

I. Einleitung

Seit Beginn der politischen Zusammenarbeit auf europäischer Ebene durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften nach Unterzeichnung der Römischen Verträge im Jahr 1957 finden sich in den Gründungsverträgen dieser Gemeinschaften – EGKS, EAG und EWG – Normen, die das Funktionieren des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt sicherstellen sollen. Zu diesen zählt auch das Kartellverbot nach Art 101 Abs 1 AEUV¹, wonach *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*, verboten sind. Dieses absichtlich sehr weit und abstrakt formulierte Kartellverbot wurde erst im Laufe der letzten Jahrzehnte durch die Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie die Urteile der Unionsgerichte konkretisiert und auf diese Weise für den Anwender greifbarer gemacht.

Im letzten Vierteljahrhundert hatte sich die Europäische Kommission und in der Folge auch das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) und/oder der Europäische Gerichtshof (EuGH) vermehrt mit Sachverhalten auseinander zu setzen, in denen die Marktteilnehmer kein „klassisches Kartell“ bildeten, indem sie ihr Verhalten auf dem Markt durch die Festsetzung von Preisen oder die Einführung von Kontingentierungen explizit absprachen, sondern untereinander „nur“ Informationen austauschten. Diese Informationen betrafen in vielen Fällen strategisch relevante Daten wie die Preispolitik, Produktionsmengen sowie aktuelle Absatzzahlen. Beispielhaft sei an dieser Stelle ein Treffen mehrerer Tankstellenbetreiber einer bestimmten Region genannt, im Rahmen dessen sie einander gegenseitig darüber in Kenntnis setzten, welchen Kunden sie welche Rabatte gewähren oder zu welchen (Feier-)Tagen sie die Preise für Kraftstoffe üblicherweise erhöhen.

Arthur Jerome Eddy bezeichnete in seinem im Jahr 1912 erstmals erschienenen Werk den Austausch von individualisierten aktuellen oder zukünftigen Preisinformationen als perfektes Substitut für ein Kartell.² Dabei legte er die Problematik rund um den Austausch von strategisch relevanten Informationen zwischen

1 Früher Art 81 Abs 1 EG-V bzw Art 85 Abs 1 EWG-V.

2 *Wagner-von Papp*, Information Exchange Agreements (2012) 1.

Wettbewerbern – in concreto Preisinformationen – mit der folgenden hypothetischen Konversation zwischen zwei Unternehmern dar:³

A: Wir haben einen Verbund, aber wir legen keine Preise fest.

B: Was tut ihr dann?

A: Ich stehe auf und sage: „Mein Preis ist *so und so*“; und dann stehen die anderen auf und sagen, dass ihre Preise *so und so* sind.

B: Das Ergebnis dieses Austauschs liegt dann darin, dass der Preis aller Personen *so und so* ist.

A: Natürlich vereinbaren wir nicht, dass die Preise *so* sein müssen. Wir tauschen nur unsere Ansichten aus und überlassen die Preise sich selbst.⁴

Es stellt sich somit die Frage, ob auch der bloße Austausch von Informationen zwischen Mitbewerbern, die dabei keine explizite Absprache über ihr zukünftiges Verhalten treffen, unter das Kartellverbot subsumiert werden kann. Die Europäische Kommission widmete aufgrund der steigenden praktischen Relevanz dieser Thematik rund fünfzehn Seiten der im Jänner 2011 veröffentlichten *Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*⁵, in der sie die bisherige Rechtsprechung zur kartellrechtlichen Beurteilung des Informationsaustauschs darlegte und kommentierte. Schließlich vertrat auch der EuGH im Juni 2009 in der in der juristischen Literatur viel zitierten Entscheidung *T-Mobile Netherlands BV*⁶ eine äußerst strenge Linie, wonach auch der bloß einmalige Austausch von strategisch relevanten Informationen – im gegebenen Fall handelte es sich um die Absicht eines Unternehmens, auf dem Markt die im Telekommunikationsgeschäft übliche „Standardhändlervergütung“ zu senken – eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt und daher gemäß Art 101 Abs 1 AEUV *per se* verboten ist; freilich kann die Verhaltensweise im Einzelfall unter die Ausnahme vom Kartellverbot gemäß Art 101 Abs 3 AEUV fallen. Im Jahr 2013 bestätigten das EuG in der Sache *Fresh Del Monte Produce*⁷ sowie der EuGH in der Sache *Solvay*⁸ die strenge Linie des Judikats zu *T-Mobile Netherlands BV*, die nun wohl als gesicherter Bestand des *case law* anzusehen ist.

