

Inhalt

Lauter Bäume, kein Wald <i>Matthias Neumayr</i>	7
„Funktionale Rezeption“ am Beispiel der österreichischen Business Judgment Rule – (mehr als) ein Vergleich mit Deutschland und Delaware <i>Andreas Baumgartner</i>	25
Interdisziplinäres Arbeiten der Zivilgerichte <i>Johanna Croon-Gestefeld</i>	49
Die richtige Höhe des Schmerzensgeldantrags – Im Spannungsfeld zwischen Ankereffekt und Kostenrisiko <i>Daniel Effer-Uhe</i>	69
Prozessuale Kostenverteilung und materielles Recht <i>Matthias Fervers</i>	87
Im Zweifelsfall gegen den Angeklagten – Die Bedeutung des allgemeinen Schuldrechts bei der Definition einer Kartellabsprache nach Art 101 Abs 1 AEUV <i>Raffael Gübeli</i>	109
Marken- und Wettbewerbsrecht als Vorbilder für die Vertragsauslegung? Methodeninnovation durch Verbraucherbefragungen – der lange Weg der Demoskopie und ihre ungewisse Zukunft <i>Hanjo Hamann</i>	133
Privatrechtsnachfolge durch Hoheitsakt und ihre prozessuale Bewältigung <i>Robert Korves</i>	153
	5

Inhalt

§ 1489 Satz 2 Var 2 ABGB: Zeitstrafe im Zivilrecht oder sinnvolle Koordination der Disziplinen? <i>Matthias Pendl</i>	185
Leistungsbestimmung durch Dritte und „billiges Ermessen“. Zum Einfluss des BGB auf Österreich und dem Wert der historischen Methode <i>Stefan Potschka</i>	213
Die Unvereinbarkeit der verbandsrechtlichen Entlastung mit zentralen Wertungen des Bürgerlichen Rechts <i>Lars Rühlicke</i>	233
Intradisziplinäre Rechtswissenschaft im Überschneidungsbereich von öffentlichem Recht und Privatrecht <i>Dominik Schäfers</i>	255
Die Ökonomie des Kartellschadens. Der Mehrwert einer interdisziplinären Perspektive auf die Durchsetzung des EU-Kartellrechts <i>Franziska Weber</i>	285
Kündigungsschädigung – Schadenersatz mit pönalen Elementen? <i>Stella Weber</i>	309

Im Zweifelsfall gegen den Angeklagten – Die Bedeutung des allgemeinen Schuldrechts bei der Definition einer Kartellabsprache nach Art 101 Abs 1 AEUV

Raffael Gübeli

A. Einführung in die Problematik

I. Einleitung

In den Köpfen der Unternehmer hat sich ein Bewusstsein dafür entwickelt, dass Konkurrenzabsprachen verboten sind und wirksam verfolgt werden. In Anbetracht der medialen Aufmerksamkeit, die Kartellrechtsfälle zurzeit geniessen¹, gleicht die Annahme jedoch einem Trugschluss, wenn man glaubt, Kartellabsprachen werden seltener.² Allfällige Kartellanten wählen lediglich vermehrt verdeckte und geheime Kommunikationsformen, um ihr Marktverhalten zu koordinieren, anstatt direkt ein gemeinsames Marktverhalten abzusprechen. So ist auch der sogenannte „*Informationsaustausch zwischen Konkurrenten*“ in den Fokus der Kartellbehörden gerückt.³ Damit wird das Szenario bezeichnet, in welchem Konkurrenten untereinander Information über ihr Wettbewerbsverhalten austauschen, wie beispielsweise durch die Offenlegung der künftigen Werbeausgaben, Produktionsmengen oder gar Listenpreise. Zu einer eigentlichen Vereinbarung kommt es hingegen nicht oder sie kann nicht nachgewiesen werden.

Den Informationsaustausch zeichnet seine Ambivalenz aus, indem ihm gleichzeitig *wettbewerbsfördernde* sowie *wettbewerbshindernde* Wirkun-

1 Der Autor folgt den Regeln der Schweizer Orthographie.

2 So beispielsweise die kürzlich veröffentlichte Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 27. September 2017 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3502_de.htm (Abruf 27.09.2017)).

3 Siehe hierzu das Protokoll zur diesbezüglichen OECD Veranstaltung im Oktober 2010; *OECD, Policy Roundtable, Information Exchange, 2010, DAF/COMP(2010)37*, (<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (Abruf 25.09.2017)).

gen zugeschrieben werden.⁴ Einerseits könnte eine erhöhte *Markttransparenz* zu einer Gleichförmigkeit des Marktverhaltens führen. Andererseits gilt ein Informationsprozess zwischen Konkurrenten als Voraussetzung eines wirksamen Wettbewerbs.⁵ Bevor jedoch das Kartellverfahren Raum für eine Gegenüberstellung der verstärkenden und beeinträchtigenden Auswirkungen eines Informationsaustauschs auf den Wettbewerb bietet, muss dieser eine *Kartellabsprache* begründen. Dieser Frage ist im folgenden Beitrag auf den Grund zu gehen.

II. Forschungsfrage

Eine horizontale Kooperation zwischen Unternehmen kann unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts nur verboten und gebüsst werden, wenn sie unter das sog. *Kartellverbot* fallen. In Art 101 Abs 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union lautet die Bestimmung: „*Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.*“⁶ Damit will verhindert werden, dass sich Konkurrenten sich untereinander koordinieren, anstatt sich im Kampf um den Zuschlag des Abnehmers versuchen zu beweisen.⁷ Die Norm fand

4 Vgl *Wagner-Von Papp*, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb (Baden-Baden 2004) 732-740.

5 *Schroeder*, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2008, 718 ff, 718; *Karenfort*, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – kompetitiv oder konspirativ?, WuW 2008, 1154 ff, 1154; *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – Zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklungen, EuZW 2013, 498 ff, 498; *Schröter/Voet van Vormizeele* in Europäisches Wettbewerbsrecht (Baden-Baden 2014) Art 101 AEUV Rn 63; zur Übersicht der Auffassungen verschiedener Kartellämter siehe *OECD*, Policy Roundtable (Fn 2) 9.

6 Auf den Tatbestand der Beschlusses einer Unternehmensvereinigung wird im vorliegenden Beitrag nicht individuell eingegangen, weil er sich materiell-rechtlich von der Vereinbarung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV hinsichtlich der Qualifikation eines Informationsaustauschs als Kartellabsprache nicht unterscheidet (*Bechtold* in *GWB-Kommentar* § 1 Rn 20).

7 Anstatt vieler siehe EuGH 22.10.2015 Rs C-194/14 *AC-Treuhand/Kommission* Rn 29 (ECLI:EU:C:2015:717).

in dieser Form bereits Eingang in Art 81 Abs 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie mit überwiegender Übereinstimmung in die nationalen Kartell- bzw. Wettbewerbsgesetze europäischer Staaten.⁸ Wie angekündigt stellt sich nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Austausch als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise gilt. Zur Illustration dieser Frage soll folgendes Gedankenspiel dienen:

Zwei Schokoladenhersteller teilen sich den Markt für Tafelschokolade mit je 50% an Marktanteilen. Beide Hersteller bieten eine Tafel von 100 Gramm Milkschokolade zu 1,40 EUR an. Der eine Hersteller wendet sich nun zum anderen und eröffnet diesem, dass er fortan den Preis für eine Tafel Milkschokolade um 0,10 EUR erhöht. Der empfangende Hersteller ist nun mit der Entscheidung konfrontiert, wie er dieses Geschäftsgeheimnis des anderen zu verwenden gedenkt. Er entschliesst sich schliesslich, beim Preis von 1,40 EUR zu bleiben, in der Hoffnung, durch das günstigere Angebot einen grösseren Marktanteil abschöpfen zu können, eher als mit dem Preiszuschlag von 0,10 EUR wieder den Markt zu teilen.

