtes anzusehen ist. So kommt er zu dem Schluß, daß eine autonome Verhaltensanpassung nicht als abgestimmtes Verhalten anzusehen ist, und gerät damit in Widerspruch zu den EB. Richtig dagegen ist es, daß die Verhaltensanpassung auf Grund von Marktzwang aus dem Tatbestand auszuschließen ist; dies allerdings aus dem viel näher liegenden Grund, weil ein Verhalten, das auf einen Marktzwang zurückgeht, begriffsnotwendig auch marktkonform ist. Offen bleibt dabei allerdings die Frage, unter welchen Umständen das Vorliegen

von Marktzwang als gegeben anzusehen ist. Darauf wird später zurückzukommen sein.

Zunächst soll aber doch versucht werden, dem nun einmal gegebenen Begriff des marktkonformen Verhaltens einen akzeptablen Inhalt zuzuordnen. Sicher ist, daß der Gesetzgeber damit keine festumrissene Vorstellung verbunden hat, sonst hätte er den in diesem Zusammenhang neu geschaffenen Begriff näher erläutert. Es lassen sich aber zwei Ansatzpunkte für seine vagen Vorstellungen finden.

Hier ist zunächst die Marketing-Theorie⁴² zu nennen, die sämtliche Unternehmensfunktionen von ihrer Ausrichtung auf den Absatzmarkt her betrachtet. Aus dieser betriebswirtschaftlichen Sicht sollen die Unternehmen marktorientiert handeln, wobei zwei Verhaltensarten unterschieden werden: das marktkonforme Verhalten beziehungsweise das marktgestaltende Verhalten.

Das marktkonforme Verhalten ist eine passive Verhaltensweise, bei der sich ein Unternehmen darauf beschränkt, auf Grund der eingeholten Informationen über die Struktur des jeweiligen Marktes seine Marketinginstrumente wie Preispolitik, Produktpolitik und Werbung einzusetzen, um sich der Marktentwicklung anzupassen.

Das marktgestaltende Verhalten paßt sich nicht nur den Marktdaten an, sondern es versucht, sie durch eigene Initiativen (zum Beispiel Qualitätsverbesserung) zu verändern.

Allem Anschein nach kommt der Ausdruck marktkonformes Verhalten nur in diesem betriebswirtschaftlichen Zusammenhang vor, der keinerlei Konnex mit unserem kartellrechtlichen Tatbestand aufweist und daher für seine Interpretation unergiebig bleibt. Immerhin könnte sich von da her ein Assoziationszusammenhang ergeben haben.

Eine zweite Assoziationsquelle könnte die von Röpke in die Wirtschaftswissenschaft eingebrachte Unterscheidung von marktkonformen und inkonformen Maßnahmen sein. Damit werden im Neoliberalismus staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf bezeichnet, die das Ziel haben, die Wirtschaft zu beeinflussen, »ohne die Preismechanik und Selbststeuerung des Marktes lahmzulegen«.⁴³

Wenn sich auch die Begriffe marktkonformes Verhalten und marktkonforme Maßnahmen der Wirtschaftspolitik nicht decken, so gibt es doch Berührungspunkte zwischen dem Individual- und dem staatlichen Verhalten. Jedenfalls geben die Kriterien »intakte Preismechanik« und »Selbststeuerung des Marktes« einen wichtigen Ansatzpunkt für die nähere Umschreibung dessen, was marktkonformes Verhalten ist. In unserem Zusammenhang enthält der Begriff der Marktkonformität allerdings ein Bündel unausgesprochener Prämissen, die zunächst geklärt werden müssen.

Für sich allein genommen, ist nämlich der Begriff »Marktkonformität« inhaltlos,⁴⁴ weil sich seine Bedeutung nach den Zielsetzungen der Wirtschaftspolitik richtet, die ihrerseits wesentlich durch das vorgegebene Gesellschaftssystem beziehungsweise die gesellschaftspolitischen Zielsetzungen mitbedingt werden.⁴⁵ Die Interpretation des Begriffes setzt also Klarheit über die bestehende Wirtschafts- und Sozialordnung voraus, innerhalb der er zur Anwendung gelangt.

Als Resultat einer langen Entwicklung ist diese Ordnung nicht zusammenfassend kodifiziert. Sie ergibt sich im wesentlichen aus den Art. 4—8 des StGG 1867 in Verein mit verschiedenen Bestimmungen des ABGB (insbesondere den §§ 353, 354 und 879) und dem in der Gewerbeordnung 1973 implizite enthaltenen Grundsatz der Gewerbefreiheit, der ausdrücklich in den Materialien zu diesem Gesetz erwähnt wird.⁴⁶ Grosso modo darf man sagen, daß für unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung unter anderem mit dem Recht auf Privateigentum das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und mit diesem, im Verein mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit das marktwirtschaftliche Prinzip bestimmend sind. Dabei ist aber auch eine stets stärker werdende Tendenz zur Betonung der Gemeinschaftsinteressen festzustellen, denen sich Privatinteressen unterzuordnen haben.

