

**DIE „VOLKSWIRTSCHAFTLICHE RECHTFERTIGUNG“ VON  
WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN  
WIRTSCHAFTSRECHT 1870 - 1990**

von

Hanspeter Hanreich

Wien 1989 (2021)



## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
Abkürzungsverzeichnis .....	9
Vorwort .....	16
1 Grundlegung .....	17
1.1 Methodologische Vorbemerkungen .....	17
1.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	25
1.2.1 Wettbewerbsrelevante Aspekte der Grundrechte .....	25
1.2.2 Kompetenzrechtliche Erwägungen .....	30
1.3 Generalklauseln, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe im Wettbewerbsrecht 32	
2 Recht gegen unlauteren Wettbewerb.....	36
2.1 Rechtspolitische Bestrebungen bis zum Ende der Monarchie.....	36
2.1.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund.....	36
2.1.2 Rechtspolitische Bestrebungen zur Erlassung eines UWG.....	38
2.1.3 Rechtsprechung .....	42
2.1.4 Wissenschaftliche Äußerungen .....	43
2.1.5 Ergebnis.....	45
2.2 Die Zwischenkriegszeit .....	49
2.2.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund.....	49
2.2.2 Die rechtspolitische Entwicklung auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs 49	
2.2.2.1 Das UWG 1923 .....	49
2.2.2.2 Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG 1934.....	50
2.2.3 Rechtsprechung .....	51
2.2.4 Wissenschaftliche Äußerungen .....	52
2.2.5 Ergebnis.....	53
2.3 Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg bis zur Gegenwart .....	54
2.3.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und Rechtsentwicklung .....	54
2.4 Rechtsprechung zu den Zwecken des UWG ab 1923.....	56
2.4.1 Die Berücksichtigung der Interessen der Konsumenten .....	57
2.4.1.1 Die Rechtsprechung zu § 1 UWG .....	57
2.4.1.2 Die Rechtsprechung zu § 2 UWG .....	60
2.4.1.3 Die Rechtsprechung zu § 14 UWG .....	61
2.4.2 Die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Interessen in der Rechtsprechung des UWG .....	63
2.4.2.1 Direkte Aussagen zum Schutzobjekt volkswirtschaftliche Interessen .....	63

2.4.2.2	Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG wegen Verstoßes gegen ein anderes Gesetz als das UWG	66
2.4.2.3	Die Rechtsprechung zum Boykott und zur Liefersperre .....	74
2.4.2.4	Rechtsprechung zu verschiedenen anderen Arten der Wettbewerbsbehinderung .....	78
2.4.2.5	Kartelle und Sittenwidrigkeit gem § 1 UWG .....	80
2.4.2.6	Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Preisschleuderei.....	82
2.4.2.6.1	Preisschleuderei mit Waren, die nicht Markenartikel waren.....	82
2.4.2.6.2	Preisschleuderei mit Markenartikeln.....	84
2.4.2.6.3	Preisfestsetzungen nach der GewO 1934 .....	85
2.4.2.7	Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Preis- und/oder Vertriebsbindungen .....	85
2.4.2.8	Die Rechtsprechung zu § 14 UWG .....	91
2.4.3	Berücksichtigung der Interessen der Konkurrenten .....	93
2.4.4	Ergebnis.....	94
2.5	Wissenschaftliche Äußerungen .....	96
2.5.1	Die pragmatische Sicht der 50er und 60er Jahre.....	97
2.5.2	Das UWG als Verbraucherschutzrecht.....	102
2.5.3	Die gleichzeitige Berücksichtigung verschiedener vom UWG berücksichtigter Interessengruppen.....	110
2.5.4	Ergebnis.....	112
2.6	Die Teleologie des UWG .....	113
3	Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen .....	114
3.1	Entwicklung bis zum Ende der Monarchie.....	114
3.1.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund.....	114
3.1.2	Rechtspolitische Bestrebungen zur Erlassung kartellrechtlicher Vorschriften	124
3.1.2.1	Die Schaffung des KoalG im Rahmen einer liberalen Wirtschaftspolitik.....	124
3.1.2.2	Die weitere rechtspolitische Diskussion über die „Kartellfrage“ .....	127
3.1.2.3	Rechtspolitische Bestrebungen und gesetzliche Maßnahmen zum Zuckerkartell...	136
3.1.2.4	Ergebnis.....	139
3.1.3	Rechtsprechung zum KoalG.....	139
3.1.3.1	Rechtsprechung mit Aussagen zu den Interessen des "Publikums" .....	140
3.1.3.2	Rechtsprechung zu Sanierungs- und Rationalisierungskartellen.....	146
3.1.3.3	Rechtsprechung zur Gebietsaufteilung.....	149
3.1.3.4	Rechtsprechung zu sonstigen wettbewerbsrechtlichen Einzelproblemen .....	149
3.1.3.5	Rechtsprechung zum Verhältnis von Kartellrecht zu anderen wirtschaftsrechtlichen Normen	151
3.1.3.6	Ergebnis.....	153
3.1.4	Wissenschaftliche Äußerungen im Rahmen der 1. Kartelldiskussion in Österreich .....	153

3.1.4.1	Die Kartellbewegung als Mittel der Umgestaltung von Wirtschaft und Gesellschaft (Kleinwächter und andere) .....	154
3.1.4.2	Juristische Versuche einer Lösung des Kartellproblems, dogmatische und rechtspolitische Arbeiten.....	159
3.1.4.3	Die Diskussionen der Deutschen Juristentage zur österreichischen Kartellrechtsreform .....	164
3.1.4.4	Ergebnis.....	166
3.2	Die Zwischenkriegszeit .....	166
3.2.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund.....	166
3.2.2	Wissenschaftliche Äußerungen .....	172
3.2.3	Ergebnis.....	177
3.3	Die kartellrechtliche Situation in der Zeit der Annexion.....	177
3.4	Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg bis zur Gegenwart .....	178
3.4.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund.....	178
3.4.2	Die rechtspolitische Entwicklung.....	182
3.4.2.1	Das Kartellgesetz 1951 .....	183
3.4.2.2	Das KartG 1972 .....	192
3.4.2.3	Das Kartellgesetz 1988.....	193
3.4.2.4	Ergebnis.....	194
3.4.3	Rechtsprechung .....	194
3.4.3.1	Unmittelbare Aussagen zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen ..	194
3.4.3.1.1	KartG 1951 .....	194
3.4.3.1.2	KartG 1959 in der Fassung der 3. Novelle .....	196
3.4.3.1.3	KartG 1959 in der Fassung der 5. Novelle .....	197
3.4.3.1.4	KartG 1972 .....	197
3.4.3.2	Rechtsprechung zu marktbeherrschenden Unternehmen, die volkswirtschaftliche Erwägungen erkennen lassen .....	198
3.4.3.3	Sonstige relevante Entscheidungen .....	200
3.4.4	Die Praxis des Paritätischen Ausschusses .....	201
3.4.4.1	Quotenkartelle .....	204
3.4.4.1.1	Strukturkrisenkartelle .....	204
3.4.4.1.2	Schutz vor Substitutionsdruck .....	206
3.4.4.1.3	Zusammenschluss gegen einen Großanbieter.....	206
3.4.4.1.4	Kartelle der Zuckerwirtschaft .....	206
3.4.4.1.5	Zulassung von Kartellen ohne Begründung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung in den Jahresberichten des Paritätischen Ausschusses .....	207
3.4.4.2	Preiskartelle (ohne Quotenvereinbarung).....	208
3.4.4.3	Konditionen- und Rabattvereinbarungen.....	208

3.4.4.4	Kartelle auf der Handelsstufe .....	209
3.4.4.5	Kooperationen und Rationalisierungsvereinbarungen.....	211
3.4.4.6	Verschiedene allgemeine Untersuchungen des Paritätischen Ausschusses.....	212
3.4.4.7	Ergebnis.....	212
3.4.5	Wissenschaftliche Äußerungen .....	213
3.4.5.1	Die Äußerungen der ersten Nachkriegszeit.....	213
3.4.5.2	Das KartG nach einigen Jahren der Praxis - skeptische Stimmen.....	217
3.4.5.3	Die volkswirtschaftliche Analyse des KartG.....	219
3.4.5.4	Wirtschaftspolitische Forderungen an das KartG in der Literatur.....	224
3.4.5.5	Die sog „Genossenschaftsdiskussion“ als verdeckte Auseinandersetzung über wirtschaftspolitische Grundwertungen des KartG.....	226
3.4.5.6	Ergebnis.....	227
3.4.6	Das österreichische internationale Kartellrecht.....	227
3.4.6.1	Die österreichischen kartellrechtlichen Kollisionsnormen.....	227
3.4.6.2	Die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EFTAÜbk.....	229
3.4.6.3	Die Wettbewerbsregeln des ÖEWGAbk.....	232
3.4.6.3.1	Die unmittelbare Anwendbarkeit von Freihandelszonenabkommen in der österreichischen Praxis und Rechtsprechung .....	233
3.4.6.3.2	Die Schweizerische Praxis und Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Freihandelsabkommen .....	235
3.4.6.3.3	Die Praxis der EWG und die RSp des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Freihandelsabkommen.....	238
3.4.6.3.4	Wissenschaftliche Meinungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit der FHA, besonders der Wettbewerbsregeln.....	240
3.4.6.3.5	Der Inhalt der Wettbewerbsregeln des öEWGAbk .....	243
3.4.7	Österreichisches internationales Kartellrecht und Wirkungsprinzip.....	252
3.4.7.1	Die wirtschaftspolitischen Ideen, die dem Wirkungsprinzip zugrunde liegen .....	253
3.4.7.2	Kurzer Blick auf die juristische Auseinandersetzung mit dem Wirkungsprinzip ...	255
3.4.8	Wettbewerbsregeln des öEGKSAbk .....	256
3.4.9	Ergebnis.....	257
3.5	Die Teleologie des österreichischen Kartellrechts .....	257
4	Nahversorgungsgesetz.....	258
4.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund .....	258
4.2	Das NVG zwischen UWG und KartG .....	259
4.3	Das Diskriminierungsverbot des NVG.....	261
4.4	Versorgungssicherung durch das NVG.....	262
4.5	Verkauf unter Einstandspreis.....	262
4.6	Zusammenfassung .....	263