Handelt es sich hierbei nun um eine Kartellabsprache? Laut der herrschenden Lehre und Praxis fällt der oben beschriebene Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Kartellverbots aufgrund eines wettbewerbswidrigen Informationsaustauschs. Die Offenlegung sensibler Informationen, welche die Unsicherheiten über das künftige Marktverhalten beseitigen, bezwecke eine Wettbewerbsbeschränkung, sodass die konkreten Auswirkungen des Austauschs nicht mehr nachgewiesen werden müssten.⁹ Auch wenn der erste Anbieter seinen Konkurrenten zu einem Gleichverhalten bewegen wollte, vermag das Ergebnis nicht zu überzeugen: es fehlt das Kartell. Die beiden Hersteller haben sich weder abgesprochen noch abgestimmt verhalten. Vielmehr hat der eine Anbieter die Information verwendet um den Konkurrenten zu unterbieten, womit per Definition Wettbewerb vorliegt. Erklärt das Kartellverbot also implizit sensible Informati-

8 So bspw § 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 1 des österreichischen Kartellgesetzes (KartG) sowie Art 4 Abs 1 des schweizerischen Kartellgesetzes (KG), bei deren Auslegung allesamt die unionsrechtliche Rechtsprechung massgeblich ist; siehe hierzu für die Schweiz BGE 129 II 18, 47; für Österreich OGH 26.06.2006 16 Ok 51/05.

9 Beispielsweise *Deutsches Bundeskartellamt*, Fallbericht vom 17.01.2017 B11-11/08 *Hersteller von Süswaren 3-4*; siehe die Hinweise in Kap D.I.

Raffael Gübeli

onsaustausche für verpönt, ohne dass sich die Konkurrenten koordinieren und obwohl wirksamer Wettbewerb herrscht? Der Autor versucht im vorliegenden Beitrag das Gegenteil glaubhaft zu machen. Er stellt dabei die These auf, dass die vorherrschende Rechtsauffassung an Widersprüchlichkeiten leidet, die in einer Vernachlässigung des ökonomischen Hintergrunds des Kartellverbots gründet. Auch wenn bei der rechtlichen Qualifikation von Kartellabsprachen jeweils mit *Vereinbarungen*, *Konsens* und *Parteiabsichten* kernzivilrechtliche Begriffe fallen, versucht der Autor im vorliegenden Beitrag zu verdeutlichen, dass aus dem Schuldrecht für die Auslegung des Kartellverbotes nur wenig abgeleitet werden kann. Vielmehr herrscht im Kartellrecht ein Spannungsfeld zwischen Ökonomie und Recht, in welchem eine zu klassisch-juristische Herangehensweise zu inhaltlichen Widersprüchen mit der ökonomischen Lehre führt, die das Kartellverbot gerade anzuwenden versucht.

B. Kollusion als regulatorisches Leitbild

I. Begriffsdefinition

Laut der ständigen Rechtsprechung des höchsten Unionsgerichts findet zwischen den verschiedenen Tatbeständen des Kartellverbots alleine deshalb eine Abgrenzung statt, um die „*verschiedenen Formen der Kollusion zu erfassen, die in subjektiver Hinsicht in ihrer Art übereinstimmen und sich nur in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden.*“¹⁰ Der Begriff der Kollusion beschreibt eine oligopolistische Marktsituation, in welcher es für die Unternehmen profitabler ist, ihr kompetitives Marktverhalten zugunsten einer kollektiven Strategie aufzugeben.¹¹ Das bedeutet, wenn ein Anbieter seinen Preis erhöht, seine Konkurrenten mitziehen und ebenfalls den Preis erhöhen. Hingegen läge Wettbewerb vor, wenn sie den Preis nicht erhöhen und mit tieferen Preisen mehr Marktanteile ab-

10 Anstatt vieler siehe EuGH 22.10.2015 Rs C-194/14 *AC-Treuhand/Kommission* Rn 29 (ECLI:EU:C:2015:717); EuG 14.03.2013 T-588/08 *Dole/Kommission* Rn 55 (ECLI:EU:T:2013:130); EuGH 08.07.1999 Rs C-49/92 P *ANIC Partecipazioni/Kommission* Rn 108 und 131 (ECLI:EU:C:1999:356).

11 *Brütsch*, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts (Bern 2003) 18-19; *Stroux*, US and EC Oligopoly Control (Den Haag 2004) 27; *Filippelli*, Collective Dominance and Collusion (Cheltenham/Northampton 2013) 177.

schöpften. Durch das *parallele Verhalten* verzichten die Anbieter zulasten der Abnehmer jedoch darauf, weil sie sich durch Kollusion höhere Gewinne versprechen.¹² Zur Illustration solcher Situationen wird oft auf das Gefangenendilemma zurückgegriffen, welches die gegenseitige Reaktionsverbundenheit von Anbietern in einem Duopol aufzeigt.¹³

II. Spieltheorie - Gefangenendilemma

Zwei „Gefangene“ werden verdächtigt, zusammen zwei Straftaten begangen zu haben - eine Bagatelle und ein Verbrechen - und in getrennten Räumlichkeiten darüber verhört. Die Staatsanwaltschaft bietet jedem eine Strafmilderung, dafür dass der Befragte seinen Komplizen aufgibt. Schweigen beide, werden sie lediglich für die Bagatelle gebüßt. Kooperiert lediglich einer, genießt dieser die Freiheit, während den Ungeständigen die volle Strafe trifft. Aus Angst, vom Komplizen verraten zu werden, besagt die Spieltheorie, dass ohne vorgängige Absprache beide Verdächtige das Geständnis wählen, obwohl es für sie gewinnbringender wäre, zu schweigen.¹⁴ Dieses Spielergebnis stellt sinnbildlich auch das kompetitive Gleichgewicht auf oligopolistischen Märkten dar. Die Unternehmen verhalten sich kompetitiv, um zu vermeiden, dass ein Konkurrent an Stelle einer Koordination die gesamte Marktnachfrage abschöpft.¹⁵ Könnten die Gefangenen aber im Vorfeld der Entscheidung miteinander kommunizieren, wäre auch denkbar, dass beide schweigen und freikommen, indem sie ihre Wahl *vereinbaren* oder sich ohne Einigung dazu *abstimmen*. Diese unterschiedlichen Formen der Verhaltenskoordination werden in der Öko-

12 Für Einzelheiten zu den vorausgesetzten Marktstrukturkriterien siehe *Blattmann*, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern (Zürich 2012) 118 ff; *Karenfort*, Informationsaustausch (Fn 5) 1161 ff; *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch (Fn 5) 500 ff; vgl auch *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABLEU 2011 Nr C 11, Rn 77 ff; *Wissing*, Reaktionsverbundenheit in Oligopolen – das Problem der "tacit collusion", WuW 11/2017, 543 ff, 544.

13 Vgl *Brütsch*, Parallelverhalten (Fn 11) 32 ff; *Blattmann*, Informationsaustausch (Fn 12) 82-83.

14 Was im Einzelfall von der individuellen Gewichtung der einzelnen Verhaltensoptionen abhängt.

15 Illustrativ dargestellt in *Edelmann*, Informationsaustausch im Kartellrecht (Wien 2015) 8.

nomie als „explizite“ und „implizite“ Kollusion bezeichnet.¹⁶ Eine explizite Kollusion beschreibt das Szenario, in welchem die Akteure ihr zukünftiges gemeinsames Marktverhalten *direkt* vereinbaren. Bei der impliziten Kollusion wird die Verhaltenskoordination nicht durch eine explizite Vereinbarung erreicht, sondern durch eine indirekte *Abstimmung*, die ein Mindestmass an Kommunikation erfordert, wie wenn der eine Gefangene dem Komplizen verspricht, wie er sich entscheiden wird und der andere entweder seine Wahl dem anderen anpasst oder ihn ausliefert.¹⁷ So anerkennt die Ökonomie den Informationsaustausch als „*kollusionsfördernde Massnahme*“, indem sich die Konkurrenten anhand der Information koordinieren können, ohne dass eine Vereinbarung nötig ist.¹⁸ Die Anforderungen an die *Art* des Austauschs und den *Inhalt* der Informationen sind in der Literatur breit diskutiert. Zusammengefasst muss der Empfänger anhand der Daten zumindest ableiten können, wie sein Konkurrent in Zukunft einen Wettbewerbsparameter zu steuern gedenkt. Ansonsten lässt sich kein Referenzpunkt bilden, nach welchem sich allfällige Kartellanten richten könnten.¹⁹