Läßt sich in diesem Rahmen keine ausreichende Umschreibung unserer Wirtschafts- und Sozialordnung geben, so kann zumindest ein klar zutage tretendes Element dieser Ordnung angegeben werden. Es ist das im Individualrecht der freien Erwerbstätigkeit gründende, oben erwähnte Prinzip der Marktwirtschaft, das unter anderem dadurch gekennzeichnet ist, daß die Koordinierung der Wirtschaftspläne der einzelnen Wirtschaftssubjekte über den Markt (nach Angebot und Nachfrage) bei freier Preisbildung im Wettbewerb erfolgt. Die Funktionstüchtigkeit dieses Systems hängt also wesentlich davon ab, daß auf dem Markt nicht verschiedene, kollektiv festgelegte Wirtschaftsstrategien zum Ausgleich gebracht werden müssen, sondern daß die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs erhalten bleibt. Diese Funktion besteht vor allem darin, im Wege der freien Preisbildung den Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage herzustellen, eine flexible Anpassung der Produktion an die Marktdaten zu ermöglichen, die Durchsetzung des technischen Fortschrittes zu beschleunigen und für den Abnehmer verschiedene Wahl- beziehungsweise Ausweichmöglichkeiten zu schaffen.

Trotz verschiedener soziologischer und ökonomischer Faktoren, die das Wettbewerbsprinzip durchlöchern, bleibt also der Wettbewerb nach wie vor eines der wichtigsten Steuerungselemente unseres Wirtschaftssystems.

Versucht man nun, unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen, die Kriterien der »Marktkonformität« und der »volkswirtschaftlichen Rechtfertigung« gegeneinander abzugrenzen, dann läßt sich zunächst sagen, daß der Gesetzgeber mit diesen Kriterien offenbar verschiedene Dinge im Auge hatte. Der Begriff der Marktkonformität muß daher enger auszulegen sein als der der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung. Denn es würde der Struktur des Kartellgesetzes widersprechen, anzunehmen, daß abgestimmtes Verhalten, wenn es marktkonform ist, auch dann zulässig sein sollte, wenn es volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist. Die Fragestellung spitzt sich also darauf zu, festzustellen, welches Verhalten zwar grundsätzlich volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein kann, jedenfalls aber nicht marktkonform ist. Hier schließt sich der Kreis, und man wird sagen dürfen, daß dies im Rahmen unseres marktwirtschaftlichen Systems, zu dem der Wettbewerb wesentlich gehört, jedenfalls auf ein wettbewerbsverfälschendes Verhalten zutrifft. Nicht marktkonform ist also jedes Ver-

halten, das die Wettbewerbsbedingungen verfälscht und damit die Marktdaten, vor allem die Daten von Angebot und Nachfrage (die freie Preisbildung), künstlich verändert. Positiv formuliert: Das Marktverhalten muß zumindest wettbewerbsneutral sein, um als marktkonform gelten zu können.

Marktzwang

Nach vorherrschender Ansicht der Literatur ist es auch ein Charakteristikum oligopolistischer Marktstruktur, daß die Unternehmer ihr Verhalten unter Marktzwang an das des Mitbewerbers insbesondere bei Preissteigerungen und Preissenkungen anpassen. Dieser Zwang, einer vom Konkurrenten erfolgten Preissenkung zu folgen, ist grundsätzlich von allen Autoren anerkannt, denn eine Preissenkung nicht mitzumachen, bedeutet Verlust von Marktanteilen bis hin zur Verdrängung vom Markt.⁴⁷ Kontrovers dagegen ist die Frage, ob für den Oligopolisten auch ein Zwang zum Nachziehen der Preise besteht, wenn ein Mitkonkurrent eine Preiserhöhung vornimmt.⁴⁸ Damit tritt das Problem der Preisführerschaft in den Mittelpunkt der Betrachtung.

Jedenfalls ist als gegeben anzunehmen, daß Verhaltensweisen, die auf Marktzwang zurückgehen, nicht den Tatbestand abgestimmtes Verhalten erfüllen, da ein unter Zwang stehendes Verhalten grundsätzlich nicht zurechenbar ist. Unklar und bisher noch nicht befriedigend beantwortet ist allerdings die Frage, unter welchen Umständen tatsächlich von Marktzwang gesprochen werden kann. Denn eines ist von vornherein klar: Soll Marktzwang nicht einfach als »escape-Klausel« zur Immunisierung des abgestimmten Verhaltens gegenüber wirtschaftlicher Ordnungspolitik führen, dann ist dieser Begriff nur mit gebotener Behutsamkeit anzuwenden.

Wie bei der Analyse des Begriffes Marktkonformität scheint es auch hier angebracht, zunächst eine sprachliche Klärung vorzunehmen. Marktzwang bedeutet jedenfalls das Fehlen »vernünftiger Verhaltensalternativen«. Was allerdings »vernünftig« ist, kann ebenso wie der Begriff »Markt« nur im Zusammenhang der gegebenen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung näher bestimmt werden. Es gibt nicht abstrakt den Markt; es gibt nur Märkte im Rahmen einer Wirtschaftsordnung; in unseren Bereichen also das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage im Rahmen der Marktwirtschaft; das impliziert: Das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage unter Wettbewerbsbedingungen.⁴⁹ Es bedeutet also eine unzulässige Verkürzung des Marktbegriffes, wenn man das in ihm enthaltene kompetitive Element unberücksichtigt läßt. Die Marktteilnehmer müssen das Wettbewerbsprinzip in Rechnung stellen und es nicht nur für sich, sondern auch gegen sich gelten lassen.