3 Beispiel entnommen aus *Eddy, The New Competition*⁴ (1920) 123 f.

4 Eigene Übersetzung; im englischen Original: „We have an association, but we don't agree upon prices“ – „What do you do?“ – „I get up and say 'My price is so and so'; and then the others get up and say their prices are 'so and so'“ – „And the result is, the price of everybody is 'so and so'“ – „Naturally, but we don't agree they shall be, we just exchange views and let prices take care of themselves.“

5 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl C 2011/11, 1.

6 EuGH 4.6.2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands/NlMa*, siehe unten IV.B.8.

7 EuG, T-587/08, *Fresh Del Monte Produce/Kommission*; Berufung gegen E der Kommission 15.10.2008, COMP/39.188, Bananen; siehe unten IV.B.9

8 EuGH 5.12.2013, C-455/11P, *Solvay/Kommission*; siehe unten IV.B.10.

Dass dieses Thema keines ist, das nur die Wissenschaft beschäftigt, sondern praktisch höchst relevant ist, belegen auch Artikel in der Tagespresse.⁹ Auch Führungskräfte müssen sich der mit dem Informationsaustausch einhergehenden Problematik bewusst sein und ebenso durch *Compliance*-Vorschriften sicherstellen, dass sie selbst und auch ihre Mitarbeiter auf niedrigeren Ebenen innerhalb der Unternehmenshierarchie diese berücksichtigen.¹⁰ Tun sie das nicht, droht ihnen auch die Haftung als Verwaltungsorgane der Gesellschaft, sofern sie nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden.¹¹

Nicht nur auf europäischer Ebene wird der Austausch strategisch relevanter Information auf seine Vereinbarkeit mit den kartellrechtlichen Vorschriften geprüft. Natürlich sind auch die nationalen Wettbewerbsbehörden angehalten, nicht zuletzt aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Art 101 ff AEUV, den verbotenen Austausch von Informationen zwischen Mitbewerbern zu verhindern und Verstöße entsprechend zu ahnden. So wurden in Deutschland¹² und Frankreich¹³ bereits mehrere Verfahren von den nationalen Wettbewerbsbehörden entschieden und dabei Geldbußen gegen die am Austausch beteiligten Unternehmen verhängt. So wurde im August 2012 gegen den Süßwarenhersteller *Haribo* wegen unerlaubten Austausches von Informationen mit Mitbewerbern über die Verhandlungsabläufe mit Einzelhändlern – Stichwort Rabattforderungen – vom deutschen Bundeskartellamt eine Geldbuße in der Höhe von rund EUR 2,4 Millionen vorgeschrieben.¹⁴ In Österreich wurden – soweit ersichtlich – noch keine derart gelagerten Fälle von der Bundeswettbewerbsbehörde bzw vom Obersten Gerichtshof in seiner Funktion als Kartellobergericht entschieden.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit, die auf meiner im Sommer 2013 an der Universität Wien approbierten Dissertation basiert, ist eine umfassende Analyse der Rechtsprechung der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte sowie der juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zu dieser Problematik. Mit dieser Arbeit soll einerseits ein Beitrag zur Diskussion der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Informationsaustauschs zwischen Konkurrenten in der Lehre, andererseits ein Beitrag für die Praxis geleistet werden. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Frühjahr 2014 berücksichtigt.

9 Siehe zB *Eckel*, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Wirtschaftsblatt vom 12.1.2012 (<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/service/rechtstipps/informationsaustausch-zwischen-wettbewerbern-503613/index.do>, 14.1.2015).

10 *Schmidt/Koyuncu*, Kartellrechtliche Compliance-Anforderungen an den Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, BetriebsBerater 2009, 2551 (2551).

11 Vgl dazu bspw § 25 GmbH und § 84 AktG als einschlägige Haftungsnormen für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht.

12 Siehe die Pressemeldungen des Bundeskartellamts (www.bundeskartellamt.de, 14.1.2015) vom 20.2.2008 und 10.7.2008.

13 Entscheidung der Autorité de la concurrence (www.autoritedelaconurrence.fr, 14.1.2015) 25.11.2005, 05-D-64, *palaces parisiens*.