III. Informationsaustausch als kollusionsfördernde Massnahme

Aus ökonomischer Sicht ist das *Ergebnis* der impliziten und expliziten Kollusion identisch. Beide Kollusionsformen haben gemeinsam, dass die Anbieter bewusst ihre autonome Entscheidungsfreiheit zugunsten eines gemeinsamen Verhaltens aufgeben, anstatt zu konkurrieren. Die Kollusionsformen unterscheiden sich lediglich in ihrem *Zustandekommen*: Einigung oder Abstimmung. Vergleicht man diese Definition mit dem Wortlaut des Kartellverbots, so lassen sich zwischen den Tatbeständen der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise unmittelbare Parallelen zur expliziten und impliziten Kollusion erkennen. Die anschliessende Betrachtung der traditionellen Umschreibung abgestimmten Verhaltensweise

16 *Whish*, Information Agreements, in Pros and Cons of Information Sharing, Series of the Swedish Competition Authority (Kalmar 2006) 22; *Brütsch*, Parallelverhalten (Fn 11) 19-22.

17 *Brütsch*, Parallelverhalten (Fn 11) 19-20.

18 *Stroux*, Oligopoly (Fn 11) 28 ff; *Blattmann*, Informationsaustausch (Fn 12) 139 ff.

19 MWH *Stroux*, Oligopoly (Fn 11) 29-32; *Edelmann*, Informationsaustausch (Fn 15) 109 ff.

zeigt aus Sicht des Autors, dass es sich bei den in Art 101 Abs 1 AEUV genannten Absprachevarianten um die Umsetzung der spieltheoretischen Kollusionsformen handelt²⁰. Die Tatbestände des Kartellverbots bezwecken die Bekämpfung kollusiven Verhaltens, weshalb die einschlägige Ökonomische Lehre bei deren Auslegung zwingend berücksichtigt werden muss.²¹ Für den Informationsaustausch zwischen Konkurrenten ist der Tatbestand der Vereinbarung jedoch ohne Bedeutung, weil sich die Anbieter höchstens darüber einigen würden, sensible Informationen auszutauschen und nicht, wie sie sich am Markt verhalten.²² Somit ist mit Hinblick auf den Informationsaustausch die Hervorhebung fällig, dass dieser aus ökonomischer Betrachtung „lediglich“ eine kollusionsfördernde Massnahme darstellt.²³ Das wettbewerbswidrige Verhalten liegt nicht in der Implementation oder Anwendung einer kollusionsfördernden Massnahme, sondern erst bei einer allfälligen Verhaltenskoordination. In der Folge gilt es zu beachten, wie sich diese ökonomische Erkenntnis in der Definition der abgestimmten Verhaltensweise widerspiegelt.

C. Die abgestimmte Verhaltensweise

Laut der ständigen Rechtsprechung des EuGH gilt als abgestimmte Verhaltensweise „[...] [jede] Form der Koordinierung zwischen Unternehmen [...], 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 Wettbewerbs treten läßt [...] [und] daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung [erfüllt], sondern [...] sich insbesondere auch aus einer im Verhal-

20 Implizit auch *Pahlen/Vahrenholt*, „Signalling“ und das Kartellverbot – öffentliche Verlautbarungen im Fokus der Kartellbehörden, ZWeR 4/2014, 442 ff, 445.

21 Siehe EuGH 22.10.2015 Rs C-194/14 *AC-Treuhand/Kommission* Rn 29 (ECLI:EU:C:2015:717).

22 So explizit *Schroeder*, Informationsaustausch (Fn 5) 718; *Lettl*, Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, WuW 9/2017, 422 ff, 425; aM *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2011/4, 585 *ASCOPA* Rn 396; *Edelmann*, Informationsaustausch (Fn 15) 87 der gänzlich auf eine Unterscheidung zwischen den Tatbeständen verzichten will.

23 Anstatt vieler siehe *Whish*, Information Agreements (Fn 16) 21.

ten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung [ergibt]“.²⁴ Im Unterschied zur Vereinbarung, in welchen sich Kartellanten über das Marktverhalten explizit einigen, wird beim rechtlichen Pendant der impliziten Kollusion *derselbe Konsens* durch zwei Tatbestandsmerkmale zum Ausdruck gebracht: der Abstimmung und der Verhaltensweise.²⁵

I. Die Abstimmung

Entsprechend der ökonomischen Erkenntnis aus der Spieltheorie, dass Unternehmen auch in der Lage sind, ohne direkte Einigung ein gleichförmiges Verhalten zu erreichen, umschreibt die Abstimmung den *Kommunikationsprozess*, den die Unternehmen durchlaufen, um eine gemeinsame Strategie zu definieren. Sie erfasst jede Art und Weise des Zusammenwirkens zwischen Unternehmen, die noch nicht zur Bildung eines gemeinsamen Willens über ihr künftiges Marktverhalten geführt hat.²⁶ In welcher Form die Unternehmen eine gemeinsame Strategie erarbeiten, ist unbegrenzt. Vorausgesetzt ist einzig, dass sie in der Lage sind, einen Referenzpunkt zu bestimmen, der im Falle der kollektiven Umsetzung die Verhaltenskoordination bildet.²⁷ Die in der Praxis häufigsten Abstimmungen erfolgen durch den Erlass horizontaler *Preisempfehlungen*²⁸, durch die Ver-

24 EuGH 14.7.1972, verb Rs 48/69, Slg 1972, 619 *ICI/Kommission* Rn 64 f (ECLI:EU:C:1972:70); EuGH 4.6.2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 26 (ECLI:EU:C:2009:343); EuG 14.03.2013 T-588/08 *Dole/Kommission* Rn 56 (ECLI:EU:T:2013:130).

25 Die Verhaltensweise muss ferner *kausal* zur Abstimmung sein, worauf im vorliegenden Beitrag nicht individuell eingegangen wird; siehe dazu ausführlich *Blattmann*, Informationsaustausch (Fn 12) 306.

26 *Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht (Fn 5) Art 101 AEUV Rn 56.

27 *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 447-448; *Gübeli*, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2017, 51.

28 *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2003/2, 282 *Fahrschule Graubünden* Rn 41; *Estermann*, Die unverbindliche Preisempfehlung (Zürich/St. Gallen 2016) 206 f; *Reinert*, Preisgestaltung, in Geiser/Krauskopf/Münch (Hg) Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX (Basel 2005) Rn 4.11 ff zu horizontalen Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen.

wendung von *Kalkulationshilfen*²⁹ und durch *Informationsaustausche*. Zu den letztgenannten Fällen zählen das Angehören zu einem Marktinformationssystem³⁰, öffentliche Ankündigungen³¹ oder die Teilnahme an geheimen Sitzungen, Gesprächen oder Schriftenwechsel³². Der Nachweis der *aktiven* Teilnahme an einem Informationsaustausch kann in gewissen Fällen schwierig sein, weshalb sich die europäische Rechtsprechung einer *Widerspruchslösung* bedient. Es besteht die Vermutung, dass der Empfänger die erhaltenen Informationen akzeptiert, solange er sich nicht *offen* und *ausdrücklich* erklärt, die Informationen nicht zu wollen und sich von den kommunizierten Inhalten *distanziert* (sog. „noisy withdrawal“).³³ Aber auch wenn Unternehmen, die sich ihre Geschäftsgeheimnisse offenbaren, höchstwahrscheinlich den Wettbewerb beschränken wollen, kann aus den *übereinstimmenden Absichten* kein Konsens abgeleitet werden, der unter das Kartellverbot fällt. Dieser muss sich nämlich aus einer der *Abstimmung entsprechenden Verhaltensweise* ergeben.³⁴

II. Die Verhaltensweise

Im Unterschied zur Vereinbarung, deren Umsetzung für die Anwendbarkeit des Kartellverbots nicht abgewartet werden muss, hat sich die Ab-

29 *Reinert*, Preisgestaltung (Fn 28) Rn 4.11 ff; *Neff/Theuerkauf*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (Basel 2010) Kalkulationshilfen-Bekanntmachung Rn 5-9; *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2006/4, 593 Rn 23, *VRT*.