Von diesem Grundgedanken aus ergeben sich Bedenken gegenüber der Auffassung, die Marktzwang dann als gegeben sieht, »wenn die Markt- und Unternehmenslage in Rücksicht auf die anerkannten Unternehmensinteressen vernünftigerweise keine Alternative zur gesetzten Verhaltensanpassung zuläßt«.⁵⁰ Diese Umschreibung enthält zu viele unbestimmte

Begriffe (Markt- und Unternehmenslage, anerkannte Unternehmerinteressen, vernünftigerweise), um für die Beurteilung konkreter Fälle herangezogen werden zu können. Wenn Zwang bedeutet, daß keine vernünftigen Alternativen gegeben sind, dann unterstellt die obige Umschreibung, daß für den Preisführer und den Nachziehenden die wesentlichen Aktionsparameter gleich sind; so die Kapitalausstattung, Produktionskapazität, Kapazitätsausnutzung, Standortbedingungen, die Struktur der Verbindlichkeiten, das Verhältnis von Umlauf- und Anlagevermögen, von Eigen- und Fremdkapital und anderes mehr.⁵¹ Besteht eine solche Gleichheit der Aktionsparameter aber nicht — und das wird meistens der Fall sein —, dann ergeben sich bereits von der Marketingtheorie her Alternativen der Verhaltensanpassung, jedenfalls die verschiedenen Möglichkeiten marktgestaltenden Verhaltens (siehe oben).

Bisher ist allerdings noch die von Krejci bei seiner Definition des Marktzwanges geforderte Berücksichtigung der anerkannten Unternehmensinteressen außer Betracht geblieben, im Sinne von Kersten der ökonomischen Vernunft, aus der sich ein Verhaltenszwang ergebe. Damit wird scheinbar ein absolutes Recht des Unternehmers auf Gewinnmaximierung unterstellt. Wenn es aber zutrifft, daß wir eine »sozial-gebundene Wirtschaftsordnung«⁵² haben, dann wird man das Recht auf Gewinnmaximierung nicht absolut setzen dürfen; schon daraus ergeben sich gewisse Beschränkungen dieses Rechtes. Aber auch volkswirtschaftlich gesehen kann man nicht unbesehen von einem solchen Recht sprechen, denn zum Beispiel in Zeiten der Rezession oder inflationären Entwicklung wird sich die Gewinnmaximierung in engeren Grenzen halten müssen als im Zeichen wirtschaftlicher Expansion. Abgesehen davon ergibt sich schon aus dem Grundgedanken unseres Kartellgesetzes, daß kartellrechtlich relevante Tatbestände — hier die Gewinnmaximierung im Rahmen abgestimmten Verhaltens — nur im Rahmen volkswirtschaftlicher Rechtfertigung zulässig sein kann.⁵³

Anerkennt man das absolute Recht auf Gewinnmaximierung nicht, dann wird das Nachziehen an die Preiserhöhung des Preisführers nur in den seltensten Fällen einem ökonomischen Zwang⁵⁴ entsprechen, wohl aber der ökonomischen Vernunft, die das Streben nach Gewinnerhöhung in sich schließt. Die Frage ist nur, inwieweit diesem legitimen Gewinnstreben im Rahmen unseres Wirtschaftssystems Raum gewährt werden kann. Bei der Beantwortung dieser Frage, die nicht a priori möglich ist, wird jedenfalls zu berücksichtigen sein, daß in der Marktwirtschaft das Recht auf Gewinnmaximierung sein Korrelat und seine Grenze in der Anerkennung des Wettbewerbs als Steuerungselement der Wirtschaft findet, ansonsten »die Preisbildung nach dem Prinzip der Preisführerschaft die von einem funktionsfähigen Wettbewerb zu erwartende Ordnung des Wirtschaftsgeschehens nicht gewährleistet...«.⁵⁵

Sicherlich muß dabei auch berücksichtigt werden, daß man niemanden zwingen kann, sich wettbewerbsfreudig zu verhalten; andererseits aber ist ein Verhalten zu verhindern, das unter Wettbewerbsbedingungen nicht zustande kommen könnte. Ob das der Fall ist, kann nur nach sorgfältiger Abwägung aller Gegebenheiten beurteilt werden. Notfalls könnte als

Kriterium dafür die Höhe der Differentialrente herangezogen werden, die bei Preiserhöhungen zwischen dem kostenmäßig ungünstigsten Unternehmen und den besseren Mitbewerbern entsteht.⁵⁶ Die Erörterung der Frage, welche Höhe diese Differentialrente nicht überschreiten darf, würde über den Rahmen dieser grundsätzlichen Erwägungen hinausführen.