14 Deutsches Bundeskartellamt; Pressemeldung vom 1.8.2012 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/01_08_2012_Haribo.html, 14.1.2015).

Die vorliegende Arbeit ist in sieben Kapitel unterteilt. Nach dieser kurzen Einleitung werden in Kapitel 2 die wesentlichen volkswirtschaftlichen Grundlagen dargestellt, auf denen die weitere Arbeit aufbaut.

In der Folge werden in Kapitel 3 die Begriffe *Information* und *Informationsaustausch* definiert und deren Relevanz für die vorliegende Arbeit aufgezeigt. Insbesondere soll dabei der Konflikt zwischen den wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgezeigt werden.

Kapitel 4 stellt den ersten Hauptteil der Arbeit dar. Nach einer Darstellung der unionsrechtlichen Dokumente betreffend den Informationsaustausch werden die bisherige Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission sowie die Rechtsprechung der Unionsgerichte eingehend analysiert. Dabei wird auch der Sachverhalt jeweils ausführlich dargestellt, da eine reine Betrachtung der Rechtssätze der Urteile ohne Einbeziehung der besonderen Umstände des Einzelfalls aus meiner Sicht nicht sinnvoll erscheint. Nach der Darstellung der rechtlichen Beurteilung durch die Europäische Kommission und/oder die Unionsgerichte sollen im Rahmen einer kurzen eigenen Stellungnahme zu jeder Entscheidung bemerkenswerte Punkte aufgezeigt bzw die Sichtweisen der Kommentatoren in der Literatur dargelegt werden.

Das fünfte Kapitel stellt den zweiten Hauptteil dieser Arbeit dar. Darin werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des in Art 101 Abs 1 AEUV normierten Kartellverbots erörtert. Den Schwerpunkt innerhalb dieses Kapitels stellt die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen samt der Analyse des Marktes und der ausgetauschten Information dar.

In Kapitel 6 wird die Ausnahme vom Kartellverbot erläutert und hinterfragt, wann ein Informationsaustausch, der zwar grundsätzlich vom Kartellverbot erfasst ist, dennoch aufgrund der damit einhergehenden positiven Effekte für den Wettbewerb aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots fällt.

Schließlich werden in Kapitel 7 die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit überblicksartig in Thesen zusammengefasst. Dabei wurde bewusst eine rechtssatzähnliche Darstellung mit Verweisen auf den jeweiligen Teil der Arbeit gewählt, um dem Leser das gezielte und rasche Auffinden der relevanten Stellen zu ermöglichen.

II. Volkswirtschaftliche Grundlagen

A. Allgemeines

Um die juristische Problematik, die hinter der Koordination des Verhaltens von Wettbewerbern steht, zu verstehen, bedarf es grundlegender Kenntnisse der volkswirtschaftlichen Aspekte dieses Themas. Während es für die juristische Beurteilung von wesentlicher Bedeutung ist, auf welche Art und Weise eine Koordination zustande kommt – ob sie also ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt –, liegt das Erkenntnisobjekt der Volkswirte vielmehr in den Auswirkungen des wettbewerbschädlichen Verhaltens.¹⁵ Es muss daher im Rahmen der volkswirtschaftlichen Analyse nicht zwischen ausdrücklicher oder stillschweigender Koordination¹⁶ unterschieden werden, um das Phänomen der Kollusion zu untersuchen.

Im Modell des vollkommenen Wettbewerbs gilt die Grundregel, dass Unternehmen ihre Produktionsmenge so wählen sollten, dass der Preis den Grenzkosten – also den Herstellungskosten einer zusätzlichen Produktionseinheit¹⁷ – entspricht.¹⁸ Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs beruht auf drei grundlegenden Annahmen:

- Alle **Anbieter** auf dem Markt sind **Preisnehmer**, das bedeutet, sie nehmen den Preis als vom Markt gegebene Konstante an und können die Höhe ihres Erlöses¹⁹ nur über die produzierte Menge steuern.
- Die **Produkte** der Unternehmen sind **homogen**, das heißt (nahezu) ident und daher vollkommen substituierbar.
- Der **Eintritt** in den Markt bzw der Austritt aus dem Markt sind mit **keinen signifikanten Kosten** für die Unternehmen verbunden.²⁰

In der Praxis ist der vollkommene Wettbewerb, auch als Polypol bezeichnet,²¹ nur in äußerst seltenen Fällen vorhanden, sodass der unvollkommene Wettbewerb

15 *Whish/Bailey*, Competition Law⁷ (2012) 562.