30 Dazu ausführlich *Karenfort*, Informationsaustausch (Fn 5) 1154 ff; *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2011/4, 515 *ASCOPA*.

31 Dazu ausführlich *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 442 ff; EuGH 31.03.1993, Rs C-89/85 Slg 1993 I-1307 *Ahlström Osakeyhtiö ua/Kommission* (ECLI:EU:C:1993:120).

32 Ua Gespräche von Unternehmensvertretern am Rande einer Branchenkonferenz, *Deutsches Bundeskartellamt*, Fallbericht vom 17.01.2017 B11-11/08 *Hersteller von Süswaren*; ua eine Partie Golf mit einem Konkurrenzvertreter *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2012/3, 622 ff, Rn 62 ff und 185 ff *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; eine einmalige Sitzung EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Sl. 2009 I-4529 *T-Mobile Netherlands* (ECLI:EU:C:2009:343).

33 MWH *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 449; dazu mehr in Kap C.V.

34 Anstatt vieler EuGH 21.01.2016, Rs C-74/14 *Eturas* Rn 42 (ECLI:EU:C:2016:42); *Blattmann*, Informationsaustausch (Fn 12) 305; *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 451.

stimmung unter den Unternehmen in einem *gleichförmigen Marktverhalten* zu manifestieren.³⁵ Ohne dass sich die Unternehmen im Anschluss an die Abstimmung parallel verhalten, fehlt es an der praktischen Zusammenarbeit an Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs, wie in der Formel des EuGH gefordert.³⁶ Folglich bleiben versuchte Verhaltenskoordinationen ohne kartellrechtliche Konsequenzen.³⁷ In der Literatur wird teilweise in Frage gestellt oder gar abgelehnt, dass es sich bei der Verhaltensweise um ein zwingendes nachzuweisendes Tatbestandsmerkmal handelt. Diese Auffassung wird damit begründet, dass weil die Auswirkungen einer Kartellabsprache nicht nachgewiesen werden müssen, wenn ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird.³⁸ Das höchste Unionsgericht hat in seiner ständigen Rechtsprechung jedoch längst klargestellt, dass der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise stets ein Parallelverhalten voraussetzt.³⁹

III. Das erlaubte Parallelverhalten

Sowie die Abstimmung alleine keine Kartellabsprache begründet, liegt auch in einem gleichförmigen Marktverhalten alleine höchstens ein *Indiz* für das Vorliegen einer impliziten Kollusion. Nur ein Parallelverhalten, das in Folge einer wettbewerbswidrigen Abstimmung erfolgt ist, wird vom Kartellverbot erfasst. Eine zufällige oder marktstrukturbedingte Gleichförmigkeit erfüllt den Tatbestand nicht.⁴⁰ Denn das Kartellverbot beseitigt

35 Alleine die *Handlung*, sich über den zukünftigen Einsatz von Wettbewerbsparameter zu einigen, erfüllt den Tatbestand der Vereinbarung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV; *Mohr/König*, Der Tatbestand des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, JURA 2012, 165 ff, 167; mwH *Gübeli*, Informationsaustausch (Fn 27) 55.

36 Anstatt vieler siehe EuG 14.03.2013 T-588/08 *Dole/Kommission* Rn 56 (ECLI:EU:T:2013:130).

37 *Blattmann*, Informationsaustausch (Fn 12) 305 ff; *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 451, *Gübeli*, Informationsaustausch (Fn 27) 56.

38 *Brütsch*, Parallelverhalten (Fn 11) 183 f; *Witter*, Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht, (Wiesbaden 1999) 209 Fn 599; mwH *Pahlen/Vahrenholt*, Signalling (Fn 20) 451.

39 Anstatt vieler EuGH 08.07.1999 Rs C-49/92 P *ANIC Partecipazioni/Kommission* Rn 118 (ECLI:EU:C:1999:356).

40 EuGH 31.03.1993, Rs C-89/85 Slg 1993 I-1307 *Ahlström Osakeyhtiö ua/Kommission* Rn 126 (ECLI:EU:C:1993:120).

nicht das Recht der Unternehmen, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen, auch wenn es zu einem Parallelverhalten und folglich zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, solange sich die Unternehmen autonom festlegen.⁴¹ Diese Autonomiefreiheit wird vom EuGH „*Selbständigkeitspostulat*“ bezeichnet und als zentrales Element eines funktionsfähigen Wettbewerbs gehandelt.⁴² Solche Szenarien fallen unter den Begriff „*erlaubtes Parallelverhalten*“, das stets von der rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweise abzugrenzen ist. Zu denken ist an Märkte, die von Natur aus in ihren Strukturen eine hohe *Markttransparenz* und *Reaktionsgeschwindigkeit* auf Konkurrenzverhalten aufweisen.⁴³ In solchen Märkten kann es vorkommen, dass sich Konkurrenten gleichförmig verhalten, ohne dass es zu einer Abstimmung gekommen ist, sondern marktbedingt war. Ohne Beihilfe, die den Unternehmen zugerechnet werden kann, soll ein erlaubtes Parallelverhalten als intelligente Reaktion nicht kartellrechtlich verfolgt werden.⁴⁴ Wenn es zwei Arten von Parallelverhalten gibt, von welchen eines erlaubt und das andere verboten ist, muss in der Folge das Kriterium näher betrachtet, das für deren Abgrenzung sorgt: die sog. „*Fühlungnahme*“.

IV. Die „Fühlungnahme“ als Kern der abgestimmten Verhaltensweise

Das massgebliche Kriterium, ob eine Verhaltenskoordination das Selbständigkeitspostulat verletzt, liegt in der *Entstehungsgrundlage* einer Abstimmung. Denn laut dem höchsten Unionsgericht verbiete die abgestimmte Verhaltensweise „[...] jed[e] unmittelbar[e] oder mittelbar[e] Fühlungnahme zwischen Unternehmen [...], die bezweckt oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes

41 EuGH 16.12.1975, Rs C-40/73 Slg 1975 1663 *Suiker Unie u a/Kommission* Rn 174 (ECLI:EU:C:1975:174); EuGH 28.5.1998, Rs C-7/95 P Slg 1998 I-3111 *Deere/Kommission* Rn 87 (ECLI:EU:C:1998:256).

42 EuGH 14.7.1981, Rs C-172/80 Slg 1981 2021 *Züchner/Bayrische Vereinsbank* Rn 13 (ECLI:EU:C:1981:178).

43 *Van Gerwen/Navarro Varona*, *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, *Common Market Law Review* 31 (1994) 575 ff.

44 Zum Ganzen siehe auch *Brütsch*, *Parallelverhalten* (Fn 11) 9-10.

nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen.“⁴⁵ Darunter fallen insbesondere Massnahmen der Unternehmen, die bezwecken oder bewirken „[...] entweder das Marktverhalten eines [...] Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht“.⁴⁶ Die Abstimmung eines Referenzpunktes ist folglich immer dann tatbestandsmässig, wenn sie auf *marktfremde* Abstimmungsmassnahmen zurückzuführen ist. Mit anderen Worten definiert sich die verbotene Fühlungnahme als *Rückgriff auf eine künstlich erzeugte Abstimmungsgrundlage*. Damit gemeint sind alle *kollusionsfördernden Massnahmen* wie Preisempfehlungen, Kalkulationshilfen und Informationsaustausche, was wiederum die Parallelität zwischen der abgestimmten Verhaltensweise und dem ökonomischen Phänomen der impliziten Kollusion unterstreicht.⁴⁷ Auch wenn Berufsverbände Kalkulationshilfen und Preisempfehlungen als unverbindlich erklären, gelten sie als marktfremd, sobald sie durch eine erhöhte Absehbarkeit des Konkurrenzverhalten für Umstände sorgen, die nicht den „normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen“.⁴⁸ Hinsichtlich des Informationsaustausches verhält es sich nicht anders, wenn er in der Lage ist, die Konkurrenz über „das [eigene] Marktverhalten ins Bild zu setzen [...]“.⁴⁹ Folglich fallen Verhaltenskoordinationen, die einzig auf die Verwendung künstlicher Abstimmungshilfen zurückzuführen sind, unter den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise.