5	Zugabengesetz.....	264
6	Rabattgesetz .....	266
6.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund .....	266
6.2	Zwecke des RabattG.....	267
6.2.1	Allgemeine volkswirtschaftliche Zwecke .....	267
6.2.2	Verbraucherschutz durch das RabattG.....	268
6.2.3	Schutz von Konkurrenteninteressen durch das RabattG .....	269
7	Ausverkaufsgesetz.....	270
7.1	Wirtschaftsgeschichtliche und rechtsgeschichtliche Grundlagen.....	270
7.2	Zwecke des Ausverkaufsgesetzes.....	271
8	Sonstige wettbewerbsrechtliche Verwaltungsvorschriften .....	272
9	Kennzeichnungs- und Qualitätsrecht .....	272
9.1	Allgemeine Vorbemerkungen.....	272
9.2	Kennzeichnungsrecht.....	273
9.2.1	Verordnungen gem § 32 UWG im Non-Food-Bereich .....	273
9.2.2	Sonstige Kennzeichnungsvorschriften im Non-Food-Bereich.....	274
9.2.3	Kennzeichnungsvorschriften im Lebensmittelbereich .....	274
9.2.4	Kennzeichnungsvorschriften im Bereich der Landwirtschaft .....	275
9.2.5	Vorschriften zur Preisauszeichnung .....	275
9.2.6	Qualitätsrecht .....	276
9.2.7	Normenwesen.....	276
10	Gewerblicher Rechtsschutz.....	277
10.1	Allgemeine Vorbemerkungen.....	277
10.2	Markenschutzgesetz .....	277
10.3	Musterschutzgesetz.....	278
10.4	Patentgesetz.....	278
10.5	Internationale Absicherung der gewerblichen Schutzrechte.....	279
11	Urheberrecht.....	279
12	Preisrecht .....	280
12.1	Allgemeine Vorbemerkungen.....	280
12.2	Entwicklungen vor dem 1. Weltkrieg .....	281
12.3	Die Preistreibereigesetzgebung.....	283
12.3.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und rechtspolitische Entwicklung ....	283
12.3.1.1	Die kriegswirtschaftliche Regelung im 1. Weltkrieg .....	283
12.3.1.2	Die Bekämpfung der Preistreiberei in der Zwischenkriegszeit .....	286
12.3.1.3	Die Bekämpfung der Preistreiberei nach dem 2. Weltkrieg .....	287
12.3.1.3.1	Das Bedarfsdeckungsstrafgesetz .....	287

12.3.1.3.2	Das PreistreibereiG 1950.....	287
12.3.2	Rechtsprechung .....	289
12.3.2.1	Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes .....	290
12.3.2.2	Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes .....	291
12.3.2.3	Kritik an der herrschenden Rechtsprechung in der wissenschaftlichen Literatur	291
12.3.3	Die Preisregelungsvorschriften .....	292
12.3.3.1	Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und rechtspolitische Entwicklung.....	292
12.3.4	Rechtsprechung .....	302
12.3.4.1	Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes .....	302
12.3.4.2	Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes .....	304
12.3.5	Wissenschaftliche Äußerungen .....	306
12.4	Verbindungen zwischen wettbewerbsrechtlicher Teleologie und dem Preisrecht	315
13	Anwendung der Ergebnisse der Arbeit in ausgewählten Beispielen.....	316
13.1	Der wettbewerbsrechtlich beeinflusste Rahmen der Preisfestsetzung durch den Anbieter einer Waren oder Dienstleistung .....	317
13.2	Die Diskriminierung nach NVG und UWG.....	318
13.3	Rechtsprechung zur Preistreiberei und Wettbewerbsrecht .....	319
13.4	Erwerbsausübungsfreiheit, Verkauf unter dem Einstandspreis, Ausverkaufsgesetz	321
13.5	Anzeigepflicht nach § 20 KartG 1988 – Feststellungsbescheid .....	324
14	Zusammenfassung und Gesamtergebnis .....	325
15	Literaturverzeichnis.....	334

## **Abkürzungsverzeichnis**

aaO am angegebenen Ort

AB Ausschussbericht

Abg Abgeordneter/Abgeordnete

ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

ABl Amtsblatt

Abs Absatz

AcP Archiv der civilistischen Praxis (dt Zeitschrift)

Adler / Clemens Sammlung von Entscheidungen zum Handels-Gesetzbuche (1868 ff)

AH Abgeordnetenhaus (Parlament, Österreich, Monarchie)

AHGB Allgemeines Handelsgesetzbuch

AK Arbeiterkammer

AöR Archiv für öffentliches Recht (dt Zeitschrift)

Art Artikel

Aufl Auflage

AußHG Außenhandelsgesetz

AusvG Ausverkaufsgesetz

AWD Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, Recht der internationalen Wirtschaft (dt Zeitschrift)

BAO Bundesabgabenordnung

BB Der Betriebs-Berater (dt Zeitschrift)

BB1 Bundesblatt (Schweiz)

Bd Band

BdStG Bedarfsdeckungsstrafgesetz

bes besonders (alle Formen)

BG Bundesgesetz Österreich)

BGE Leitentscheide des schweizerischen Bundesgerichts

BKA-VD Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst

Blg Beilage

BlgNR Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates  
BM Bundesminister/in  
BMGuU Bundesminister/in für Gesundheit und Umweltschutz  
BMH Bundesminister/in für Handel  
BMHGI Bundesminister/in für Handel, Gewerbe und Industrie  
BMHuV Bundesminister/in für Handel und Verkehr  
BMI Bundesminister/in für Inneres  
BMJ Bundesminister/in für Justiz  
BMwA Bundesminister/in für wirtschaftliche Angelegenheiten  
BudwSlg Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes, zusammengestellt von Budwinski  
(1876 – 1900)  
BuI Berichte und Informationen (ö Zeitschrift)  
B-VG Bundes- Verfassungsgesetz in der Fassung 1929  
BWK Bundeswirtschaftskammer  
bzw beziehungsweise  
DJT Deutscher Juristentag  
dRGBI deutsches Reichsgesetzblatt  
dt deutsch (alle Formen)  
E Entscheidung (alle Formen)  
EGKS Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl  
EJPD Eidgenössisches Justiz und Polizeidepartement  
Erl Erläuterung(en)  
etc etcetera  
EuGH Gerichtshof der Europäischen Union  
EuGH Slg Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes  
EuR - Europarecht (dt Zeitschrift)  
EWG Europäische Wirtschaftsgemeinschaft  
EWGV Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft  
FHA Freihandelsabkommen  
FN Fußnote

FS Festschrift  
G Gesetz (auch in zusammengesetzten Normbezeichnungen)  
GA Gemischter Ausschuss  
GATT General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)  
GBIÖ Gesetzblatt für das Land Österreich (1938 – 1940)  
gem gemäß  
GesRZ Der Gesellschafter (ö Zeitschrift)  
GewO Gewerbeordnung  
GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
GIUNF Glaser / Unger Neue Folge (Zivilrechtliche Entscheidungen des OGH von 1898 – 1915)  
GP Gesetzgebungsperiode  
GrünhutsZ Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (ö Zeitschrift)  
GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (dt Zeitschrift)  
GRURInt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (dt Zeitschrift)  
H Heft  
h herrschend  
HdSW Handwörterbuch der Sozialwissenschaften  
HdWW Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft  
HH Herrenhaus (Parlament, Österreich, Monarchie)  
HK Handelskammer  
HKD Hofkanzleidekret  
hL herrschende Lehre  
Hrsg Herausgeber/in  
iS im Sinn  
iVm in Verbindung mit  
iwS in weiterem Sinn  
JABl Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung  
JBl Juristische Blätter (ö Zeitschrift)  
Jhdt Jahrhundert

JZ Juristenzeitung (dt Zeitschrift)

KartG Kartellgesetz

kk kaiserlich königlich (Österreich, Monarchie)

Klang-Kommentar Kommentar zum ABGB, begründet von Heinrich Klang

KoalG Koalitionsgesetz

KWG Kreditwesengesetz

LMG Lebensmittelgesetz

LMKV Lebensmittelkennzeichnungsverordnung

LWG Landwirtschaftsgesetz

LWK Landwirtschaftskammer

MAV Markenartikelverband

MDR Monatsschrift für Deutsches Recht (dt Zeitschrift)

mM meiner Meinung

MOG Marktordnungsgesetz

MR Medien und Recht (ö Zeitschrift)

MuW Markenschutz und Wettbewerb (ö Zeitschrift)

NBG Nationalbankgesetz

NJW Neue Juristische Wochenschrift (dt Zeitschrift)

NÖ Niederösterreich

Nov Novelle

NR Nationalrat

NVG Nahversorgungsgesetz

oA ohne Autor

ÖAKT Österreichischer Arbeiterkammertag

ÖBl Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ö Zeitschrift)

OECD Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung

öEGKSAbk Abkommen zwischen der Republik Österreich einerseits und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl andererseits

öEWGAbk Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

ÖGB Österreichischer Gewerkschaftsbund

OGH Oberster Gerichtshof  
ÖJZ Österreichische Juristen-Zeitung (ö Zeitschrift)  
OLG Oberlandesgericht  
öZöffR Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht (ö Zeitschrift)  
ÖZW Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ö Zeitschrift)  
PA Paritätischer Ausschuss  
portEWGAbk Abkommen zwischen der Portugiesischen Republik und der Europäischen  
Wirtschaftsgemeinschaft  
PRÄKO Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs  
PrBestG Preisbestimmungsgesetz  
PreisG Preisgesetz  
PrRG Preisregelungsgesetz  
PrTrG Preistreibereigesetz  
PS Preisschleuderei-Schiedsstelle  
PVÜ Pariser Verbandsübereinkunft  
RabelsZ Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (dt Zeitschrift)  
RG Reichsgericht  
RGBI Reichsgesetzblatt  
RIW Recht der internationalen Wirtschaft (dt Zeitschrift)  
RN Randnummer  
RS Rechtssache  
RSp Rechtsprechung  
RÜG Rechts-Überleitungsgesetz  
RV Regierungsvorlage  
Schmoller's Jahrbuch Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirt-  
schaft  
schwEWGAbk Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemein-  
schaft  
Sess Session  
SJIR Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht  
SJZ Schweizerische Juristen-Zeitung (schw Zeitschrift)

sog sogenannt (alle Formen)

StenProt stenographisches Protokoll

StGB Strafgesetzbuch

StGG Staatsgrundgesetz

stRSp ständige Rechtsprechung

SZ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen

ua unter anderem

uva und vieles andere

UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

VfGH Verfassungsgerichtshof

VfSlg Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs

vgl vergleiche

Vhdlg(en) Verhandlung(en)