16 In der englischen Literatur finden sich hierzu die Begriffe *explicit collusion* und *tacit collusion*. Anstatt *tacit collusion* werden auch die Begriffe *tacit coordination*, *conscious parallelism* oder *coordinated effects* als Synonyme verwendet.

17 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie⁶ (2005) 129; *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre (2005) 218 f.

18 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie 363; *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre 219 ff.

19 Der Erlös ist das Produkt der hergestellten Menge und des Preises.

20 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie 356 ff.

21 *Whish/Bailey*, Competition Law 560.

den Regelfall darstellt. Hier wird je nach Anzahl der Marktteilnehmer auf der Anbieterseite zwischen Monopol, Oligopol und monopolistischer Konkurrenz unterschieden:

- In einem **Monopol** wird der Markt von einem einzelnen Anbieter eines bestimmten Produktes dominiert.²² Dabei wird die gesamte Produktionsleistung eines Marktes von einem einzigen Unternehmen erbracht.²³
- In einem **Oligopol** stehen sich nur einige wenige Unternehmen im Wettbewerb gegenüber.²⁴ Charakteristisch für das Oligopol ist, dass jedes einzelne Unternehmen Einfluss auf den Marktpreis nehmen kann.²⁵ Zudem ist der Markteintritt für neue Mitbewerber oft aufgrund von Markteintrittsbarrieren wie beispielsweise hohen Fixkosten oder hohen Anfangsinvestitionen nur beschränkt möglich.²⁶
- Bei der **monopolistischen Konkurrenz** stehen Unternehmer im Wettbewerb, die differenzierte, aber dennoch leicht substituierbare Produkte anbieten. Es liegen keine Marktzutrittsbarrieren²⁷ vor, sodass neue Unternehmen leicht den Markt erschließen, etablierte Firmen diesen aber ebenso schnell wieder verlassen können.²⁸

Die Abgrenzung zwischen diesen Kategorien kann im Einzelfall schwierig sein; insbesondere zwischen Oligopol und monopolistischer Konkurrenz scheinen die Grenzen oft verschwindend.

In der Folge soll schwerpunktmäßig das Verhalten der Marktteilnehmer in oligopolistischen Märkten untersucht werden, da in diesen – im Gegensatz zu den anderen vorgestellten Modellen – ein Einfluss des Einzelnen auf den Marktpreis möglich ist. Diese Einflussmöglichkeit ist Voraussetzung für eine (Preis-)Kartellbildung und tritt daher bei den anderen Formen logischerweise nicht auf: Beim Monopol mangelt es an einem weiteren Unternehmen, mit dem man eine Absprache treffen könnte; im vollkommenen Wettbewerb agieren die Unternehmen als Preisnehmer und haben somit keinen Einfluss auf die Preisbestimmung.

B. Die Spieltheorie als Anreiz für koordiniertes Verhalten

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, warum Unternehmen ihr Verhalten koordinieren wollen, anstatt sich dem freien Wettbewerb zu stellen. Eine Antwort lässt sich in den Grundsätzen der Spieltheorie finden: Im Sinne der Spieltheorie müssen Spieler – die Unternehmen – Entscheidungen treffen, die die Handlung

22 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 451; Varian, Intermediate Microeconomics⁷ (2006) 12.

23 Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre 270.

24 Gravelle/Rees, Microeconomics³ (2004) 400; Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 570.

25 Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre 248.

26 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 570.