Damit die rechtsanwendenden Behörden in Fällen von Informationsaustauschen zwischen Konkurrenten nicht in jedem Einzelfall überprüfen müssen, ob die Transparenz im betreffenden Markt so gross war, dass sich die Unternehmen auch ohne Austausch von Geschäftsgeheimnissen hätten koordinieren können, haben die europäischen Gerichte eine widerlegbare *Kausalitätsvermutung* eingeführt. Laut dieser wird vermutet, dass „[...]

45 Anstatt vieler siehe EuGH 14.07.1981, Rs C-172/80 Slg 1981 2021 *Züchner/Bayrische Vereinsbank* Rn 14 (ECLI:EU:C:1981:178).

46 Anstatt vieler siehe EuGH 19.03.2015, Rs C-286/13 P *Dole* Rn 120 (ECLI:EU:C:2015:184).

47 Gübeli, Informationsaustausch (Fn 27) 54.

48 EuGH 28.5.1998, Rs C-7/95 P Slg 1998 I-3111 *Deere/Kommission* Rn 87 (ECLI:EU:C:1998:256); mWH *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch (Fn 5) 498.

49 EuGH 19.03.2015, Rs C-286/13 P *Dole/Kommission* Rn 120 (ECLI:EU:C:2015:184).

*die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen [...].*⁵⁰ Zwei Konkurrenten, denen eine Preiskoordination nachgewiesen wurde, müssen folglich den Nachweis bringen, dass diese aufgrund der Marktstruktur entstanden ist, wenn sie im Vorfeld preissensible Informationen ausgetauscht haben.⁵¹ Misslingt der Beweis, wird vermutet, dass die Fühlungnahme ursächlich war.

V. Das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Im Zusatz zu den Voraussetzungen der Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise, muss eine Kartellabsprache entweder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Damit will sichergestellt werden, dass zwischen der abgestimmten Verhaltensweise und der Wettbewerbsbeschränkung ein Zusammenhang besteht. Damit nicht bei allen Kartellabsprachen eine detaillierte Marktanalyse durchgeführt werden muss, wollte man die typischen und generell schädlichen Absprachen vom Nachweis der Auswirkung ausnehmen, indem solche Kartelle *bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen* darstellen. Entgegen dem vermeintlichen Wortlaut ist dabei jedoch nicht auf die *subjektiven Absichten* der Unternehmen abzustellen. Welche Ziele die Kartellanten mit der Absprache verfolgen, ist irrelevant.⁵² Laut der ständigen Praxis des EuGH ist von einem *objektivierten Zweckbegriff* auszugehen. Der Ausgangspunkt ist die Absprache an sich, wobei „auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen [ist]“.⁵³ Ob ein Kartell eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt hängt von den in der Absprache betroffenen *Wettbewerbsparametern* ab. Die Alternative des Be-

50 EuGH 08.07.1999 Rs C-49/92 P *ANIC Partecipazioni/Kommission* Rn 121 (ECLI:EU:C:1999:356); EuGH 19.03.2015, Rs C-286/13 P *Dole/Kommission* Rn 127 (ECLI:EU:C:2015:184).

51 EuGH 31.03.1993, Rs C-89/85 Slg 1993 I-1307 *Ahlström Osakeyhtiö ua/Kommission* Rn 126 (ECLI:EU:C:1993:120).

52 EuGH 19.03.2015, Rs C-286/13 P *Dole/Kommission* Rn 118 (ECLI:EU:C:2015:184); *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch (Fn 5) 500.

53 EuGH 11.09.2014, C-67/13 P *Cartes Bancaires/Kommission* Rn 53 (ECLI:EU:C:2014:2204).

zweckens soll als *Beweiserleichterung* gewährleisten, dass bei bestimmten Parametern kein Nachweis wettbewerbshindernder Auswirkungen gebracht werden muss.⁵⁴ Die europäische Praxis geht nämlich davon aus, dass bestimmte Kollusionen schon ihrer *Natur* nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können, ohne dass nähere Nachweise nötig wären.⁵⁵ Diese Vermutung gilt bei den sog. „*Kernbeschränkungen*“ wie Absprachen über Preise, Mengen und Absatzgebiete.⁵⁶ Das höchste Unionsgericht hält diesbezüglich in seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass „*bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie z. B. diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle führen, als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen [...] zu haben, dass [...] der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann*“.⁵⁷ Für Absprachen, welche die Koordination der übrigen Wettbewerbsparameter zum Inhalt haben, gilt diese Vermutung nicht. In diesen Fällen muss mittels umfassender Marktanalyse nachgewiesen werden, dass die betreffende Kartellabsprache mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt*.⁵⁸

Bei der Auslegung und Anwendung des Bezweckens und Bewirkens muss schliesslich beachtet werden, dass sich diese Tatbestände der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise als Ganzes beziehen. Die Frage, was durch einen Informationsaustausch bezweckt oder bewirkt wird, kann sich schon gar nicht stellen, zumal ein Austausch nicht als (vollendete) abgestimmte Verhaltensweise gilt. Trotzdem wird in der Literatur vielfach die Frage aufgeworfen, unter welchen Umständen ein *Informationsaustausch* eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verkörpert.⁵⁹ Denn die Annahme eines wettbewerbswidrigen Zwecks führe dazu, dass

54 *Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht (Fn 5) Art 101 AEUV Rn 120.

55 EuGH 11.09.2014, C-67/13 P *Cartes Bancaires/Kommission* Rn 54 ff (ECLI:EU:C:2014:2204).

56 MwH. *Edelmann*, Informationsaustausch (Fn 15) 97; *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch (Fn 5) 500.

57 EuGH 11.09.2014, C-67/13 P *Cartes Bancaires/Kommission* Rn 51 (ECLI:EU:C:2014:2204).

58 *Schröter/Voet van Vormizeele*, Europäisches Wettbewerbsrecht (Fn 5) Art 101 AEUV Rn 124-125.

59 Siehe dazu *Edelmann*, Informationsaustausch (Fn 15) 101 ff; *Schroeder*, Informationsaustausch (Fn 5) 718; *Dreher/Hoffmann*, Kartellrechtsverstöße durch Informa-

die Auswirkungen des Informationsaustauschs und damit eine allfällige Verhaltenskoordination nicht mehr nachzuweisen sind. Wie eingangs erwähnt hat sich diese Rechtsauffassung heute in der Praxis verschiedener europäischer Wettbewerbsbehörden niedergeschlagen. Im Vergleich mit den spieltheoretischen Erkenntnissen und der Definition der Tatbestandsmerkmale müssten dem Leser einzelne Widersprüche auffallen. Fehlt es bei dieser Auffassung nicht an einer der Abstimmung entsprechenden *Verhaltensweise*? Hätte sich das Bezwecken nicht auf die Absprache als Ganzes und die Bedeutung der *koordinierten Wettbewerbsparameter* zu beziehen?

D. Illegaler Austausch ohne Verhaltenskoordination?

I. Die Praxis Europäischer Wettbewerbsbehörden

Die Mitglieder des Bundesverbands der Deutschen Süßwarenindustrie (BDSI) wurden im Januar 2013 gebüßt, weil sie sich im Rahmen von Sitzungen eines „*Arbeitskreises der Konditionenvereinigung*“ unter anderem über Lieferbedingungen und beabsichtigte Preiserhöhungen ausgetauscht hätten.⁶⁰ Obwohl es keine koordinierten Preisabsprachen gab, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Millionenbussen des Kartellamts gegen die beteiligten Süßwarenhersteller im Januar 2017 bestätigt. Grund sei ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch, der als abgestimmte Verhaltensweise unter das Kartellverbot falle.⁶¹ Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes, äusserte sich wie folgt zu dieser Entscheidung: "*Das Oberlandesgericht hat noch einmal bestätigt, dass nicht nur klassische Absprachen zwischen Unternehmen kartellrechtlich verboten sind, sondern dass Unternehmen auch keine wettbewerblich sensiblen Informationen austauschen dürfen.*" Gerade wenn Unternehmen sich über den aktuellen Stand der Verhandlungen mit der Marktgegenseite oder über geplante Preiserhöhungen austauschen, beeinträchtigt dies den Wettbewerb zwi-

tionsaustausch?, WuW 12/2011, 1189 ff; *Pischel/Hausner*, Informationsaustausch (Fn 5) 500 f.