Mögen auch verschiedene Auffassungen über die Frage bestehen, wann ein Marktzwang vorliegt, so sollte doch die Problemstellung immer klar bleiben. Es geht um die Frage, ob es ein unbeschränktes Recht auf Gewinnmaximierung gibt beziehungsweise ob oder inwieweit in einer wettbewerbsstrukturierten Wirtschaft der Gewinnmaximierung ein Vorrang gegenüber wettbewerbsmäßigem Verhalten zukommen kann.⁵⁷

Abgestimmtes, tatsächliches Verhalten

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Kartellgesetzes²⁸ auch tatsächliches Verhalten auf dem Markt als Kartell behandelt werden soll, das nicht auf ein Gentleman's Agreement zurückgeht. Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber damit einer scheinbaren Systematik folgen wollen: Kartelle sind Verträge, durch die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird oder bewirkt werden soll. Das Erfordernis der Absicht, den Kartellzweck zu erreichen, wurde hier wie auch bei den Absprachekartellen und Preisempfehlungen dadurch ergänzt, daß das Gesetz nunmehr auch das bloß tatsächliche Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung erfaßt.

Das bei den oben erwähnten Tatbeständen verständliche Bestreben, den Gesetzeszweck voll zu erreichen, läßt sich aber nicht kurzerhand auf das abgestimmte Verhalten übertragen, bei dem die Voraussetzungen anders gelagert sind. Dort führt die Einbeziehung des tatsächlichen Verhaltens zu bedenklichen Unstimmigkeiten.⁵⁸ Denn wenn die Erläuterungen sagen, als abgestimmtes Verhalten wird auch ein tatsächliches Verhalten behandelt, das nicht auf eine unverbindliche Vereinbarung zurückgeht, so sagen die Erläuterungen mit anderen Worten: »Auch nicht abgestimmtes Verhalten gilt als abgestimmtes Verhalten.« Im Ernstfall ist also damit zu rechnen, daß die Gesetzeswidrigkeit der Erweiterung des Tatbestandes durch die Erläuterungen geltend gemacht werden wird.⁵⁹

Ist also die Erweiterung des Tatbestandes durch die Erläuterungen rechtlich problematisch, so werden damit andere Probleme gelöst. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß durch die Erläuterungen die Reichweite unseres Tatbestandes über die entsprechende EWG-Regelung hinausgeht. Dort ist autonomes Parallelverhalten und damit die echte Preisführerschaft nicht erfaßbar; man ist daher bestrebt, aus dem Verhalten der Unternehmen auf eine Willensübereinstimmung schließen zu können, um den Tatbestand abgestimmtes Verhalten zu fixieren. Sowohl die Theorie als auch die Rechtsprechung aller Staaten mit echter Wettbewerbsgesetzgebung haben viel Mühe darauf verwendet, das abgestimmte Verhalten vom Parallelverhalten praktikabel abzugrenzen. Bisher ist es kaum gelungen, dieses Problem in den Griff zu bekommen.⁶⁰ Sollte unsere

Regelung haltbar bleiben, dann hätte sie einen weiteren Vorzug: Es ließe sich damit der Mißbrauch von Marktmacht (verursacht durch bewußtes Parallelverhalten, beruhend auf enger Reaktionsverbundenheit) bekämpfen, ohne daß es nötig wäre, die im Sinne des Gesetzes marktbeherrschende Stellung der Unternehmen nachzuweisen.

Bei der praktischen Handhabung dieser Bestimmung werden sich aber hier — wie überhaupt bei dem Vorgehen gegen abgestimmtes Verhalten — Schwierigkeiten ergeben. Nehmen wir den Fall einer abgestimmten Preiserhöhung an, die als volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt qualifiziert wurde. Was hat nun zu geschehen? Welcher Partner muß seine Preise zurücknehmen und um welchen Betrag? Das führt zur Frage, ob im Rahmen eines Mißbrauchsgesetzes überhaupt sinnvoll gegen derartige Erscheinungen des Wirtschaftslebens vorgegangen werden kann. Hier hat ein Verbotsgesetz den großen Vorteil, mit seiner Präventivwirkung von vornherein klare Verhältnisse zu schaffen. Damit ist das Stichwort für eine Schlußbemerkung gegeben, die an die Frage: Mißbrauchs- oder Verbotsgesetzgebung anknüpft. Der Präsident des deutschen Bundeskartellamtes, Dr. Günther, verhält sich grundsätzlich ablehnend zum Einschreiten gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht und führte dazu aus⁶¹: Die Mißbrauchsaufsicht stellt die Kartellbehörde vor die Aufgabe, die Rolle des Wettbewerbers zu übernehmen; das bereitet praktische Schwierigkeiten, weil die Ermittlung des im Einzelfall wettbewerbs- und marktgerechten Preises kompliziert ist. Die Mißbrauchsaufsicht bedeutet de facto eine Garantie für kostendeckende Preise. Diese Sicherheit fehle aber den im wirksamen Wettbewerb stehenden Unternehmen.

Hier wird nochmals der grundsätzliche Unterschied der Denkweise deutlich, die sich aus einem vom Wettbewerbsprinzip her gestalteten Kartellgesetz ergibt: Bei uns geht es nicht darum, wettbewerbs- oder marktgerechte Preise zu ermitteln, sondern darum, im politischen Kompromiß volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise festzustellen. Bei uns ist weiters im Rahmen des Kartellgesetzes die Erzielung kostendeckender Preise ein selbstverständliches Recht. Es ist hier nicht der Ort, eine Diskussion zu diesem Fragenkomplex zu beginnen. Jedenfalls können die Ansichten Günthers Anlaß zum Überdenken der Grundstruktur unseres Kartellgesetzes geben.