27 Allg zu Marktzutrittsbarrieren vgl Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre 253 ff.

28 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 571 f.

gen und Reaktionen ihrer Mitspieler – die Mitbewerber auf dem relevanten Markt – miteinbeziehen.²⁹

1. Die Spieltheorie und das Gefangenendilemma

Unternehmen spielen ein **nicht-kooperatives Spiel**, da sie ihre Entscheidungen unabhängig voneinander unter Berücksichtigung ihrer Konkurrenten optimieren.³⁰ Ein klassisches Beispiel aus der Spieltheorie, die die Situation im oligopolistischen Markt verdeutlicht, ist das **Gefangenendilemma**.³¹ Zwei Gefangene begehen ein Verbrechen und müssen, ohne die Möglichkeit miteinander zu kommunizieren und ihre Aussagen abzusprechen, einmalig entscheiden, ob sie die Tat gestehen oder leugnen. Sollten beide die Tat gestehen, würde jeder von ihnen eine vierjährige Gefängnisstrafe ausfassen. Leugnen hingegen beide die Tat, wäre eine Haftstrafe von jeweils zwei Jahren fällig. Gesteht jedoch nur einer die Tat, so müsste der Geständige für ein Jahr, der andere für zehn Jahre ins Gefängnis. Dieser Sachverhalt kann in der folgenden Auszahlungsmatrix verdeutlicht werden:

		Gefangener B	
		geständig	nicht geständig
Gefangener A	geständig	4 Jahre; 4 Jahre (gesamt 8 Jahre)	1 Jahr; 10 Jahre (gesamt 11 Jahre)
	nicht geständig	10 Jahre; 1 Jahr (gesamt 11 Jahre)	2 Jahre; 2 Jahre (gesamt 4 Jahre)

Tabelle 1: Auszahlungsmatrix im Gefangenendilemma

Die Chance, dass der andere Gefangene gesteht oder nicht gesteht, liegt bei jeweils 50 %. Der Erwartungswert³² der Dauer der Haftstrafe beträgt im Falle eines Geständnisses zweieinhalb Jahre, bei Nichtgestehen hingegen sechs Jahre.³³ Für beide Gefangene – vorausgesetzt, sie handeln rational als *homines oeconomici* – wäre es daher vernünftiger, ihre Tat zu gestehen. Zwar ist die Konstellation, dass beide nicht gestehen, **pareto-effizient**;^{34, 35} die Entscheidung unter Heranziehung des Erwartungswerts ist hingegen eine andere, und somit eine **pareto-ineffiziente**. Das Grundproblem des Gefangenendilemmas liegt darin, dass die beiden

29 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 620.

30 Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 594.

31 Allgemeine Literatur zum Gefangenendilemma: Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie 593 ff; Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre 315 ff; Varian, Microeconomics 509 ff.

32 Erwartungswert = Wahrscheinlichkeit × Haftstrafe₁ + Gegenwahrscheinlichkeit × Haftstrafe₂.

33 $E_{\text{gestehen}} = 4 \times 0,5 + 1 \times 0,5 = 2,5$; $E_{\text{nicht gestehen}} = 10 \times 0,5 + 2 \times 0,5 = 6$.

34 Varian, Intermediate Microeconomics' (2006) 510.

35 Pareto-effizient bedeutet, dass man sich durch keine Strategie besser stellen kann, ohne dabei einen anderen Spieler schlechter zu stellen.

keine Koordinierungsmöglichkeit haben. Hätten sie diese, könnten sie sich darauf einigen, nicht zu gestehen.³⁶

2. Das Gefangenendilemma der Unternehmen im Kartell

Ebenso wie beim oben dargestellten Ausgangsfall des Gefangenendilemmas stehen Unternehmen einander im Wettbewerb gegenüber. Sie müssen unter Berücksichtigung ihrer Konkurrenten Entscheidungen treffen, ohne zu wissen, wie sich die Konkurrenten entscheiden werden. Das Spiel lässt sich zur besseren Darstellung auf die Situation zweier Unternehmen in einem Duopol³⁷, die ihren Gewinn maximieren möchten, reduzieren:

		Unternehmen B	
		niedriger Preis	hoher Preis
Unternehmen A	niedriger Preis	5; 5 (Wettbewerb) (gesamt 10)	25; 0 (gesamt 25)
	hoher Preis	0; 25 (gesamt 25)	20; 20 (Kartell) (gesamt 40)