60 *Deutsches Bundeskartellamt*, Fallbericht vom 17.01.2017 B11-11/08 *Hersteller von Süßwaren* 3-4.

61 OLG Düsseldorf 26.01.2017, Az V-4 Kart 4/15 OWI *Süßwarenkartell*, angefochten vor BGH.

schen den Unternehmen. Zwar habe es keine koordinierten Preisabsprachen gegeben, wohl aber einen regelmässigen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch über die Verhandlungen mit dem Lebensmittelhandel - teilweise sogar über beabsichtigte Preiserhöhungen. Unzulässig sei das gleichwohl. Denn durch den Austausch sei etwa der Wettbewerb im Bereich Süßgebäck spürbar gedämpft worden.⁶²

In der Schweiz hat die Wettbewerbskommission betreffend eines Kartells im Markt für Schlachtschweine festgehalten, dass bereits „von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz dazu führen, dass die Unternehmen ihr Verhalten aufgrund dieser Kommunikationselemente implizit aufeinander abstimmen können, weshalb ein transparenzförderndes Verhalten den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllen kann.“⁶³ Vertreter der Unternehmen hatten sich wöchentlich an Schweinebörsen getroffen und Telefonkonferenzen abgehalten, um die Marktsituation zu besprechen und die Preisvorstellungen für die nächste Woche zu diskutieren. Den Anbietern konnte zwar eine Preiskoordination nachgewiesen werden. Laut der Begründung der Wettbewerbskommission, wäre ein Parallelverhalten jedoch nicht vorausgesetzt, weil das wettbewerbswidrige Verhalten bereits im Informationsaustausch liege.⁶⁴ Deutlicher hat es die Wettbewerbskommission in einem jüngeren Entscheid formuliert: Durch den detaillierten Austausch zukünftiger Preisinformation *beabsichtigten* die Konkurrenten sich bei ihren Marktentscheidungen gegenseitig zu beeinflussen, was eine wettbewerbskonforme Preissetzung ausschliesse und somit *per se* eine abgestimmte Verhaltensweise darstelle.⁶⁵

In Österreich entschied das OLG Wien in einem Fall betreffend den Markt für Kommerzstahl, dass „[d]er Informationsaustausch bzw. die Fühlungnahme zwischen der Antragsgegnerin und ihren Mitbewerbern [...] als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren [sei], da hiebei [sic]

62 *Legal Tribune Online* 27.01.2017 (<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-duesseldorf-azv-4kart415owi-kartelle-suesswaren-preisabsprachen-informationsaustausch-grundsatz/>) (abgerufen 30.09.2017)).

63 *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2004/3, 736 *Schlachtschweine* Rn 34; siehe auch RPW 2010/4, 737 *Baubeschläge* Rn 178.

64 *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2004/3, 734 *Schlachtschweine* Rn 28 ff.

65 *Schweizerische Wettbewerbskommission*, RPW 2012/3, 640 *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* Rn 235-236; siehe zur Ganzen Schweizer Praxis Gübeli, Informationsaustausch (Fn 27) 56.

Unsicherheiten bezüglich des künftigen Marktverhaltens ausgeräumt worden seien.“ Im Rahmen eines einzelnen Treffens hätten die Konkurrenten über die *Anpassung der Zahlungskonditionen* mittels Vereinheitlichung des Zahlungsziels, Rücknahme des Skontos und Einführung eines Positionszuschlags abgeprochen. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin allerdings einen Positionszuschlag nicht eingeführt. Das OLG Wien hielt fest, dass das mangelnde gegenseitige Vertrauen der Qualifikation des Treffens als abgestimmte Verhaltensweise nicht entgegenstehe. Durch den Austausch wurden die Unsicherheiten bezüglich des künftigen Verhaltens beseitigt, wodurch die mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken durch praktische Zusammenarbeit ersetzt worden seien.⁶⁶

Die Praxisbeispiele aller drei Rechtsordnungen tendieren zur Auffassung, dass ein Austausch sensibler Informationen selbst eine abgestimmte Verhaltensweise verkörpert, wobei das koordinierte Verhalten nicht mehr nachgewiesen werden muss, wenn mit dem Austausch ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird. Das höchste Unionsgericht entschied nicht zuletzt im Fall *T-Mobile Netherlands* dass, „[...] dass ein Informationsaustausch, der geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmaßes und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt.“⁶⁷ Die herrschende Lehre und die nationalen Kartellbehörden sehen in dieser Erwägung den Beleg, dass sobald die Konkurrenten sich anhand des Austauschs theoretisch abstimmen könnten, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt und der Nachweis des Gleichverhaltens ausbleiben könne. Mit den unüberwindbaren Widersprüchen, die mit der Befolgung dieser Rechtsauffassung entstehen, hat bisher jedoch keine Auseinandersetzung stattgefunden.

⁶⁶ OLG Wien 09.09.2015, 24 Kt 29/15 *Bundeswettbewerbsbehörde/Frankstahl Rohr- und Stahlhandels-gesellschaft mbH*.

⁶⁷ EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 41 (ECLI:EU:C:2009:343); EuGH 19.3.2015 Rs C-286/13 P *Dole* Rn 122 (ECLI:EU:C:2015:184); im jüngsten Entscheid entschied der EUGH gar, dass *„eine Kontaktaufnahme, die in einem Versuch der Einigung über Preise besteht, eine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene abgestimmte Verhaltensweise ist.“*, EUGH 26.1.2017 Rs C-609/13 P *Duravit* Rn 163 (ECLI:EU:C:2017:46).

II. Die Widersprüche der vorherrschenden Rechtsauffassung

Dem Auslegungsergebnis des deutschen Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf zum Süßwarenkartell, dass ein Austausch sensibler Informationen kartellrechtswidrig ist, kann nur bedingt entsprochen werden. Die hier behandelten Kartellrechtsordnungen verbieten abgestimmte Verhaltensweisen und nicht Informationsaustausche. Für sich alleine verkörpert ein Informationsaustausch als *kollusionsfördernde Massnahme* lediglich ein Bestandteil der Abstimmung. Ohne die übrigen Voraussetzungen, namentlich dass eine Preiskoordination nachgewiesen ist, kann ein Austausch von Preisinformationen nicht unter das Kartellverbot fallen.⁶⁸ Die weitere Behauptung, dass der Austausch den Wettbewerb dennoch spürbar gedämpft habe, ist unbegründet. Denn analog zu den Erkenntnissen der Spieltheorie, ist ein kollusives Marktergebnis erst erreicht, wenn sich die Anbieter parallel verhalten, anstatt sich zu unterbieten. Aus rechtlicher Sicht liegt die Wettbewerbsbeschränkung in der Verletzung des Selbstbestimmungspostulats. Dieses bleibt intakt, wenn die Unternehmen sich zwar ihre künftigen Preiserhöhungen ankündigen, sich anschliessend jedoch autonom verhalten. Die Praxis des Bundeskartellamtes führt folglich zu einer Ausdehnung des Tatbestands der abgestimmten Verhaltensweise zulasten der verdächtigten Unternehmen, indem auch die Vorbereitungshandlungen einer noch nicht eingetretenen Verhaltenskoordination mitumfasst werden.