Dies gilt in besonderem Maße auch von den Überlegungen, die eine hervorragende Kennerin der Materie zum Kartellgesetz 1972 angestellt hat.⁶² Dort wird die Ansicht vertreten, daß die Tätigkeit der Kartellgerichte bisher keine merklichen Spuren im österreichischen Wirtschaftsleben hinterlassen haben. Die Ursachen dafür liegen im grundlegenden Konstruktionsfehler des Gesetzes nicht nur seinem materiell-rechtlichen Gehalt nach, sondern auch in der Art des Verfahrens.

Eine gesetzliche Regelung, die nicht bloß formal, sondern der Sache nach eine Harmonisierung mit der Artikel 85 EWGV zugrunde liegenden Wettbewerbsregelung vornimmt, wird die Bedenken beseitigen, die sich aus den Ansichten Günthers ergeben, und die Szecsi, was die Vorbehalte zum Verfahren betrifft, eingehend darlegt.

Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß das Kartellgesetz im Gegensatz zu Art. 85 EWGV seiner Struktur nach keine Wettbewerbsregelung vornimmt und daß es daher trotz textlicher Angleichung des Tatbestandes abgestimmtes Verhalten an Art. 85 zu grundlegenden Unterschieden bei seiner Handhabung kommen muß. Diese Unterschiede überbrückt das Kartellgesetz rein formal, was im Ernstfall zu Rechtsunsicherheiten für Unternehmen führt, die den Bestimmungen des Kartellgesetzes unterliegen.

Die Heranziehung des Begriffes der Marktkonformität für die Abgrenzung des Tatbestandes führt zunächst zu Unklarheiten. Die Analyse zeigt aber, daß damit — sicher ungewollt — zum ersten Male das Kriterium wettbewerbsgerechten Verhaltens für die Beurteilung eines kartellrechtlichen Tatbestandes zum Tragen kommt.

Verschiedene Autoren sind der Ansicht, daß die Gewinnmaximierung als im Begriff des Marktzwanges beziehungsweise der ökonomischen Vernunft enthalten anzusehen sei. Demgegenüber wird hier die Auffassung vertreten, daß im gegebenen sachlichen Zusammenhang der Begriff »Markt« und daher auch der zusammengesetzte Begriff »Marktzwang« das Bestehen eines funktionsfähigen Wettbewerbs als den Marktbegriff konstituierendes Begriffsmerkmal enthält. Dieses kann bei der Verwendung der Begriffe Marktzwang beziehungsweise ökonomische Vernunft nicht vernachlässigt werden, ohne die Hauptbegriffe zu verfälschen. In unserem Wirtschaftssystem ist daher unter Marktzwang immer nur ein Zwang zu verstehen, der von einem dem Wettbewerb offenen — einem Wettbewerbsmarkt ausgeht; niemals aber kann darunter ein Zwang verstanden werden, der von einem gegen den Wettbewerb abgeschirmten — einem wettbewerbslosen Markt ausgeht.

Die im Wege der Erläuterungen vorgenommene Erweiterung des Tatbestandes durch Einbeziehen auch bloß tatsächlichen Verhaltens scheint gesetzwidrig zu sein. Ist dies nicht der Fall, dann wäre es dem österreichischen Gesetzgeber als erstem gelungen, auch die echte Preisführerschaft als wichtigste Form des bewußten Parallelverhaltens direkt zu erfassen, ohne den Indizienbeweis für eine dem Verhalten der Unternehmer zugrunde liegende Willensübereinstimmung antreten zu müssen.

Die Untersuchung hat auch Hinweise auf Strukturmängel des Gesetzes ergeben, die einerseits darin bestehen, daß dem wettbewerbsgerechten Verhalten kein Stellenwert bei der Beurteilung der Kartelle zugestanden wird, und daß andererseits die praktische Entscheidung über ihre Zulassung im Paritätischen Ausschuß im Sinne eines sozialpartnerschaftlichen Kompromisses getroffen wird, was zu einer Verlagerung von immer mehr wirtschaftspolitischen Agenden auf die Ebene der Interessenvertretungen⁶³ geführt hat.

Für die Durchsicht des Manuskriptes und verschiedene wertvolle Hinweise danke ich Herrn Hofrat Dr. Tesar.