Tabelle 2: Auszahlungsmatrix im Wettbewerb und im Kartell³⁸

Die kollektive Rationalität, das ist der Gewinn, den beide Unternehmen zusammen lukrieren, ist im Kartell maximiert und beträgt 40. Hingegen ist es für jedes Unternehmen individuell betrachtet rational, den Kartellpreis zu unterbieten und eine Niedrigpreispolitik zu verfolgen. Diese ist in jedem Fall vorteilhafter als die Hochpreispolitik: Unternehmer As Gewinn ist um fünf höher, wenn B eine Hochpreispolitik verfolgt (25 > 20). Entscheidet sich B für eine Niedrigpreispolitik, ist der Gewinn ebenfalls um fünf höher (5 > 0). Diese individuell isolierte Betrachtung des Nutzens führt allerdings dazu, dass die Unternehmen langfristig wohl ein ungünstigeres Ergebnis erreichen, als sie es durch Erzielung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Absprache im Rahmen eines Kartells erzielen könnten.³⁹

Der grundlegende Unterschied zwischen dem klassischen Gefangenendilemma und dem vorliegenden Beispiel der Wettbewerber im Duopol liegt darin, dass Unternehmen meist nicht bloß kurzfristig, sondern auf Dauer angelegt sind.⁴⁰

36 Varian, Microeconomics 510 f.

37 Das Duopol ist ein Oligopol mit lediglich zwei Unternehmen auf dem Markt.

38 Bsp in Anlehnung an Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law³ (2010) Rz 5-010.

39 Kerber in Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik II⁹ (2007) 399 f.

40 Daher ist nicht vom weiten Begriff der Dauerhaftigkeit gemäß § 1 Abs 2 UGB und § 1 Abs 2 KSchG auszugehen, wonach auch eine zeitlich begrenzte Tätigkeit „auf Dauer“ ausgeübt werden kann; vgl dazu bspw Straube in Straube, UGB I⁴ § 1 Rz 60. Vielmehr ist hier von einer unbefristet ausgeübten Tätigkeit auszugehen.

Die Unternehmer haben somit keine einmalige Entscheidung zu fällen, sondern müssen immer wieder Entscheidungen treffen. Dadurch können sie ihre Mitspieler besser kennenlernen, Vertrauen – oder Misstrauen – zueinander aufbauen und auf deren Strategie reagieren.⁴¹ Angesichts der Auszahlungsmatrix der Gewinne in Tabelle 2 bevorzugen Unternehmen die Kartellvariante, sodass sie danach streben werden, eine Absprache zu erzielen und einen hohen Preis festsetzen, um sich nicht auf einen harten Preiskampf einlassen zu müssen. Abweichungen von dieser – expliziten oder stillschweigenden – Verhaltenskoordination zwischen den beiden Unternehmen werden vom jeweils anderen durch Unterbieten des Preises bestraft. Im Schrifttum wird diese Taktik auch als „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (*Tit-for-tat*)-Strategie bezeichnet: Während mit kooperativen Mitspielern zusammengearbeitet wird, werden unkooperative Partner durch Unterbieten des Preises bestraft.⁴² Dies setzt freilich voraus, dass das Spiel über eine unbestimmte Anzahl an Perioden gespielt wird. Läuft das Spiel über eine von vornherein bestimmte Anzahl von Perioden, so tritt dasselbe wie bei einem einperiodigen Spiel ein: In der letzten Periode existiert keine Möglichkeit der Bestrafung unkooperativer Mitspieler mehr. Daher werden in der Folge beide versuchen, einander zu unterbieten. Wenn die letzte Periode keine innere Stabilität aufweist, so wird diese auch in der vorletzten Periode gefährdet sein, wodurch wiederum die vorvorletzte und schließlich auch die erste Periode betroffen sind.⁴³

Auch in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts spielt das Phänomen des Gefangenendilemmas eine Rolle, wie in der Folge exkursartig aufgezeigt werden soll. Das österreichische Übernahmerecht sieht in § 19 Abs 3 ÜbG⁴⁴ – in Umsetzung von Art 16 der Übernahme-RL⁴⁵ – vor, dass Inhaber von Beteiligungspapieren („die Angebotsadressaten“) unter gewissen Umständen auch nach Ablauf der Angebotsannahmefrist das Angebot annehmen können, wodurch der Gesetzgeber dieses Dilemma entschärft.⁴⁶ Das Gefangenendilemma liegt in diesem Fall darin, dass die Entscheidung ein Angebot (nicht) anzunehmen davon abhängen kann, wie sich die anderen Angebotsadressaten verhalten. Dies kann dazu führen, dass ein Adressat ein Angebot zwar inhaltlich ablehnt, es aber dennoch annimmt, weil er damit rechnet, dass die anderen Aktionäre das Angebot ebenfalls annehmen werden und die Stellung als Aktionär im Unternehmen unter der Herrschaft des neuen Mehrheitsaktionärs nicht mehr attraktiv erscheint. Sinn und Zweck der Regelung des § 19 Abs 3 ÜbG ist es, dem Aktionär die Möglichkeit zu geben, seine Entscheidung erst dann endgültig fällen zu müssen, wenn er mehr Gewiss-