In diesem Sinne kann auch der Erwägung des OLG Wien im Fall *Kommerzstahl*, dass das mangelnde gegenseitige Vertrauen der Anbieter unbeachtlich sei, nicht gefolgt werden. Die Einschätzung, inwiefern die Konkurrenz die Abstimmung umsetzen wird, ist für das individuelle Marktverhalten entscheidend. Und solange sich ein Unternehmen für den Alleingang entscheidet, hat es sich nicht abgestimmt verhalten. Die versuchte Verhaltensabstimmung bleibt kartellrechtlich irrelevant.⁶⁹ Es würde keinen Sinn ergeben, die abgestimmte Verhaltensweise von einem erlaubten Parallelverhalten abgrenzen zu müssen, wenn beide Formen das Parallelverhalten nicht mehr gemeinsam hätten. Wo ein erlaubtes Parallelverhalten existiert, müsste es auch eine „*erlaubte Abstimmung*“ geben.

68 Vgl Kap C.II.

69 Siehe Kap C.II, es ist der Tatbestand der Vereinbarung, deren Umsetzung nicht abgewartet zu werden braucht.

In gleicher Weise schlägt die Begründung der Schweizerischen Wettbewerbsbehörde im Fall *Schlachtschweine* fehl. Transparenzfördernde Massnahmen im Allgemeinen mögen eine Abstimmung begünstigen und gelten als Fühlungnahme im Sinne der ständigen unionsgerichtlichen Rechtsprechung. Das Kartellverbot verlangt dennoch gleichförmiges Marktverhalten. Es trifft wohl in den meisten Fällen zu, dass die Unternehmen im Falle sensibler Informationsaustausche beabsichtigen, die Konkurrenz zu einem Parallelverhalten zu bewegen. Ein Bezwecken im Sinne des Kartellverbots kann trotz dieses Nachweises nicht begründet werden. Ein solches liegt vor, wenn die vereinbarte oder abgestimmte Verhaltenskoordination nach allgemeinen Erfahrungswerten immer zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, was primär anhand der Bedeutung der Wettbewerbsparameter bestimmt wird, betreffend welchen sich die Anbieter abgestimmt verhalten haben.⁷⁰ Es stellt sich somit die Frage, was der EuGH mit der oben zitierten Erwägung entscheiden wollte, dass wenn ein Austausch in der Lage ist, Unsicherheiten über das künftige Marktverhalten zu beseitigen, ein *wettbewerbswidriger Zweck* vorliegt.⁷¹ Entgegen des vermeintlichen Wortlauts und der Auffassung der herrschenden Lehre und Praxis kann damit nicht *Bezwecken* im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV gemeint sein.

Erstens ist das Bezwecken nicht wörtlich auszulegen. Allfällige wettbewerbswidrige Absichten der Kartellanten sind unmassgeblich.⁷² *Zweitens* beziehen sich das Bezwecken und Bewirken auf die abgestimmte Verhaltensweise (und Vereinbarung) als geschlossenes Ganzes. Ein Informationsaustausch gilt als eine von vielen *Abstimmungshilfen*, die als Fühlungnahme unter Konkurrenten ein koordiniertes Marktverhalten ermöglichen.⁷³ Auch wenn das Kartellverbot vorwiegend grammatikalisch auszulegen wäre, bliebe es unmassgeblich, was die Anbieter mit dem Informationsaustausch beabsichtigten oder bewirkten, zumal sich beide Kriterien

70 Vgl Kap C.V; in einem jüngst ergangenen Urteil kam das schweizerische Bundesverwaltungsgericht der hier geforderten Auffassung nach und erklärte das Parallelverhalten zum zwingenden Tatbestandsmerkmal, trotz (passiver) Teilnahme an einem Informationsaustausch. Auf die Auslegung des Bezweckens ist das Gericht jedoch nicht eingegangen (*Bundesverwaltungsgericht* 14.11.2017 B-552/2015 *Immer AG*).

71 EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 41 (ECLI:EU:C:2009:343).

72 Vgl Kap C.V.

73 Vgl Kap B.III und C.IV.

Raffael Gübeli

auf eine vollkommene abgestimmte Verhaltensweisen beziehen, was ein Parallelverhalten einschliesst. *Drittens* kann es nicht angehen, dass die Lehre und Praxis mit dieser Rechtsauffassung zulassen, dass sich das Bezwecken auf vorgelagerte Tatbestandsmerkmale auswirkt und diese ersetzt. Es führt nämlich dazu, dass die Tatbestandsmerkmale des Bewirkens und der Verhaltensweise gleichgesetzt werden, indem der Nachweis der Verhaltenskoordination ausbleiben kann, wenn ein wettbewerbswidriger Zweck vorliegt. Ein koordiniertes Marktverhalten kann im engeren Sinne zwar als Folge des Informationsaustauschs betrachtet werden. Es ist jedoch selbstredend, dass die Verhaltensweise und das Bewirken strikt zu trennende Tatbestandsmerkmale sind. Ersteres betrifft die *Form der Absprache* und letzteres die *Kausalität* zur anschliessenden Wettbewerbsbeschränkung. *Viertens* verliert die Regel, dass versuchte Verhaltensabstimmungen nicht unter das Kartellverbot fallen, ihre Geltung, wenn Informationsaustausche rein wegen ihrer wettbewerbswidrigen Absichten als abgestimmte Verhaltensweisen qualifizieren.

III. Auslegungsvorschlag

Wenn der Europäische Gerichtshof im oben zitierten Urteil in Sachen *T-Mobile Netherlands* mit der Definition eines wettbewerbswidrigen Zwecks eines Informationsaustauschs nicht das *Bezwecken* im Sinne des Kartellverbots umschreiben wollte, stellt sich die Frage, wie die Erwägung verstanden werden kann, ohne dass die Begründung der traditionellen Definition der abgestimmten Verhaltensweise widerspricht. Die Antwort findet sich im *T-Mobile Netherlands* Urteil selbst. Der EuGH betont, „*dass der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise, wie sich unmittelbar aus der Vorschrift selbst ergibt, über die Abstimmung zwischen den Unternehmen hinaus ein dieses entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraussetzt.*“⁷⁴ Folglich kann es nicht im Sinne des höchsten Unionsgerichts sein, das Parallelverhalten zuerst als Tatbestandsmerkmal zu bestätigen und anschliessend Informationsaustausche davon auszunehmen. Vielmehr weist der Kontext innerhalb der Entscheidung darauf hin, dass obwohl von einem wettbewerbswidrigen

⁷⁴ EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 51 (ECLI:EU:C:2009:343).

Zweck die Rede ist, der EuGH den Austausch an zitierter Stelle als *verbotene Fühlungnahme* subsumiert, ohne auf das Bezwecken eingehen zu wollen. Das Verfahren handelte von Telekomunternehmen, die in den Niederlanden Netzwerkdienste anbieten und in einem Treffen eine allfällige Kürzung der Händlervergütungen beim Abschluss von Post-Paid-Verträgen diskutiert haben.⁷⁵ Weil im Anschluss an das Treffen eine Reduktion der Händlervergütungen beobachtet werden konnte, stellte sich im Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof die Frage, ob ein einmaliger Austausch über eine Kostenkomponente eine abgestimmte Verhaltensweise mit wettbewerbswidrigen Zweck darstellte.⁷⁶ Der EuGH hielt fest, dass nicht jedes Parallelverhalten zwangsläufig bedeute, dass sich die Konkurrenten mit wettbewerbswidrigen Absichten abgestimmt hätten. Davon könne jedoch ausgegangen werden, wenn im Vorfeld ein Austausch von sensiblen Informationen stattgefunden hat, der geeignet war Unsicherheiten über das künftige individuelle Verhalten zu beseitigen.⁷⁷ Folglich wird dem Umstand, dass Unternehmen mit ausdifferenzierten Informationsaustauschen in den meisten Fällen wettbewerbswidrige Absichten verfolgen, unter dem Titel der Fühlungnahme Rechnung getragen, ohne die Verhaltensweise als Tatbestandsmerkmal und die traditionelle Definition des Bezweckens in Frage zu stellen.⁷⁸

E. Schlussfolgerung

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass eine Rechtsunsicherheit herrscht unter welchen Voraussetzungen ein Informationsaustausch zwischen Konkurrenten kartellrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Die herrschende Lehre und Praxis geht mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH da-

75 EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 10 ff (ECLI:EU:C:2009:343).

76 *Schlussantrag der Generalanwältin Kokott*, Rs C-8/08 *T-Mobile Netherlands* Rn 36.