VO Verordnung

Vol Band

VwGH Verwaltungsgerichtshof

VwSlg Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes

WBl Wirtschaftsrechtliche Blätter (ö Zeitschrift)

WipolBl Wirtschaftspolitische Blätter (ö Zeitschrift)

WK Weltkrieg

Wr Zeitung Wiener Zeitung

WRP Wettbewerb in Recht und Praxis (dt Zeitschrift)

WuG Wirtschaft und Gesellschaft (ö Zeitschrift)

WuR Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (schw Zeitschrift)

WuW Wirtschaft und Wettbewerb (dt Zeitschrift)

Z Zahl, Ziffer

zB zum Beispiel

ZBl Zentralblatt für die Juristische Praxis (ö Zeitschrift, 1883 – 1938)

ZfRV Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ö Zeitschrift)

ZfV Zeitschrift für Verwaltung (ö Zeitschrift)

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (dt Zeitschrift)

ZR Zivilrecht (in dt Entscheidungen)

ZS Zeitschrift

ZSR Zeitschrift für schweizerisches Recht (schw Zeitschrift)

ZStR Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ö Zeitschrift)

zT zum Teil

## Vorwort

Die hier publizierte Arbeit habe ich 1989 im Rahmen meines Habilitationsverfahrens an der Juridischen Fakultät der Universität Wien unter dem Titel „*Wertewandel im Wettbewerbsrecht, Von der Präferenz individualrechtlicher Ansätze zur sukzessiven Anerkennung gesamtwirtschaftlicher Wertungskriterien*“ vorgelegt. Ich habe den Titel meiner Habilitationsschrift nun verändert, weil der historische Aspekt der Arbeit inzwischen in den Vordergrund gerückt ist.

Univ. Prof. Dr. Karl Wengers hat mich in seinen Seminaren zu den Fragestellungen dieser Arbeit hingeführt und mich in meinem Habilitationsverfahren entscheidend unterstützt. Ich verdanke ihm Einsichten in Recht und Politik, die für alle meine beruflichen und wissenschaftlichen Tätigkeiten von grundlegender Bedeutung waren.

Das österreichische Wettbewerbsrecht sah in den untersuchten Zeiträumen die Möglichkeit vor, von Unternehmen durchgeführte Beschränkungen des Wettbewerbs zu dulden, wenn sie aus „*volkswirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt*“ erschienen. Die jeweils herrschenden wirtschaftspolitischen Anschauungen, die sich in verschiedenen Normen und Äußerungen zu ihnen erkennen lassen, beeinflussten die Interpretationen und Anwendung dieser Normen wesentlich.

Zwei Ergebnisse meiner Arbeit waren und sind mir besonders wichtig:

- Es konnten viele rechtliche, wirtschaftspolitische und historische Stellungnahmen zu Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die zwischen rund 1870 und 1990 erlassen wurden, aufgearbeitet werden.
- Der Vergleich und die Bewertung der historischen Diskussionen zum Wettbewerbsrecht zeigten auch, dass die Möglichkeiten, mit rechtlichen Mitteln punktuelle wirtschaftspolitische Ziele zu erreichen, offenbar sehr begrenzt sind. Z.B. konnte sogenannte „Preisschleuderei“ in der Zwischenkriegszeit durch besondere preisrechtliche Vorschriften und Verfahren eben nicht eingedämmt werden. Oder: In den 1980er Jahren konnte die Expansion von dominierenden Lebensmittelhandelsketten durch Spezialgesetze oder durch die Fusionskontrollmaßnahmen des Kartellgerichts nicht gestoppt oder auch nur eingeschränkt werden.

Das Institut für Höhere Studien (IHS), dem ich als Konsulent seit ca. 15 Jahren angehören darf, verschafft mir nun die Möglichkeit, meine Arbeit im Rahmen seiner Publikationen sichtbar werden zu lassen. Ich danke allen Kolleginnen und Kollegen, die mich bei dieser Arbeit unterstützt haben, sehr herzlich.

# 1 Grundlegung

Der Gesetzgeber verwendet im Wirtschaftsrecht und besonders bei wettbewerbsrechtlichen Vorschriften an zentraler Stelle oft unbestimmte Gesetzesbegriffe, die den Wertungsgrundsatz der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit als bestimmendes Tatbestandselement verwenden. Die rechtliche Angemessenheit des Einsatzes unbestimmter Gesetzesbegriffe im Wirtschaftsrecht ist im In- und Ausland anerkannt. Die relative „Elastizität“ des Wirtschaftsrechts wird manchmal sogar als ein Charakteristikum dieses Rechtsgebietes bezeichnet.

Die Vollziehung der betreffenden Normen in der Praxis bereitet immer wieder Schwierigkeiten, da Untersuchungen, die versuchen, inhaltliche Aussagen zu diesen unbestimmten Begriffen zu machen, selten sind. Die praktischen Schwierigkeiten, die die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen, wie „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“, mit sich bringen, waren Anreiz dafür, eine inhaltliche Bestimmung dieser Rechtsbegriffe zu versuchen.

Prof. Wenger, dem ich für mein wissenschaftliches Verständnis so viel verdanke, hat vor einigen Semestern ein Seminar veranstaltet, das die ganze Breite der wettbewerbsrechtlichen Normen herausarbeiten sollte und auf eine Unzahl wichtiger Querverbindungen zwischen verschiedenen Regelungsbereichen des Wirtschaftsrechts aufmerksam gemacht hat. Nach diesem Seminar habe ich die Idee entwickelt, eine systematische Arbeit zu beginnen, die in vielen Wirtschaftsgesetzen enthaltenen Wertungen, die den Inhalt der entsprechenden Normen bestimmen sollen und die mich auch in der Praxis immer wieder beschäftigt haben, zu untersuchen. Ich wollte versuchen, durch Querverbindungen zwischen Rechtsprechung und wissenschaftlichen Erkenntnissen zu diesen wettbewerbsrechtlichen Normen die Basis für die Auslegung wirtschaftsrechtlicher unbestimmter Gesetzesbegriffe zu verbreitern. Meine Arbeit soll auch dazu anregen, in ähnlicher Weise weiterzuforschen.

Die funktionale Betrachtung der zu untersuchenden Rechtsnormen wird durch Ausführungen über die Entstehungsgeschichte und Entwicklung dieser Vorschriften begleitet und verstärkt. Dieser Ansatz fördert nach meiner Meinung nicht nur das Verständnis für die aktuell geltenden Normen, sondern ermöglicht auch die Überprüfung von wirtschafts- und rechtspolitischen Thesen anhand real abgelaufener Entwicklungen. Das ist auch der Grund für das Anwachsen des Ansehens der Wirtschaftsgeschichte im Rahmen der Wirtschaftswissenschaften. Da Volkswirtschaften nicht isoliert voneinander bestehen, sondern die internationale Verflechtung des Wirtschaftens immer mehr zunimmt, besitzt auch das internationale Wirtschaftsrecht einen bedeutenden Stellenwert in dieser Untersuchung.

## 1.1 Methodologische Vorbemerkungen

Eine ganze Reihe wettbewerbsrechtlicher Normen enthält Bestimmungen, die die Zulässigkeit bestimmter Maßnahmen von ihrer volkswirtschaftlichen Richtigkeit abhängig machen. Vom Ergebnis einer solchen Auslegung hängen oft bedeutende betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Entscheidungen ab. Es mangelt nicht an Aussagen von Rechtsprechung und Wissenschaft zur „richtigen“ Auslegung der jeweils anzuwendenden unbestimmten Gesetzesbegriffe. Es fehlt aber nach meiner Meinung die über die Grenzen der einzelnen Regelung

hinausgehende Zusammenschau dieser Aussagen. Gerade das Herstellen umfassender Querverbindungen zwischen einzelnen Regelungen verspricht, die volkswirtschaftliche Richtigkeit einer Entscheidung im Einzelfall besser bewerten zu können.

In dieser Arbeit soll keine neue Methode entwickelt werden, wie dem Problem der Inhaltsbestimmung von unbestimmten Gesetzesbegriffen, wie „volkswirtschaftlich gerechtfertigt“, nahezu kommen ist. Dies entspringt Zweckmäßigkeitüberlegungen eines in der Praxis tätigen Juristen, der seine knappen Ressourcen möglichst optimal einsetzen will.<sup>1</sup>

Die Arbeit am Wirtschaftsrecht beschreibt *Wiethölter* so: „*Wer das Blickfeld nicht einengt, der wird den Eindruck eines Dschungels von grandiosen Ausmaßen wohl nur überwinden, indem er vorsichtig Schneisen anzulegen versucht.*“<sup>2</sup> Heute, in Zeiten in denen die nur scheinbare Regellosigkeit des Dschungels gegen das Anlegen von Schneisen oder andere Angriffe geschützt werden muss, würde dieses Bild wahrscheinlich nicht mehr verwendet werden. Tatsächlich ist die Änderung von wirtschaftspolitischen Einstellungen im Zeitablauf bereits an diesem Beispiel, das keine direkte Verbindung zu juristischen Auslegungsfragen hat, zu sehen. Es geht auch im Wirtschaftsrecht nicht mehr darum, in die scheinbare Regellosigkeit des Marktes (Dschungels) Schneisen zu schlagen, sondern dort möglichst brauchbare Lösungen zu finden, wo der Markt (Dschungel) nicht (mehr) besteht.

Diese ersten Ausführungen könnten den Eindruck erwecken, es solle versucht werden, juristische Begriffsbildungen vor allem durch Übernahme von Erkenntnissen der Volks- oder Betriebswirtschaft zu gewinnen.<sup>3</sup> Ein solches Konzept wird ebenso wenig vertreten, wie die ausschließende Sicht des Wirtschaftsrechts als „*Instrument der Wirtschaftspolitik*“<sup>4</sup>. Es soll nicht der „*vorhandene Normenbestand im Wege der Interpretation den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen*“ angepasst und dabei eine besondere „*wirtschaftsrechtliche Methode*“ entwickelt werden<sup>5</sup>, sondern unter Benützung einer funktionellen Auslegungsmethode die aus dem Rechtsmaterial erkennbaren, wirtschaftspolitischen Ziele herausgefiltert und diese Erkenntnisse systematisch angewandt werden.