41 Sogenannte wiederholte Spiele. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie 634.

42 *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie 635; auf Englisch: „Tit for tat“; vgl *Varian*, Microeconomics 511 ff.

43 *Bishop/Walker*, Economics of Competition Law Rz 5-011 mwN; *Varian*, Microeconomics 511.

44 Vgl die deutsche Parallelregel in § 16 Abs 2 WpÜG bzw in § 39c WpÜG.

45 RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 betreffend Übernahmeangebote (Übernahme-RL).

46 Vgl dazu *Gall* in *Huber*, Übernahmegesetz § 19 Rz 45 ff.

heit über das Ergebnis des Angebotsverfahrens und die neue Aktionärsstruktur der Zielgesellschaft hat.⁴⁷ Zu beachten ist allerdings, dass ein Rücktritt nach Annahme des Angebots nicht mehr möglich ist, sofern das Angebot unerwarteterweise bloß von einer geringen Anzahl von Aktionären angenommen wird.⁴⁸

Im Ergebnis kann die effektive Durchsetzung eines Kartells nur dann funktionieren, wenn die Marktteilnehmer davon ausgehen, auf unbestimmte Zeit zu agieren. Sobald sich einer von ihnen beispielsweise vom Markt zurückziehen möchte, wird er seine Konkurrenten vernünftigerweise unterbieten, um in der letzten Periode seine Gewinne zu maximieren. Das Kartell ist somit gefährdet und sein Weiterbestand hängt davon ab, ob sich die verbleibenden Mitbewerber verständigen können, was nach dem Ausstieg des Unterbietenden passiert. Gelingt eine solche Absprache, wird sich am Bestand des Kartells wenig ändern; gelingt sie nicht, ist ein Preiskampf zwischen den verbleibenden Unternehmen die Folge. Anders dürfte das Ergebnis in jenem Fall sein, wenn der „Aussteiger“ bereits mehrere Perioden zuvor seinen Marktaustritt bekannt gibt. Dann würden die Folgen des Spiels über eine endliche Anzahl an Perioden eintreten. Das Kartell wäre somit zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Ausstiegs gefährdet, da mit einem Preiskampf ab der folgenden Periode zu rechnen ist. Nach dem Ausstieg wird sich weisen, ob eine neue Absprache zwischen den verbleibenden Marktteilnehmern getroffen werden kann oder nicht.

In der Praxis greift die ausschließliche Gegenüberstellung der möglichen Gewinne aus dem Kartell und der Gewinne ohne das Kartell freilich zu kurz. Für eine seriöse Berechnung des Erwartungswerts und des Nutzens eines Kartells ist es notwendig, auch die drohenden Geldbußen, Schadenersatzansprüche der geschädigten Abnehmer oder den drohenden Imageverlust des Unternehmens in diese Überlegungen miteinzubeziehen.⁴⁹

47 *Gall*, Das Andienungsrecht von Mehrheitsaktionären (Sell-out) bei Beteiligungskonzentration, wbl 2006, 345 (345 ff); *Gall* in *Huber*, Übernahmegesetz § 19 Rz 46; *Winner*, Die Zielgesellschaft in der freundlichen Übernahme (2002) 192 ff.

48 Ausnahmsweise kann ein Rücktritt von der Annahme des Angebots gem § 17 ÜbG dann erfolgen, wenn vor Ende der Angebotsfrist ein konkurrierendes Angebot eines anderen Bieters gestellt wird. Siehe dazu im Detail *Zollner* in *Huber*, Übernahmegesetz § 17 Rz 1 ff.

49 Vgl eine ausführliche Darstellung der drohenden Schäden aus dem Kartell bei *Stifter*, Chancen und Risiken von Kartellabsprachen, *ecolex* 2013, 1086 (1088 f).