77 EuGH 4.6. 2009 Rs C-8/08, Slg 2009, I-4529 *T-Mobile Netherlands* Rn 41 (ECLI:EU:C:2009:343).

78 Analog dazu wollte der EuGH in seiner Entscheidung in Sachen *Duravit* nicht die versuchte Preisabsprache der abgestimmten Verhaltensweise gleichsetzen. Vielmehr gilt der Einigungsversuch als wettbewerbswidrige Fühlungnahme, worauf eine anschließendes Parallelverhalten vermutungsweise kausal ist (vgl EUGH 26.1.2017 Rs C-609/13 P *Duravit* Rn 163 (ECLI:EU:C:2017:46)).

von aus, dass bereits jeglicher Austausch von sensiblen Informationen, der geeignet ist, die Unsicherheiten bezüglich des künftigen Marktverhalten zu beseitigen, aufgrund seines wettbewerbswidrigen Zwecks eine abgestimmte Verhaltensweise verkörpert. Dies führt zu einer unzulässigen Ausdehnung des Kartellverbots, indem bereits Massnahmen zur Abstimmung als tatbestandsmässig betrachtet werden. Der Autor zieht diese Rechtsauffassung in Zweifel, indem er aufzuzeigen versucht, dass eine entsprechende Auslegung gerade den ökonomischen Theorien widerspricht, die das Kartellverbot umzusetzen gedenkt. Die Ökonomie stellt fest, dass ein Informationsaustausch ein Hilfsmittel zur Koordination darstellt und somit lediglich der Abstimmung dient. Die effektive Wettbewerbsbeschränkung liegt in der Gleichförmigkeit der Konkurrenten. Dieser Theorie entspricht auch die traditionelle Begriffsdefinition der abgestimmten Verhaltensweise. Die herrschende Lehre und Praxis vertreten hingegen eine Rechtsauffassung, die mit der traditionellen Begriffsdefinition nicht in Einklang zu bringen ist. Nach einer kritischen Auseinandersetzung hat der Autor folgende Schlussfolgerungen gezogen:

1. Die Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise widerspiegeln die rechtlichen Instrumente zur Bekämpfung *expliziter* und *impliziter* Kollusion.
2. Eine Einigung unter Konkurrenten oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung, Informationen auszutauschen, erfüllt die Voraussetzungen einer Vereinbarung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV nicht, weil typischerweise kein Konsens über den zukünftigen Einsatz von Wettbewerbsparametern vorliegt.
3. Der Austausch sensibler Informationen zwischen Wettbewerbern kann einzig im Zusammenhang mit einer abgestimmten Verhaltensweise unter das Kartellverbot fallen, indem es als *Abstimmungshilfe* und somit als *verbotene Fühlungnahme* eine Verhaltenskoordination auslöst.
4. Die der Abstimmung entsprechende Verhaltensweise ist ein zwingendes Tatbestandsmerkmal, das auch nicht durch einen wettbewerbswidrigen Zweck ersetzt werden kann, weil durch das Bejahen des *Bezweckens* lediglich der Nachweis des *Bewirkens* entfällt und nicht derjenige der *Verhaltensweise*. Ein Informationsaustausch ist folglich erst mit einer ihm entsprechenden Verhaltenskoordination kartellrechtswidrig. Eine versuchte Koordination fällt nicht unter Art 101 Abs 1 AEUV.
5. Ein Austausch von Informationen, der so ausgestaltet ist, dass er die Unsicherheiten bezüglich des jeweiligen künftigen Marktverhaltens be-

seitigt, gilt als *verbotene Fühlungnahme*. Dass Anbieter mit entsprechend detaillierten Austausch eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen, führt nicht zur Annahme eines Bezweckens im Sinne von Art 101 Abs 1 AEUV. Denn das Bezwecken und Bewirken bestimmen sich anhand der Bedeutung der durch die abgestimmte Verhaltensweise koordinierten Wettbewerbsparameter. Kernbeschränkungen bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, während bei weniger einflussreichen Parametern deren Zusammenhang nachgewiesen werden muss.

6. Die Kausalitätsvermutung besagt, dass die erhaltenen Informationen bei der Fällung eigener Marktentscheidungen von den Unternehmen berücksichtigt werden. Vorbehalten eines Beweises des Gegenteils, gilt ein Informationsaustausch folglich als *Ursache des Parallelverhaltens*. Die Vermutung vermag jedoch nicht den Nachweis eines der Abstimmung entsprechenden Parallelverhaltens zu ersetzen. Vermutet wird eine Kausalität zwischen Informationsaustausch und Verhaltenskoordination und nicht die Verhaltenskoordination an sich.
7. Für die Auslegung des Kartellverbots kann aus dem allgemeinen Schuldrecht wenig abgeleitet werden, obwohl bei der Definition von Kartellabsprachen Begriffe wie Vereinbarungen und Absichten der Parteien fallen. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass Art 101 Abs 1 AEUV von einem Bezwecken und Bewirken spricht, es unter diesem Titel jedoch irrelevant ist, was die Unternehmen mit dem Informationsaustausch beabsichtigen und was dessen Auswirkungen sind. Anders als im Zivilrecht, hat der Wortlaut der Normen, die das Kartellverbot umgesetzt haben, nicht den gleichen Stellenwert im Auslegungskanon. Die hier behandelten Vorschriften versuchen die spieltheoretischen Erkenntnisse in möglichst abstrakter Form einzufangen, weshalb ein Abstellen auf den Wortlaut alleine als irreführend empfunden werden kann.

Die vom Autor vorgeschlagene Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise beseitigt nicht nur die inhaltlichen Widersprüche, sondern bewahrt auch die als Vorbild genommene ökonomische Lehre. Den Kartellbehörden ist sie jedoch ein Dorn im Auge, weil ihnen für die Bekämpfung verdächtiger Informationsaustausche die Hände gebunden werden. Denn es käme ihnen sehr entgegen, nicht bei jedem Einsatz von Abstimmungshilfen abwarten zu müssen, ob oder wer im Anschluss kolludiert. Für die verfolgenden Kartellbehörden ist der Nachweis des Parallelverhaltens unter Umständen sehr aufwendig, weshalb es das Verfahren erleichtern würde,

Raffael Gübeli

könnte über die kartellrechtliche Zulässigkeit von kollusionsfördernden Massnahmen bereits eine Entscheidung getroffen werden, bevor eine Verhaltenskoordination entstünde. Doch wie der vorliegende Beitrag gezeigt hat, lässt sich der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise nicht zu einem solchen Instrument ausdehnen. Dem einleitenden Beispiel entsprechend, ist der Wettbewerb durch die hier verteidigte Auslegung des Kartellverbots nicht schutzlos den kollusiven Absichten der Unternehmen ausgesetzt, nur weil an der Verhaltensweise als Tatbestandsmerkmal festgehalten wird. Tauschen die Schokoladenhersteller sensible Informationen aus, ohne ihre Marktstrategien anzugleichen, bleibt die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gewahrt. Folglich ist die abgestimmte Verhaltensweise im Stande, in Sachen horizontaler Kooperationen zwischen Unternehmen den Wettbewerb von allen schädlichen Auswirkungen eines Informationsaustauschs zu bewahren. Käme der wettbewerbspolitische Diskurs doch zum Ergebnis, man müsse Anbieter für sensible Offenlegungen bestrafen, noch bevor sich ein gleichförmiges Marktverhalten bemerkbar macht, so müsste hierfür ein eigener Tatbestand geschaffen werden. Obwohl die abgestimmte Verhaltensweise als Form der *Kartellabsprache* gilt, kann auch im Falle gegenseitiger wettbewerbswidriger Absichten – egal ob nachweislich oder lediglich wahrscheinlich – keine übereinstimmende Willensäusserungen abgeleitet werden, die als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden. Solche Analogien zum allgemeinen Schuldrecht bei einer widerspruchsfreien Auslegung von Art 101 Abs 1 AEUV nicht möglich.