Daher wird hier davon ausgegangen, dass der Einfluss der Wirtschaftspolitik auf das Wirtschaftsrecht prägend ist, dass aber nicht nur wesentliche Einflüsse der Wirtschaftspolitik auf

---

<sup>1</sup> Ich hänge aber andererseits auch der Meinung an, dass „*wissenschaftliche Erkenntnis ohne theoretisches Wissen nicht möglich ist*“. Wenger, Die öffentliche Unternehmung (1969), 156.

<sup>2</sup> Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in FS Franz Böhm (1965) , 41 (45).

<sup>3</sup> ZB Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des Österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“. Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12.

<sup>4</sup> ZB Fröhler / Oberndorfer, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969); Ott, Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 345 (407); Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1977), 7.

<sup>5</sup> Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in Assmann / Brüggemeier / Hart / Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, (1980), 239 (246); Fröhler / Oberndorfer, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, (1969), 168.

das Wirtschaftsrecht erfolgen, sondern dass auch umgekehrte Effekte bestehen<sup>6</sup>. Vor allem soll davon ausgegangen werden, dass die zur Auslegung von wirtschaftsrechtlichen Tatbeständen gewonnenen Fakten der Wirtschaftspolitik nach rechtlichen Maßstäben nachweisbar sein müssen, um Grundlage für eine juristische Interpretation abgeben zu können<sup>7</sup>.

Es ist wesentlich, einleitend klarzustellen, dass die Untersuchung bei gleichwertigen Interpretationsergebnissen Lösungen bevorzugen wird, die ohne Einflussnahme des Staats auf die Wirtschaft auskommen.<sup>8</sup> Es wird nicht davon ausgegangen, dass der Markt als Steuerungsmittel der Wirtschaft versagt hat und daher der Staat eingreifen muss.<sup>9</sup> Es ist auch nicht Aufgabe dieser Untersuchung, die Gesetzgebung daraufhin zu untersuchen, ob das geltende Wettbewerbsrecht in manchen Bereichen selbst den Wettbewerb eher beschränkt als die Märkte offen hält.<sup>10</sup> Diese Fragestellung geht im Wesentlichen an dem hier zu behandelnden Thema vorbei, wengleich sie gerade in Österreich ein faszinierender Untersuchungsgegenstand wäre.

Auf die Diskussion, was unter Wirtschaftsrecht zu verstehen ist, braucht hier ebenfalls nicht eingegangen zu werden.<sup>11</sup> Es ist mir keine Meinung bekannt, die das Wettbewerbsrecht nicht dem Wirtschaftsrecht zuordnen würde. Dieses Rechtsgebiet wird vielmehr als ein zentraler Gegenstand des Wirtschaftsrechts angesehen.<sup>12</sup>

Die Interpretation wirtschaftsrechtlicher Tatbestände wie „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“<sup>13</sup> oder „*volkswirtschaftlich gerechtfertigtes Kartell*“<sup>14</sup> soll auf einer Basis erfolgen, die die Wertvorstellungen, die diesen Begriffen zugrunde liegen, möglichst umfangreich herausarbeiten will. Im Wirtschaftsrecht wird die Methode der Wertungsjurisprudenz<sup>15</sup> besonders

---

<sup>6</sup> Ch. Meier, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 1982, 267 (295).

<sup>7</sup> F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), 128; Wenger, Die öffentliche Unternehmung (1969), 59; Wenger, Wirtschaftsrecht - eine juristische Disziplin im Spannungsfeld von Sein und Sollen, in FS Winkler (1989), 121 (138).

<sup>8</sup> Mertens / Kirchner / Schanze, Wirtschaftsrecht (1978), 200; Regulierung und Deregulierung, Aufsatzsammlung der WipolBl 1986, H 6

<sup>9</sup> Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in Assmann ua, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980), 242.

<sup>10</sup> Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb (1984).

<sup>11</sup> Als zufällige Auswahl: Brüggemeier, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in Assmann ua, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980), 9 ff; Fikentscher, Wirtschaftsrecht (1983) I, 1 f; Funk, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts, in FS Fröhler (1980), 299; Koppensteiner, Wirtschaftsrecht, Rechtslehre 1973, 1f; Ch. Meier, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 1982, 267; Mertens / Kirchner / Schanze, Wirtschaftsrecht (1978), 17 ff; Rinck / Schwark, Wirtschaftsrecht<sup>6</sup> (1985); Rittner, Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (1987), 13; Wenger, Wirtschaftsrecht - Eine juristische Disziplin im Spannungsfeld von Sein und Sollen, in FS Winkler (1989), 121. Zur Definition des Begriffes internationales Wirtschaftsrecht: ZB Behrens, Elemente eines Begriffes des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 1986, 483; Joerges, Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 1979, 6; Meessen, Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts, AöR 1985, 398.

<sup>12</sup> ZB Fikentscher, Wirtschaftsrecht (1983) II, 160; Rinck / Schwark, Wirtschaftsrecht<sup>6</sup> (1985), 65.

<sup>13</sup> ZB § 1a PrG.

<sup>14</sup> ZB § 23 Z 3 KartG 1988.

<sup>15</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre (1982), 123; Fikentscher, Methoden des Rechts (1975-1977) III, 405 ff; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>4</sup> (1979), 128 ff; Wenger, Die öffentliche Unternehmung (1969), 196 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, (1967), 574 ff.

gerne verwendet.<sup>16</sup> Ein Anliegen der Wertungsjurisprudenz ist es, in Fortentwicklung der Interessenjurisprudenz<sup>17</sup>, besonders in dem hier interessierenden „*Vagheitsbereich von Rechtsbegriffen*“<sup>18</sup> Wertungsmaßstäbe auszuforschen und der Rechtsanwendung zur praktischen Anwendung anzubieten. Die Wertungsjurisprudenz vertritt eine objektive, teleologische Auslegungsmethode, die die historischen Zweckvorstellungen des Gesetzgebers berücksichtigt und auch zu einer Rechtsfortbildung gelangen kann, die auf der Ermittlung von „*objektiven Zwecken*“ beruht.<sup>19</sup> In diesen rechtsphilosophischen Bereich der „*objektiven Zwecke*“, der offenbar den strengen Regeln einer nachvollziehbaren Erkenntnis nicht mehr angehört, muss sich meine Arbeit jedoch nicht wagen.

Besonders bei der Aufgabe, Generalklauseln oder wirtschaftsbezogene, unbestimmte Gesetzesbegriffe zu interpretieren, hat die Wertungsjurisprudenz somit ihren wesentlichen Einsatzbereich. Die Auslegungsfragen stellen sich konzentriert bei einem „*Funktionswandel*“ solcher Vorschriften.<sup>20</sup> *Bydlinski* meint zu diesem Problem:

*„Die Grenze für die methodisch zulässige Konkretisierung, daher auch für eine etwa aktuelle Neukonkretisierung einer Generalklausel zieht stets die Gesamtheit der systematisch aufschlußreichen, weil in sachlichem, logischem oder teleologischem Zusammenhang stehenden, konkreteren Regeln und Grundsätze der geltenden Rechtsordnung einschließlich des - hilfsweise heranzuziehenden – Richterrechts“.*<sup>21</sup>

Eine Vielzahl wirtschaftsrechtlicher Arbeiten hat sich bereits dieser Methode verschrieben und va die vergleichende Analyse wettbewerbsregelnder Normen zu manchen Punkten durchgeführt.<sup>22</sup> Noch keine Untersuchung hat aber, das gilt für Österreich, und soweit ich es über-

---

<sup>16</sup> ZB *Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht* (1983), 10; *Wenger*, *Wirtschaftsrecht - Eine juristische Disziplin im Spannungsfeld von Sein und Sollen*, in FS *Winkler* (1989), 121 (127, 133, 135).

<sup>17</sup> *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932); *Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessen- auslegung*, AcP 112 (1914).

<sup>18</sup> *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre*, 128.

<sup>19</sup> *Larenz*, *Richtiges Recht* (1979), 23 ff.

<sup>20</sup> *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre*, 582; *Mayer-Maly*, *Wertungswandel und Privatrecht*, JZ 1981, 801 (803); *Wenger*, *Wirtschaftsrecht - Eine juristische Disziplin*, in FS *Winkler*, 121 (143).

<sup>21</sup> *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre*, 584.

<sup>22</sup> Die Mehrheit der in der Bundesrepublik Deutschland geäußerten wissenschaftlichen Meinungen vertritt den Standpunkt, dass das UWG und GWB eine Gesamtordnung des Wettbewerbs bilden: ZB *Baumbach / Hefermehl*, *Wettbewerbsrecht*<sup>15</sup> (1988), 86 ff; *Fikentscher*, *Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht*, in FS *Hallstein* (1966) , 128 (133); *v. Gamm*, *Neuere Rechtsprechung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, WRP 1988, 281; *Mestmäcker*, *Der verwaltete Wettbewerb* (1984); *Schwartz*, *Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse*, GRURInt 1967, 333; *P. Ulmer*, *Der Begriff des „Leistungswettbewerbs“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen*, GRUR 1977, 565. Eine Gesamtordnung des Wettbewerbsrechts, die UWG und GWB umfassen, verneinen: *Knöpfle*, *Die markt- bezogene Unlauterkeit* (1983), 7 ff; *Möhring*, *WuW* 1954, 367; *Würdinger*, *WuW* 1953, 730. Alle zitierten Autoren versuchen aber aus den Wertungen des UWG und GWB allgemeine bzw wechselseitig nutzbare Aussagen zu entnehmen. Vergleiche über den Bereich des UWG und GWB hinaus stellen zB an: *Damm*, *Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung*, JZ 1986, 913; *Harms*, *Unlauterer Wettbewerb durch wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Hände*, BB 1986, Blg zu H 32; *Kroitzsch*, *Die Gesetzesflut öffentlich-rechtlicher Normen als wettbewerbsrechtliche Nebengesetze zu § 1 UWG*; GRUR 1982, 389; *Sack*, *Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln*, WRP 1985, 1; *Schricker*, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß* (1970). In Österreich: *Mayer-Maly*, *Das Ver-*

blicke auch für die Bundesrepublik Deutschland, versucht, diesen Ansatz zur genaueren Bestimmung von unbestimmten Gesetzesbegriffen, wie „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“, zu verwenden.<sup>23</sup>

Die möglichst umfangreiche Auffindung und Analyse von Wertvorstellungen im Wirtschaftsrecht, die zur Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe, wie „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“, dienen kann, ist Hauptaufgabe der folgenden Arbeit. Die relevanten Werte werden, was ebenfalls einer sehr sinnvollen und üblichen Gliederung folgt, in 3 Gruppen eingeordnet:

- Interessen der gesamten Volkswirtschaft;
- Interessen der Konkurrenten und
- Interessen der Konsumenten.<sup>24</sup>

Die Ergebnisse des systematischen Wertevergleichs können „*je nach Temperament*“<sup>25</sup> zu einer Auslegung konkreter wettbewerbsrechtlicher Gemeinwohlvorstellungen in einem beweglichen System genutzt werden.<sup>26</sup> Nach meinem „*Temperament*“ eignet sich diese Methode besonders gut zur Lösung der konkret gestellten Auslegungsfragen. Die Verwendung eines „*beweglichen System*“ zur Auslegung von Normen des Wirtschaftsrechts wird immer wieder als taugliche Möglichkeit einer juristischen Interpretation anerkannt.<sup>27</sup> Besonders deutlich

---

hältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Lebensmittelrecht bei der Entwicklung von Herkunftsangaben zu Gattungsbezeichnungen, JBl 1968, 75; Mayer-Maly, Fachhandelsbindung und Kartellrecht, in FS Kastner (1972), 299 (300); Mayer-Maly, Der gerechte Preis in FS Demelius (1973), 139 (141); Mayer-Maly, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in Bydlinski / Krejci / Schilcher / Steininger, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 117; Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 31; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981) und Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, II (1987), passim. Die Darstellungsweise des Wettbewerbsrechtes durch Koppensteiner beruht geradezu auf der vergleichenden und wertenden Betrachtung der verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Normen; Korinek, Das bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in Bydlinski ua, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 243 (247); Schuhmacher, „Inhalt des Patentrechts“ und Kartellgesetz, ÖZW 1974, 41; Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), passim; Torggler, Zur Bedeutung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im Zivilrecht, ÖZW 1986, 100.

<sup>23</sup> Die umfangreichsten Bemühungen um die Klärung dieser Begriffe erfolgten in Österreich durch Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12; Streissler, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, Berichte und Informationen 1962, Nr 836, 27.7.1962, 9; Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967). Diese Untersuchungen erfolgten aber nicht nach der hier vertretenen Methode.

<sup>24</sup> ZB Hanreich, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht, in FS Wenger (1983), 539; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 183; Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht<sup>2</sup> (1985) 4.

<sup>25</sup> Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950), 22.

<sup>26</sup> Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941); Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346.

<sup>27</sup> Mayer-Maly, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in Bydlinski ua, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 117; Korinek, Der gewerbliche Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, in 2. FS Wilburg (1975), 163; Korinek, Das bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in Bydlinski ua, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 243; Rummel, Unlauterer Wettbewerb, in Koziol, österreichisches Haftpflicht-

werden die Stärken dieser Methode zur Bestimmung des Inhalts von Gemeinwohlvorstellungen, wenn man sich denkbare Alternativen vergegenwärtigt. Solche Alternativen sind: unbestimmte Gesetzesbegriffe als Leerformeln zu bezeichnen, um sie dann als nicht vollziehbar beiseite zu schieben, sie als verfassungswidrig zu erklären und sie daher nicht zu beachten oder ihnen einen Inhalt zu geben, der über den Willen der Gesetzgebung hinweggeht, um eine „Eigenwertung“ vorzunehmen.<sup>28</sup> In dieser Weise rechtfertigt auch *Bydlinski* die Anwendung eines beweglichen Systems gegen Vorwürfe eines drohenden Verlustes von Rechtssicherheit.<sup>29</sup>

Das österreichische internationale Kartellrecht, das besonders durch die Freihandelszonenverträge, die Österreich abgeschlossen hat, bestimmt wird, wird in einem ausführlichen Teil besprochen. Auch aus diesem Teil der österreichischen Rechtsordnung sind wichtige Aufschlüsse über den Inhalt von Gemeinwohlvorstellungen, wie zB die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen, zu erwarten.

Im Rahmen meiner Untersuchung werden immer wieder wirtschaftsgeschichtliche Entwicklungen zur Erläuterung bestimmter Regelungsinhalte herangezogen.<sup>30</sup> Diese im Wirtschaftsrecht allgemein übliche und anerkannte Methode erklärt sich vor allem daraus, dass sich das Wirtschaftsrecht dynamisch fortentwickelt und daher nur als Prozess erfassbar ist.

Oft werden in wettbewerbsrechtlichen Arbeiten die Inhalte der zu untersuchenden Regeln bis in die Antike zurückverfolgt, offenbar in der Absicht, die Wichtigkeit oder Richtigkeit dieser Normen zu bestärken. So wird zB ausgeführt, dass schon das Staatswesen der alten Ägypter für manche Bereiche die Staatswirtschaft, daneben Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsaufsicht, Preisrecht, Arbeitsrecht, Exportförderung, Bank- und Kreditwesen kannte.<sup>31</sup> Demge-

---

recht<sup>2</sup>, II (1984), 253 (266); Sack, Bewegliche Systeme im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, in Bydlinski ua, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 177.

<sup>28</sup> Für die Ansicht, „volkswirtschaftlich gerechtfertigt“ sei eine Leerformel: ZB Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 31 (35); Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981) meint aber zuerst (176), das Erfordernis volkswirtschaftlicher Rechtfertigung allein enthalte kaum eine Determinierung der Entscheidung, ob ein Kartell eingetragen werden soll oder nicht, weist aber doch selbst einen Weg, wie diese Norm konkretisiert werden könnte, indem er einige Faktoren für eine Beurteilung anführt, die ich anwenden werde: „Bei genauer Prüfung aller irgendwie einschlägigen Vorschriften würde man mit einiger Sicherheit weitere positivierete Elemente für die Handhabung volkswirtschaftlicher Rechtfertigung von Kartellen finden. So hat Schuhmacher („Inhalt des Patentrechts“ und Kartellgesetz, ÖZW 1974, 41) die Fruchtbarkeit des Patentgesetzes in diesem Zusammenhang gezeigt.“ (181). Eine extreme Haltung, die meint, volkswirtschaftliche Rechtfertigung sei eine Leerformel und daher von verfassungswidriger Unbestimmtheit, wird von Walter / Mayer, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts<sup>2</sup> (1987), 356 vertreten.

<sup>29</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 537.

<sup>30</sup> Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland<sup>2</sup> (1985), XIII; Hopt, Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017 (1019); Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981), 87. Wie wichtig wirtschaftsgeschichtliche Erkenntnisse für wirtschaftsrechtliche Aussagen sind, hat auch Wenger immer wieder betont: ZB: Die öffentliche Unternehmung (1969), 26 ff; Das Recht der öffentlichen Aufträge (1977), 19ff; Organisationsgrundlagen und Instrumentarium der direkten Wirtschaftslenkung in Österreich, in Korinek / Rill, Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts (1982), 15 ff; Ansätze zur inhaltlichen Determinierung nicht hoheitlicher Verwaltungshandlungen im neuen Bundeshaushaltsrecht, Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich, 1988, 1.

<sup>31</sup> HdWW IX, 66.

genüber soll das klassische Griechenland in einer Art marktwirtschaftlichen Ordnung gelebt haben, die am Arbeitsmarkt Sklavenwirtschaft und in Ausnahmefällen Kartellverbote, Marktkontrollen, Ausfuhrverbote und Preisrecht kannte.<sup>32</sup> Das Wirtschaftsordnungsinstrument der beruflichen Zwangsgenossenschaften sei in der römischen Spätzeit entstanden.<sup>33</sup> Im Mittelalter seien mit dem Zunftwesen Berufsorganisationen anderer Art entwickelt worden. Das Kaufmannsrecht hätte damals zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht geführt.<sup>34</sup> In der frühen Neuzeit hätte man Forstrecht, Wirtschaftsförderung durch Einfuhrverbote etc als Mittel der Wirtschaftspolitik verwendet.<sup>35</sup>

In solchen Vergleichen werden oft Rechtsnormen oder Zustände einander gegenübergestellt, die aus ihrem historisch-wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhang gerissen wurden.<sup>36</sup> Wenn ohne eine ausführliche Beschreibung des wirtschaftlich-sozialen Umfeldes historische Rechtsnormen mit derzeit geltenden Vorschriften verglichen werden, ist der Erkenntnisgewinn relativ gering.<sup>37</sup> Historische Vergleiche werden hier daher nur insoweit angestellt, als

---

<sup>32</sup> HdWW IX, 67.

<sup>33</sup> HdWW IX, 68.

<sup>34</sup> Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 23.

<sup>35</sup> HdWW IX, 75.

<sup>36</sup> ZB Mickwitz, Die Kartellfunktion der Zünfte (1936); Piotrowski, Cartels and Trusts (1933, Reprint 1978); Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981), 12; Schulte, Das österreichische Kartellrecht vor 1938 (1980), 6. Es sind daher alle Ausführungen zwar in einem sehr engen Sinn richtig, die mit heutigem Verständnis einer Wettbewerbswirtschaft zB die Beschränkungen und Zwänge der Zünfte als Wettbewerbsbeschränkungen usw bezeichnen, aber doch unpassend, weil erst das Bewusstsein der Möglichkeit einer Wettbewerbswirtschaft zB die Maßnahmen der Zünfte als Beschränkungen des Wettbewerbes darstellt. In der „Denkart“ des zünftischen Wirtschaftssystems sind die Maßnahmen der Zünfte sicherlich anders zu bewerten, zB als Aufrechterhaltung einer gewissen ständischen Ordnung, Gewährleistung des als typisch und ausreichend angesehenen Auskommens der verschiedenen Stände, die Aufrechterhaltung einer bestimmten Menge der Bevölkerung auf dem flachen Lande, um so ausreichende Nahrungsversorgung zu garantieren, weiters seien genannt religiöse Ziele, Preis- und Qualitätsgewährleistung, Aufrechterhaltung der städtischen Eigentumsordnung - Realgewerbe. Dazu kommt, dass auch in den Blütezeiten des Zunftwesens die volkswirtschaftliche Bedeutung der Handwerker eher gering war. Zu diesen Zeiten muss von sehr beschränkten Märkten ausgegangen werden, sodass auf diesen Teilmärkten sicherlich Wettbewerbskämpfe ganz individueller Art stattfinden konnten (Transport, geringe Mobilität der Bevölkerung), doch geben allgemeine statistische Vergleiche einige Hinweise auf den tatsächlichen volkswirtschaftlichen Stellenwert des Handwerks im Mittelalter und der frühen Neuzeit. So waren während dieses Zeitraums 80 - 90 % der Bevölkerung Europas Bauern. Die Nachfrage dieser Bauern erstreckte sich wiederum zu 80 - 90 % auf Nahrungsmittel (die meist aus eigener Erzeugung gewonnen wurden) der Rest auf Kleidung, Wohnung und Heizung. Die überaus geringe Nachfrage dieser 80 - 90 % der Bevölkerung war noch dazu sehr preis- und einkommenselastisch, dh fast alle Einkäufe konnten fast unbegrenzt aufgeschoben werden. Die winzige Minderheit der Mittel- und Oberschicht war daher der einzige Nachfrager für handwerkliche Leistungen (Roehl, Nachfrageverhalten und Nachfragestruktur 1000 - 1500, in Cipolla, Europäische Wirtschaftsgeschichte, I, 67). Nach diesen Fakten erscheint es sogar durchaus notwendig zu überprüfen, ob Preistaxen und Abspracheverbote für Handwerker nicht der Verstärkung der Nachfragemacht der wenigen Nachfrager dienten und nicht als Abwehr gegen kartellähnliche Abreden der Handwerker angesehen werden können. Weitere Ausführungen zu diesem Beispiel müssen hier dahingestellt bleiben, sie sind im Rahmen dieser Arbeit nicht zu beantworten.