ANMERKUNGEN

- 1 Im Art. 85 heißt der Tatbestand »aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen«. Schon Gleiss, WuW 1964, S. 483, Fußnote 3, hält die beiden Ausdrücke für gleichbedeutend: Krejci, *Zum Tatbestand des »aufeinander abgestimmten Verhaltens« nach österreichischem und europäischem Kartellrecht*, ÖZW 1974/1, S. 2, Fußnote 8. (Hinfert zitiert als Krejci.)
- 2 Den unterschiedlichen Umfang des Begriffes nach österreichischem und EWG-Recht hat eingehend Krejci (Fußnote 1, S. 4 ff.) mit reichen Literaturhinweisen untersucht.
- 3 Aus der reichen Literatur sei stellvertretend hingewiesen auf: Zohlhöfer, *Wettbewerbspolitik im Oligopol* (1968), und Ulmer, *Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht* (1972); aber schon Machek, *Neues Kartellrecht*, ÖJZ 1958, S. 486, hat die mit dem Oligopol gegebene wirtschaftliche und rechtspolitische Problematik klar erkannt.
- 4 Sieber, *Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit*, in: »Wirtschaft und Recht«, 1973, S. 57.
- 5 Schürmann, *Fragen aus der Praxis des Kartellrechtes*, in: »Wirtschaft und Recht«, 1968, S. 13.
- 6 Diese Feststellungen beruhen auf langjährigen Erhebungen, die im Generalbericht der Eidgenössischen Preisbildungskommission verarbeitet wurden: *Kartell und Wettbewerb in der Schweiz*, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes 1957, S. 171.
- 7 Heuss, *Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik im Oligopol*, in: Schneider, *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, 1968, S. 50 ff.
- 8 Zohlhöfer (Fußnote 3), S. 24, 30, 35 und 213, sowie Ulmer (Fußnote 3), S. 3, 8, 15 und 19.
- 9 Zohlhöfer (Fußnote 3), S. 202.
- 10 Der amerikanische Wissenschaftler Means hat schon im Jahre 1935 auf die Gefahren hingewiesen, die sich aus solchem Verhalten für die Konjunkturpolitik ergeben können. Zum folgenden: *Stabilitätspolitik — Warum die Preise steigen*, in: »Die Wirtschaftswoche«, Nr. 7, 18. 2. 1972, S. 34 ff. (mit Literaturangaben).
- 11 Drucksache 7/986/Deutscher Bundestag — 7. Wahlperiode.
- 12 Stigler, *The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices*, in: »Journal of Political Economy«, Vol. LV (1947), S. 445 f.
- 13 Abstimmung bedeutet gerade nicht, daß sich die beteiligten Unternehmen zu einem besonderen Verhalten ausdrücklich verabredet haben; aufeinander abgestimmt sind lediglich die Verhaltensweisen (Mailänder, Gem. Komm.³, Anm. 13 zu Art. 85).
- 14 Straberger, *Farbhersteller und Abgestimmtes Verhalten*, BuI 1410/11, 13.
- 15 Zur entsprechenden Relation im österreichischen und EWG-Recht siehe Krejci, Fußnote 1.
- 16 Zitiert in Günther, *Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung* (1968), S. 110, Fußnote 3.
- 17 *Memorandum der Kommission für das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe* (1962), S. 23 und 24.
- 18 »Antitrust ist ein typisch amerikanischer Weg zur Sicherung einer Wettbewerbswirtschaft, auf die sich unsere wirtschaftliche und soziale Freiheit teilweise stützt. Diese Gesetze haben dazu beigetragen, Energien freizumachen, die für unsere führende Stellung auf dem Gebiet industrieller Produktivität und technologischer Entwicklung wichtig sind. Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws (1955), S. 2. Zitiert in: *OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices*, USA, o. 5.
- 19 Den zweiten Entwurf zum GWB hatte der damalige Bundeswirtschaftsminister Erhard im Jahre 1955 mit den Worten vorgelegt: »So bringe ich dieses Gesetz ein in der Erwartung, daß sich der Deutsche Bundestag der Tragweite dieses auf innerpolitischen Gebiete wahrscheinlich wichtigsten deutschen Gesetzes bewußt sein ... möge.« Und Günther hat anläßlich des III. Forums der Studienvereinigung Kar-