<sup>37</sup> McClelland, Causal Explanation and Model Building in History, 75. McClelland weist auf das Problem der sozialwissenschaftlichen Anwendbarkeit der Regel: „similar cause, similar effect“ hin. Weiters fordert er den geschichtlich Forschenden auf, seine eigene weltanschauliche Position offenzulegen, um die Einflüsse dieser Einstellung auf die Forschungsergebnisse beurteilen zu können, 68. McCracken, The History of Consumption: A Literature Review and Consumer Guide, Journal of Consumer Policy, 10 (1987), 139, warnt am Beispiel der Geschichte des Konsums vor einer allzu gegenwartsbezogenen Betrachtung, die vergangene Perioden als die Vorwegnahme oder Vorbereitung unserer Gegenwart

vergleichbare historische Wirtschaftsordnungen nachgewiesen werden können.

Dem grundsätzlichen Problem, die Änderung von Wirtschaftsordnungen zeitlich voneinander abzugrenzen, muss hier aus dem Weg gegangen werden.<sup>38</sup> Historische Vergleiche sollen ab jenem Zeitpunkt angestellt werden, ab dem Wettbewerb bewusst als wirtschaftspolitisches Instrument verwendet wurde. Dieser Zeitpunkt kann in Österreich mit der Mitte des 19. Jahrhunderts angenommen werden, als die liberale Regierung auf den ideologischen und wirtschaftlichen Vorarbeiten des endenden 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufbauen konnte und tatsächlich eine neue Wirtschaftsordnung schuf.<sup>39</sup>

Nachdem nun auch die historische Dimension der Untersuchung abgesteckt wurde, soll kurz festgestellt werden, was in dieser Arbeit unter Wettbewerbsrecht verstanden wird. Ganz einhellig wird die Definition des Wettbewerbsrechts so vorgenommen, dass zuerst die Wirtschaftsordnung der Wettbewerbswirtschaft in ihren verschiedenen theoretischen und praktischen Ausformungen dargestellt wird, um darauf das Wettbewerbsrecht als jenes Rechtsgebiet

---

auffasst, sowie vor der Gefahr einer Projektion der eigenen Sichtweisen und Einstellungen auf eine andere Zeit, also die Erforschung einer vergangenen Zeit ausschließlich mit Denkweisen von heute. Fikentscher, Wirtschaftsrecht (1983) I, 104 hat für die Einbeziehung von metajuristischen Tatsachen in eine sinnvolle Rechtsvergleichung eine eigene Methode entwickelt, die er Synepetik, nennt.

<sup>38</sup> Nach wie vor muss mit Pribram, Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik von 1740 bis 1860 (1907) I, VIII gesagt werden, dass es noch „*unermüdlicher Forscherarbeit*“ bedürfte, das Hunderte von Faszikeln füllende Aktenmaterial über die verschiedenen Zweige des Wirtschaftslebens und der öffentlichen Verwaltung in Österreich gewissenhaft zu durchforschen, um das Wirtschaftsleben Österreichs in seiner historischen Entwicklung zu überblicken; Hicks, A Theory of Economic History (1969), 25; Pribram, Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik von 1740-1860, 1.

<sup>39</sup> Das Ziel der Erreichung eines einheitlichen Wirtschaftsgebietes der Monarchie im Merkantilismus war eine wichtige Vorbedingung für eine liberale Wirtschaftsordnung (Pribram, Geschichte, 3, unter Hinweis auf die programmatische Schrift Hörnigks, Österreich über alles, wenn es nur will. Auch der gegen den Merkantilismus vehement und mit völlig aktuellen Argumenten auftretende Physiokratismus (zB Karl von Zinzendorf, Ohnmaßgebliche Anmerckungen, welche auf einer viermonatlichen Reise durch Böhmen, Mähren, Schlesien und einen Theil von Sachßen eingesammelt worden, 20.12.1773 - NÖ Komm. Fasz. 54 NO. 105 Ex feb. 1775, zitiert nach Pribram, Geschichte, 272) konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen. Die aufregend modernen Aussagen von Zinzendorfs können hier nicht ausführlich wiedergegeben werden. Auch die josephinische Wirtschaftspolitik blieb in ihren Ideen und Ansätzen stecken. Wohl erlangte die „Aufklärungspartei“ bei Hof die Vormacht (Pribram, Geschichte, 348). Vor allem muss aber betont werden, dass die Inhalte einer liberalen Preis- und Marktlehre noch nicht bekannt waren. Die wirtschaftspolitischen Ideen wurden mit den Mitteln des Absolutismus: Weisung, Allerhöchste Entschließung etc, versucht durchzusetzen. Die Regierung Leopolds II und Franz I sind durch Abkehr von den liberalen Ideen, Rückkehr zur Preisregelung, Schutz vor Konkurrenz und Verkehrsbeschränkungen bestimmt. Von Zinzendorf unterlag den kameralistischen Anschauungen Sonnenfels (Pribram, Geschichte, 539). Die erste Hälfte des 19. Jhdts war gekennzeichnet durch das Beginnen der industriellen Revolution, die in Österreich weder auf adäquate finanzielle noch ausreichende rechtliche Strukturen aufbauen konnte. Das Fehlen der finanztechnischen Einrichtungen und damit der Möglichkeit, gebundenes Kapital in Bewegung zu setzen, war sicherlich die größte Schwierigkeit der damaligen Industrialisierung (März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - Am Beispiel der k.k.priv. Österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 27). Die Bemühungen um ein neues Gewerberecht schleppten sich durch den Vormärz (Springer, Geschichte Österreichs seit dem Wiener Frieden (1863), I, 276 f; Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 45). Erfolgreicher war, zumindest im Hinblick auf ein aktives staatliches Handeln, der Versuch einer Sanierungspolitik der Staatsfinanzen mit Hilfe der 1816 gegründeten Nationalbank (zB Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 65). Die Industrialisierung, der Beginn des Aufbaues eines Eisenbahnnetzes, die Erlassung des Börsenregulativ (HKD 17.11.1810) waren Positiva dieser Zeit. Eine zeitgemäße Gewerbeordnung und auch die Grundentlastung fehlten hingegen.

zu definieren, das zur Aufrechterhaltung und Gewährleistung einer Wettbewerbswirtschaft dient.<sup>40</sup> Durchgesetzt hat sich auch die Unterscheidung zwischen dem Bereich des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Existenzschutz des Wettbewerbs) und des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb (Lauterkeitsschutz, Qualitätsschutz des Wettbewerbs).<sup>41</sup> Diese Abgrenzung dient aber hauptsächlich didaktischen Zwecken.<sup>42</sup> Zu einem Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn sollen hier alle jene Normen zusammengefasst werden, die im gerade definierten Sinn wettbewerbsrechtlichen Inhalts sind aber nicht zu den herkömmlichen Rechtsgebieten des Wettbewerbsrechts gezählt werden. Dazu gehören zB manche Bestimmungen der GewO, des gewerblichen Rechtsschutzes, des Maß- und Eichrechts etc.

## 1.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Jede Verfassung und damit auch jener Teil der Verfassung, den man Wirtschaftsverfassung nennen kann,<sup>43</sup> baut auf grundsätzlichen politischen Ideen auf.<sup>44</sup> Aus diesen Ideen lassen sich grundlegende Wertungen, die auch für die Auslegung der einfachgesetzlichen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften von Bedeutung sind, ableiten.<sup>45</sup> Die hier unternommenen verfassungsrechtlichen Ausführungen sollen nicht über den Umfang einer Grundlegung hinausgehen, sie sollen die Untersuchung fassen und nicht überladen.

### 1.2.1 Wettbewerbsrelevante Aspekte der Grundrechte

Eine ganze Anzahl von Grundrechten hat direkten Bezug zum Wettbewerbsrecht. Die Garantie des Eigentums als zivilrechtliches Institut und als subjektives Recht ist die wohl wichtigste Voraussetzung für eine marktwirtschaftlich organisierte Wirtschaftsordnung.<sup>46</sup> Art 5 StGG schützt das im Rahmen der Wirtschaftsordnung Erworbene und ist daher für die Wettbewerbsregeln, die im Wesentlichen Ausübungsvorschriften enthalten, von geringerer direkter Bedeutung. Allein wettbewerbsrechtliche Normen, die einen Eingriff in bestehende Eigentumsverhältnisse bewirken können, wie zB Fusionskontrollmaßnahmen, die die Entflechtung von bereits durchgeführten Zusammenschlüssen vorsehen, wären im Hinblick auf die Eigen-

---

<sup>40</sup> ZB Baumbach / Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>15</sup> (1988), 28 ff; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981) 1 ff.

<sup>41</sup> Baumbach / Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>15</sup> (1988), 81 meinen, dass die Begriffstrennung Wettbewerbsrecht iES oder nur Wettbewerbsrecht für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb und Wettbewerbsrecht iwS für das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr den Anforderungen gerecht wird. Zum Ziel-Mittel-Problem im Wettbewerbsrecht: Fikentscher, Wirtschaftsrecht II (1983), 143.

<sup>42</sup> Fikentscher, Wirtschaftsrecht (1983) II, 138.

<sup>43</sup> Die Wirtschaftsverfassung soll die grundlegende Ordnung wirtschaftspolitischer Entscheidungskompetenzen ermöglichen, die Gestaltung des Wirtschaftsgeschehens in seinen Grundzügen bestimmen und die Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben determinieren. Schäffer, Die rudimentäre Wirtschaftsverfassung Österreichs, in FS Wenger (1983), 3 (4); Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 53.

<sup>44</sup> Walter / Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>6</sup> (1988), 59; Günther Winkler, Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969), 13 ff.

<sup>45</sup> Korinek, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke der Wirtschaftslenkung, in FS Wenger (1983), 243 (263); Sack, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1 (5); Günther Winkler, Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969), 47.

<sup>46</sup> ZB Schantl, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in FS Korinek (1972), 136; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 76.

tumsgarantie zu beurteilen. Solche Vorschriften bestehen aber im gegenwärtigen österreichischen Kartellrecht nicht.

Der Gleichheitssatz ist in mehrfacher Weise für Inhalt und Auslegung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften von Bedeutung, besteht doch eines der Wesenselemente einer Marktwirtschaft in der Gleichbehandlung bzw Nicht-Diskriminierung der einzelnen Marktteilnehmer.<sup>47</sup> Andererseits ist im Wettbewerb der Marktteilnehmer eine gleichsam automatische Gleichbehandlung aller Mitbewerber, Kunden etc. gerade im Sinne eines Wettbewerbs zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten nicht denkbar. Es muss vielmehr geprüft werden, welche Arten von Ungleichbehandlungen im Rahmen des Wettbewerbsrechts zulässig sind. Die Parallele dieser Art der Behandlung des Problems der Gleichbehandlung zur Interpretation des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes ist augenfällig. Es liegt nahe, Grundwertungen der RSp zum Gleichheitssatz, die den Maßstab für das Verhältnismäßigkeitsprinzip bilden,<sup>48</sup> auch bei Anwendung wettbewerbsrechtlicher Diskriminierungsverbote etc zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung ist selbstverständlich nicht als Drittwirkung des Gleichheitsgrundsatzes auf die privatrechtlichen Verhältnisse der Marktteilnehmer zu verstehen.<sup>49</sup> Die jüngere Judikatur des VfGH, die im Rahmen der Gesetzesprüfung immer mehr die sachliche Rechtfertigung differenzierender Maßnahmen zu beurteilen sucht,<sup>50</sup> erleichtert diesen Ansatz. Sobald inhaltliche Gleichheitserwägungen angestellt werden, müssen Wertungen erfolgen.<sup>51</sup> Manche Maßstäbe dieser Wertungen liegen auch den Wertungen des Wettbewerbsrechts zugrunde. ZB verbietet die RSp zum Boykott als Maßnahme unlauteren Wettbewerbs eine unverhältnismäßige Schädigung des Mitbewerbers.

Das Problem der Anwendung des Gleichheitssatzes auf privatrechtliches Handeln des Staates<sup>52</sup> wiederum demonstriert das antagonistische Verhältnis des Gleichheitsgebotes zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz der Privatautonomie. Es entspricht wohl bereits der hL, dass die Anwendung des Gleichheitssatzes insbesondere dann geboten ist, wenn der Vertragspartner des privatwirtschaftlich tätigen Staates auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates angewiesen ist und nicht auf andere Vertragspartner ausweichen kann.<sup>53</sup> Diese Auslegung des Gleichheitssatzes geht auf Wertungen zurück, die der Wertung des Schutzes des schwächeren Marktteilnehmers gegen Missbräuche marktbeherrschender Marktteilnehmer entsprechen.

---

<sup>47</sup> ZB die UWG-RSp zu Boykott und Liefersperre; das Diskriminierungsverbot des NVG.

<sup>48</sup> Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 143.

<sup>49</sup> Sack, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1 (5) bezeichnet diese Erscheinung als „mittelbare Drittwirkung“.

<sup>50</sup> Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nach der Judikatur des VfGH, in FS Melichar (1983), 39 (44); Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 145.

<sup>51</sup> Wenger, Grundriß des Österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 145; G. Winkler, Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969), 39 ff.

<sup>52</sup> Die sog „Fiskalgeltung der Grundrechte“; Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1 u 109; Kopp, Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in FS Wilburg (1975), 141; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 149.

<sup>53</sup> Wenger, Grundriß des Österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 152.

Nach hL wird der Grundsatz der Privatautonomie von der österreichischen Bundesverfassung vorausgesetzt, jedoch nicht ausdrücklich als eigenes Grundrecht geregelt.<sup>54</sup> Die Regeln, die für verwandte Grundrechte gelten, werden auf den Grundsatz der Gewährleistung von Privatautonomie angewandt. Nach hL kann Privatautonomie durch einfachgesetzliche Regeln beschränkt werden. Der Wesensgehalt der Privatautonomie ist dabei aber zu respektieren.<sup>55</sup> Die Ermittlung des Wesensgehaltes der Privatautonomie durch die RSp des VfGH ist bisher noch nicht erfolgt, die Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Adäquanz werden jedoch auch hier als Leitlinien dienen müssen. Die Ergebnisse der Ermittlung der Grenzen der grundrechtlich gebotenen Privatautonomie könnten auch für die Ermittlung der Grenzen der zulässigen Beschränkung des autonomen Handelns von einzelnen Marktteilnehmern durch andere, marktmächtige Marktteilnehmer dienen.

Die gerade behandelten Grundrechte können auch als Verpflichtung, Wettbewerbsrecht zu schaffen und zu vollziehen, verstanden werden. Wie diese Grundrechte, haben auch die Wettbewerbsnormen den Zweck und das Ziel, Privatautonomie aufrecht zu erhalten oder erst zu ermöglichen.<sup>56</sup>

Auch das Grundrecht auf Vereinsfreiheit hat Bezugspunkte zum Wettbewerbsrecht. Durch das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann unter Umständen das Recht auf Vereinigungsfreiheit beschränkt werden, obwohl gerade die Vereinigungsfreiheit ein Charakteristikum einer liberalen Wirtschaftsverfassung ist.<sup>57</sup> Auch das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit ist ja nur unter Gesetzesvorbehalt gewährleistet.<sup>58</sup> Der Rahmen für eine grundrechtlich zulässige Beschränkung der Vereinsfreiheit kann vergleichbare Wertungen erforderlich machen wie die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von privatrechtlich bewirkten Beschränkungen der Vereinigungsfreiheit.

Zuletzt soll das Grundrecht der Erwerbsfreiheit in ein Verhältnis zu wettbewerbsrechtlich verbotenen Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten der Marktteilnehmer gesetzt werden. Als Voraussetzung für ein marktwirtschaftliches Wirtschaftssystem steht das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit der Eigentumsgarantie nicht nach.<sup>59</sup>

Das Verhältnis dieser beiden Grundrechte kann, Wittig folgend,<sup>60</sup> auch für Österreich so cha-

---

<sup>54</sup> Aicher, in Rummel, Kommentar zum ABGB § 16, RZ 3; Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 114 f; Gutknecht, Das liberale Baugesetz und die Wirtschaftsverfassung, in FS Korinek (1972), 77; Mayer-Maly, Privatautonomie und Wirtschaftsverfassung, in FS Korinek (1972), 151; Korinek, Die verfassungsrechtliche Grundlegung der Österreichischen Sozial- und Wirtschaftsordnung, in Mock / Schambeck (Hrsg), Verantwortung in Staat und Gesellschaft (1977), 245 (248); Wenger, Grundriß des Österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 116.

<sup>55</sup> Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 132 ff; Koziol / Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>7</sup>, I, 77f; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 117.

<sup>56</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 1 ff.

<sup>57</sup> Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 103.

<sup>58</sup> Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 110.

<sup>59</sup> Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 90.

<sup>60</sup> Wittig, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtsdynamik, in FS Gebhard Müller (1979), 575 (590).

rakterisiert werden, dass die Eigentumsgarantie das Erworbene schützt, das Grundrecht der Erwerbs- und Berufsfreiheit hingegen den Erwerb, die Betätigung selbst unter grundrechtlichen Schutz stellt.

Die jüngere RSp des VfGH zur Erwerbsfreiheit<sup>61</sup> hat die Notwendigkeit des Wettbewerbs am Markt betont. Aus dieser RSp können Grundsätze abgeleitet werden, die für die verfassungskonforme Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen des Wettbewerbsrechts bedeutend sind. Weiters ist die Betrachtung dieser Grundrechtsjudikatur hier deswegen von Bedeutung, weil sie eine dynamische Entwicklung erkennen lässt, die auf die Änderung wirtschaftlicher Verhältnisse zurückgeführt werden kann.<sup>62</sup>

Die Zukunft wird zeigen, ob nach der zahlenmäßig stärkeren RSp zu Beschränkungen des Erwerbsantritts,<sup>63</sup> die Judikatur zur Erwerbsausübung, die ebenfalls bereits bedeutende Aussagen enthält,<sup>64</sup> auch die Grenzen wettbewerbsrechtlicher Normen bestimmen wird.<sup>65</sup> Das E VfGH 21.6.1989<sup>66</sup> zum LadenschlußG weist bereits in diese Richtung. Hier wird unter Hinweis auf die Vorjudikatur betont, dass der Sinn der Erwerbsfreiheit *„nicht darin liegt, daß bestimmten Unternehmen ein wirtschaftlicher Schutz garantiert wird (vgl. VfSlg. 8765/1980), sondern darin, ihnen die Erwerbsausübung im Rahmen eines geordneten Wettbewerbs zu ermöglichen.“*

Auch das Verhältnis von Normen mit wettbewerbspolitischem Zweck zu anderen ebenfalls zu berücksichtigenden rechtspolitischen Zwecken wird in diesen E reflektiert.<sup>67</sup> Der VfGH meint in diesem Zusammenhang, dass eine gesetzliche Regelung, die die Erwerbsfreiheit beschränkt, nur dann zulässig ist, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, dieser adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist. Bei der Prüfung von Ausübungsregeln, die die Erwerbsfreiheit einschränken können, bedeute *„durch ein öffentliches Interesse sachlich gerechtfertigt“*, *„dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwä-*

---

<sup>61</sup> Zusammenfassungen dieser RSp zB bei: Binder, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) - Überlegungen zur neueren Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1; Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 97 f.

<sup>62</sup> Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39 (40).