- tellrecht 1968 den Grundgedanken des GWB dahin zusammengefaßt: Er »war von Anfang an die Verbindung zwischen gesellschaftspolitischem Gedankengut mit ökonomischer Rationalität. Durch Aufrechterhaltung eines freien... Wettbewerbs sollte einerseits die Freiheit des einzelnen im Wirtschaftsleben... geschützt und andererseits eine Wettbewerbswirtschaft als die ökonomisch rationellste Form der Wirtschaftsordnung gewährleistet werden...«. Wenn aus Gründen der Zweckmäßigkeit Einschränkungen des freien Wettbewerbs im Einzelfall zugelassen wurden, so ändert das nichts »an der gesellschaftspolitischen Funktion des im Gesetz verankerten Grundsatzes der wirtschaftlichen Freiheit«. (Zitate aus: *Zehn Jahre Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1968, S. 36 f. Siehe ferner: Müller-Giessler, Komm. zum GWB³, § 1, Randnummern 31 und 32.)
- 20 Zum Entwurf des Schweizer Kartellgesetzes heißt es in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 18. September 1961 (1961 — 354, S. 11 f.): »Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, daß es nicht genügt, die Handels- und Gewerbe-freiheit... zu gewährleisten, wenn die Privaten unter Berufung auf die Privat-autonomie ihrerseits den Wettbewerb beschränken und das Recht der Persönlich-keit beeinträchtigen... Soweit der Staat... einen Raum freier Entfaltung... ge-währleistet, kann er nicht... zulassen, daß mittels privater Abmachungen diese Freiheit unterdrückt wird... Denn der Schutz des Persönlichkeitsrechtes auf wirt-schaftliche Entfaltung fördert gleichzeitig den Wettbewerb.«
- 21 175 Bln. NR VI. GP.
- 22 Dazu Hoffmann, *The Austrian Cartel Law: Principles and Background*, in: »The Antitrust Bulletin«, Vol. XIV, Spring 1969, S. 249 ff.
- 23 So auch Streissler, *Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartell-gesetzes und der Tatbestand der »Gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung«*, in: »Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik« (1960), S. 12 ff. Der Autor hält es wegen der Enge des Marktes für zweckmäßig, daß Österreich nur eine Kartell-gesetzgebung, nicht aber eine allgemeine Wettbewerbsschutzgesetzgebung ange-strebt hat (Fußnote 32). — Bei der Herausarbeitung der Kriterien der volkswirt-schaftlichen Rechtfertigung räumt er der Erhaltung des Wettbewerbs als wichtigem Faktor der Volkswirtschaft keinerlei Bedeutung ein.
- 24 In den wenigen Fällen, in denen das Kartellobergericht auf Sinn und Zweck des Kartellgesetzes Bezug genommen hat, hat es sich auf eine preispolitische Argumen-tation beschränkt. Und auch der OGH sieht den Zweck des Kartellgesetzes darin, »ungerechtfertigten Preisteigerungen und der Vereitelung von Preissenkungen ent-gegenzutreten« (OGH, 21. 1. 1964 = Schönherr-Dittrich, E 53/157). Lediglich im Paritätischen Ausschuß für Kartellangelegenheiten scheinen seit etwa zwei Jahren bei der Begutachtung von Kartellen auch wettbewerbspolitische Erwägungen an Bedeutung zu gewinnen (JABl. 1974/10).
- 25 M. Szecsi, *Kartelle: Mancher Wunsch bleibt offen*, in: »Arbeit und Wirtschaft«, 10/72, S. 2.
- 26 KOK 14. 7. 54, Okt 4/53; KOK 6. 6. 55, Okt 3/54; KOK 10. 11. 55, Okt 2/55; KOK 26. 6. 58, Okt 3/58. Das sind die Okt-Entscheidungen Nr. 13, 15, 17 und 25 in Schönherr-Dittrich, 1958 erschienene kommentierte Ausgabe des Kartellgesetzes.
- 27 Demgegenüber lautet die entsprechende Bestimmung des Art. 85 EWGV: »Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind... aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträch-tigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken...«
- 28 473 Bln. NR XIII GP. S. 27.
- 29 Schönherr, *Vom Vertragskartell zum abgestimmten Verhalten*, in: »Wirtschafts-berichte der Creditanstalt-Bankverein«, 1974, Heft 6, S. 23.
- 30 Krejci, S. 3 f Siehe auch Mailänder, *GemKomm*³, Art. 85 (im folgenden als Mailänder zitiert), RN 12.
- 31 Krejci, S. 3 ff.
- 32 Gleiss-Hirsch, WuW 1964, S. 491; Möhring, *Abgestimmte Verhaltensweisen im Kar-tellrecht*, NJW, S. 777, 779, sowie Krejci.
- 33 Kersten, *Bewußtes Parallelverhalten*, WuW 1972, S. 69 ff., unterscheidet systema-

- tisch vom aufeinander abgestimmten Verhalten das bewußt gleichförmige Parallelverhalten. Dieses kann auf Marktzwang beruhen (darauf wird weiter unten zurückzukommen sein), oder es kann freiwilliges Parallelverhalten sein (S. 70—74).
- 34 Ulmer (Fußnote 3), S. 6 ff., 13 ff.
- 35 Müller/Giessler, Kommentar zum GWB³, § 1 RN 56; Kersten (Fußnote 33). 77: Müller-Henneberg im GemKomm.³, § 1 RN 29.
- 36 Mailänder, Art. 85 RN 13 und RN 11.
- 37 Müller/Giessler, Kommentar zum GWB³, RN 53 zu § 1.
- 38 14. 7. 1972, NJW 1972, 1636 = WuW/E EWG/MUV 272.
- 39 Zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung ist für den Bereich der EWG die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten beziehungsweise für den Bereich des Freihandelszonen-Abkommens die entsprechende Beeinträchtigung des Warenverkehrs.
- 40 Was unter diesem Kriterium wirklich zu verstehen ist, hat aus intimster Kenntnis der Materie Farnleitner, *Nachlese zur Preisrechtsdiskussion* («Wirtschaftspolitische Blätter», Nr. 1/1975, S. 84) offen ausgesprochen: »Das Problem (der Handhabung dieses Gesetzes) ist dabei, daß nicht einmal die Mitglieder der amtlichen Preiskommission sagen können, welcher Preis volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist. Einfach gesagt, in der amtlichen Preiskommission ist volkswirtschaftlich gerechtfertigt, was am Ende der Verhandlungen als politisch tragbar herauskommt.« Berücksichtigt man, daß die Begutachtung der Kartelle durch den Paritätischen Ausschuß für Kartellangelegenheiten weitgehend unter preislichen Gesichtspunkten erfolgt (siehe oben, die Ausführungen zu Fußnote 24) und daß zumindest ein Teil der dort Tätigen auch in der Preiskommission amtiert, dann ist es bestimmt keine unzulässige Unterstellung, anzunehmen, daß auch der Beurteilung des Hauptkriteriums für die Zulassung von Kartellen ein Kompromiß auf politischer Ebene zugrunde liegt. Auch hier wird der Abstand zur EWG-Regelung deutlich.
- 41 (Fußnote 1), S. 5.
- 42 Für wichtige Hinweise, insbesondere auf die Marketing-Theorie, bin ich Herrn Dr. Chini, Hochschule für Welthandel, zu Dank verpflichtet.
- 43 Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, 2. Band, S. 227.
- 44 Diese wertvolle Anregung verdanke ich Herrn Mag. Weigel, Institut für Genossenschaftskunde der Universität Wien.
- 45 In einer Zentralverwaltungswirtschaft zum Beispiel erhält die »Marktkonformität« einen ganz anderen Begriffsinhalt wie in der Marktwirtschaft — und die Mischformen beider Systeme ergeben wieder ein neues Begriffsbild.
- 46 941 Bln. NR XII. GP.
- 47 Heuss, *Ökonomische und logische Bemerkungen zur Teerfarbenentscheidung des Bundesgerichtshofes*, NJW 1972, S. 11.
- 48 In der causa Farbenhersteller hat das Bundeskartellamt aus der Tatsache, daß die betroffenen Unternehmer ihren Abnehmern individuelle Preisnachlässe gewährt haben, gefolgert, daß die Unternehmen trotz der oligopolistischen Marktstruktur eine faktische Handlungsfreiheit hatten und keinem Marktzwang ausgesetzt waren. Angesichts der verschiedenen Größe, Struktur und Kostensituation der Unternehmen könne die gleiche Preiserhöhung zum gleichen Zeitpunkt keinem Marktzwang entsprechen (WuW 1968, S. 409).
- 49 Der Marktmechanismus bei monopolistischer Marktstruktur kann als Randerscheinung hier unberücksichtigt bleiben.
- 50 Von der Identität der Aktionsparameter geht auch Kersten aus: Bewußtes Parallelverhalten... (WuW 1972/2, S. 69 ff.).
- 51 Krejci (Fußnote 1). In diesem Sinne auch Schönherr (Fußnote 29).
- 52 Tautscher, *Die österreichische Wirtschaftsordnung*, 1971, S. 27 ff.
- 53 In diesem Sinne auch Zohnhöfer (Fußnote 3), S. 231: »Das Prinzip der Gewinnmaximierung als preispolitische Orientierungsnorm im Oligopol führt weithin zu Ergebnissen, die nicht im öffentlichen Interesse liegen.«
- 54 Heuss (Fußnote 4), S. 11, und »Aufeinander abgestimmtes Verhalten — Sackgasse und Ausweg«, WuW 6/1974, S. 370 ff., läßt das Bestehen von Marktzwang nur im Falle der Anpassung an Preissenkungen gelten und wendet gegen diesen Zwang ein:

- »Es hätte dann nicht der freie Wille und die eigene Verantwortung, sondern die Macht der Verhältnisse die Regie auf diesen Märkten.«
- 55 Zohlhöfer (Fußnote 3), S. 220.
- 56 Das Kartellobergericht hat die Entstehung von Differentialrenten bei Preiskartellen grundsätzlich für zulässig erklärt; Okt. 4/53 = Schönherr-Dittrich² E 13.
- 57 In Frankreich verbietet Art. 419 des schon unter Napoleon 1810 erlassenen und im Jahre 1926 novellierten Code pénal jedes Marktverhalten, das auf die Erzielung eines Gewinnes gerichtet ist, der sich nicht »aus dem natürlichen Spiel von Angebot und Nachfrage«, also aus der freien Konkurrenz ergibt. (OECD-Guide de la législation sur les pratiques commerciales restrictives, Frankreich 0.1 und 1.5.1.)
- 58 In den anderen Fällen wird ein Absichtstatbestand durch einen Erfolgstatbestand ergänzt. Wenn aber bei einem Erfolgstatbestand (abgestimmtes Verhalten) diese Prozedur neuerlich erfolgt, dann führt das entweder zu einer Tautologie oder aber zu inneren Widersprüchlichkeiten.
- 59 In diesem Falle wird das Kartellobergericht in letzter Instanz die Auslegung des Gesetzes vorzunehmen und zu entscheiden haben, ob die Erläuterungen im Wortlaut des Gesetzes ihre Deckung finden oder darüber hinausgehend zu einer eigenen Rechtsquelle werden. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat den Rechtsgrundsatz entwickelt, daß Materialien und Motivenberichte zwar zur Auslegung des Gesetzes dienen, niemals aber selbst Quelle des Rechts sein können (Vw SlgNF 5362 A). Auch sind Gesetzesvorschriften nicht nach den Absichten des Gesetzgebers auszulegen, die im Wortlaut des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden haben (VwGH 31. 1. 1963, 1805; 12. 3. 1964, 789/63).
- 60 Trimarchi, *Die rechtliche Beurteilung abgestimmten Verhaltens auf oligopolistischen Märkten*, GRUR 1970, S. 318, stellt als Ergebnis der US-Antitrustrechtsprechung fest: »Allgemein kann man sagen, daß das Vorgehen gegen bewußtes Parallelverhalten auf oligopolistischen Märkten bisher keinen anderen Erfolg gehabt hat, als oberflächliche Anzeichen von Konkurrenz zu wecken, ohne am eigentlichen Marktverhalten etwas zu ändern.
- 61 zitiert in Ulmer (Fußnote 3), S. 40, Fußnote 75 a.
- 62 Szecsi (Fußnote 25), S. 2 f.
- 63 Szecsi (Fußnote 25), S. 3.