<sup>63</sup> VfSlg 1983/9869 (Tierkörperverwertung); VfSlg 1984/10179 (Schrottlenkung I); VfSlg 1986/10932 (Taxi); VfGH 5.3.1987, G 174/86 (Fahrschulen); VfGH 6.10.1987, G 1/87 (Güterbeförderung); VfSlg 1980/8765 (Apotheken); VfGH 7.3.1987, B 251/83 (Apotheken); VfGH 14.Io.1987, B 414/87 (Bestatter); VfGH 9.10.1987, G 75/87 (Postmonopol); VfGH 12.3.1988, G 154/87 (Schischulen-Tirol); VfGH 1.3.1988, G 79/87 (Schrottlenkung II); VfGH 21.6.1988, G 228/87 (Kino-Tirol).

<sup>64</sup> VfSlg 1985/10718 (Kontaktlinsenoptiker); VfGH 1.12.1987, G 132/87 ua; VfGH 21.6.1989, G 198 u G 234/88 (Ladenschluss); VfGH 5.10.1988, G 197/87 u G 148/88 (Kosmetikartikel).

<sup>65</sup> Andere Überlegungen zur weiteren möglichen Entwicklungen der RSp zum Grundrecht der Erwerbsfreiheit werden angestellt von Duschaneck, Jüngste Entwicklung der Judikatur zur Erwerbsfreiheit, WipolBl 1986, 752 (757); Korinek, Der grundrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts, in Korinek / Stampfl-Blaha, Beiträge zum Telekommunikationsrecht (1989), 67; G. Schmied, Gewerbeordnung und Erwerbsfreiheit, ÖZW 1989, 39.

<sup>66</sup> VfGH 21.6.1989, G 198/88 u G 234/88.

<sup>67</sup> Binder, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) - Überlegungen zur neueren Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1; Duschaneck, Jüngste Entwicklung der Judikatur zur Erwerbsfreiheit, WipolBl 1986, 752; Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39; Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 96.

„*Die Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen.*“ Dem Gesetzgeber stünde bei Regelung der Berufsausübung jedoch ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Erwerbsantritt beschränken, „*weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern.*“ Ferner wird ausgeführt, dass die sozial- und familienpolitische Lage der Arbeitnehmer ohne Zweifel von beachtlichem Gewicht sei.

Die weitere inhaltliche Bestimmung des Wesensgehaltes von Art 6 StGG in Bezug auf Beschränkungen der Erwerbsausübung steht noch aus. Die gerade bei der RSp zur Erwerbsfreiheit festzustellenden rechtsvergleichenden Praktiken der schweizerischen, deutschen und österreichischen Verfassungsgerichte könnten auch zur Bewältigung dieses Problems beitragen.<sup>68</sup> In diesem Sinne kann die Auslegung von Art 12 GG, dass wettbewerbsrechtliche Normen die Privatautonomie unter Umständen zwar beschränken, aber damit Erwerbsfreiheit erst ermöglichen, grundrechtskonform sind, durchaus als Vorbild dienen.<sup>69</sup> Scholz<sup>70</sup> gibt die hL in der BRD wieder, wenn er meint, staatliche Kartellaufsicht würde die Erwerbs- und Berufsfreiheit nicht einschränken, sondern sie fördern oder erst ermöglichen. Korinek<sup>71</sup> hat diese Regel für den Bereich der Wirtschaftslenkung weiter konkretisiert. Er führt aus:

*„Das Grundrecht ermöglicht es also, die Privatautonomie des Unternehmers zu beschränken; wo diese Beschränkung aber in eine Lenkung übergeht, die dem Unternehmer in einem wichtigen Bereich der Unternehmensführung praktisch keinen eigenen Entscheidungsspielraum mehr gewährt, wird die Beschränkung so gravierend, daß sie das Grundrecht selbst verletzt. Denn auf diese Weise wird die durch das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit institutionell garantierte Vielzahl von Unternehmungen als wirtschaftliche Planungs- und Aktionseinheiten, die eine Dezentralisation wirtschaftlicher Entscheidungen gewährleistet und die Verantwortung für selbständige wirtschaftliche Entscheidungen auf diese Vielzahl von Unternehmungen überträgt, zugunsten einer staatlichen Lenkung der Wirtschaft mit anderen Entscheidungszurechnungen verlassen. Das ist nicht mehr das Bild, das dem Verfassungsgesetzgeber vom Wirtschaftssystem vor Augen stand als er das Grundrecht der freien Erwerbsbetätigung - wenn auch unter Gesetzesvorbehalt - verfassungsrechtlich garantierte.“*

Dieser Rahmen wird die Lösung von Fragen um das Verhältnis von wettbewerbsrechtlichen Normen zum Grundrecht der Erwerbsfreiheit bestimmen. Es wird zu beurteilen sein, ob die zu

---

<sup>68</sup> Vgl Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39 (56, 66); Korinek, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke der Wirtschaftslenkung, in FS Wenger (1983), 243 (256).

<sup>69</sup> Für Österreich: Oberndorfer / Binder, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in FS Klecatsky (1980), 677 (685).

<sup>70</sup> Scholz, in Maunz / Dürig, Grundgesetz - Kommentar (Loseblatt Slg ab 1958), Art 12, RN 385; in diesem Sinn allgemein zu Eingriffen in das Grundrecht der Privatautonomie, die im Interesse einer funktionierenden Erwerbstätigkeit getroffen werden (zB das Wucherverbot): Oberndorfer / Binder, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in FS Klecatsky (1980), 677 (685).

<sup>71</sup> Korinek, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke der Wirtschaftslenkung, in FS Wenger (1983), 243 (259).

prüfende Norm den Wettbewerb mit adäquaten Mitteln regelt, um Erwerbsfreiheit beim Antritt oder bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit erst zu ermöglichen und zu sichern oder ob eine im Wettbewerbsrecht verborgene wirtschaftslenkende Maßnahme vorliegt.

Ausübungsbeschränkungen der erstgenannten Art berühren den Wesensgehalt des Grundrechts der Erwerbsfreiheit nicht. Führen sie zu hingegen zu Wirtschaftslenkung, ist die zulässige Beschränkung des Grundrechts überschritten.

### 1.2.2 Kompetenzrechtliche Erwägungen

Die österreichische Bundesverfassung kennt keine allgemeine Zuständigkeit zur Erlassung von wettbewerbsrechtlichen Normen jeglicher Art. Österreich besitzt somit im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen (zB BRD: Art 74 P 16 GG – „*Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung*“), keine zentrale Zuständigkeitsnorm für dieses Rechtsgebiet. Ein wesentlicher Teil des Wettbewerbsrechts wird durch Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG „*Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*“ dem Bund in Gesetzgebung und Vollziehung zugewiesen. Diese Norm deckt jedenfalls alle jene Vorschriften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenznormen als Recht gegen unlauteren Wettbewerb verstanden wurden<sup>72</sup> und deren intrasystematische Fortentwicklung.<sup>73</sup>

In den wenigen E<sup>74</sup>, die zur Auslegung der Bundeskompetenz „*Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*“ ergangen sind, kam auch der VfGH zu diesem Ergebnis. In dieser Entscheidungsreihe ist, auch aus methodologischen Gründen, das E VfGH 1.3.1982<sup>75</sup> besonders wichtig. Dieses E bedient sich der Methode der systematisch-teleologischen Interpretation zur Abgrenzung von Kompetenztatbeständen.<sup>76</sup> Der VfGH wendet sich vom Rechtsprechungsgrundsatz der sog Irrelevanz der Regelungszwecke, die zB von Funk<sup>77</sup> zu Recht heftig kritisiert wurde, ab. Der VfGH spricht in dieser E aus:

*„Das Wettbewerbsrecht bezweckt - gemeinsam mit dem Kartellrecht - die Aufrechterhaltung eines funktionierenden geschäftlichen Wettbewerbs; es enthält rechtliche Vorkehrungen, um die Beseitigung, Beeinträchtigung oder Verfälschung des Wettbewerbs zu unterbinden oder jedenfalls unter Kontrolle zu halten (vgl Koppensteiner, Wettbewerbsrecht, 1981, 11). Zentraler Regelungsgegenstand des Rechts zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist dabei die Verhinderung von gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs (vgl § 1 UWG). Gesetzliche Regelungen, die ihrem Inhalt nach diesem Regelungsbereich zuzuordnen sind, zählen zu den Regeln zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.“*

Die Aussage des VfGH, Wettbewerbsrecht bezwecke die Aufrechterhaltung eines funktionie-

---

<sup>72</sup> Darstellung der historischen Entwicklung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in Abschnitt 2.

<sup>73</sup> Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980), 77; Morscher, Die Gewerbekompetenz des Bundes (1987), 21.

<sup>74</sup> ZB VfSlg 1956/3128; 1963/4600; 1982/9338.

<sup>75</sup> VfSlg 1982/9338 = ÖZW 1983, 28 mit einem Kommentar von Wenger.

<sup>76</sup> Wenger, Kommentar zum E 1.3.1982, ÖZW 1983, 28 (32).

<sup>77</sup> Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980), 81.

renden geschäftlichen Wettbewerbs, darf nicht so verstanden werden, dass Mitbewerber- und Konsumentenschutz nicht Sache des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb wären. Schon durch den Verweis auf den Inhalt des UWG zur Auslegung des Kompetenztatbestandes des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG und aus anderen Bemerkungen des VfGH in dieser E lässt sich jedoch erkennen, dass der VfGH das Ziel der „*Aufrechterhaltung eines funktionierenden geschäftlichen Wettbewerbs*“ als umfassendes Ziel der Rechtsordnung auffasst.

Es wurde noch nicht erwogen, ob aus dieser E des VfGH auch Konsequenzen auf die Zuständigkeit zur Erlassung von Normen zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen abzuleiten sind. Obwohl die Definition der E 1.3.1982: „*Wettbewerbsrecht ist jedes Recht zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden geschäftlichen Wettbewerbs*“, so weit scheint, dass auch kartellrechtliche Normen darunter verstanden werden könnten, verhindert schon der Wortsinn des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG "*Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*", eine solche Auslegung.

Da sich auch das historische Verständnis des Begriffes „*unlauterer Wettbewerb*“ mit dem heutigen Verständnis weitestgehend deckt und damals und heute das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Recht gegen unlauteren Wettbewerb definitorisch klar getrennt wurde und wird, erscheint auch eine intrasystematische Fortentwicklung der Kompetenznorm "*Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*" in Richtung Kartellrecht unmöglich.

Eher denkbar wäre, den Kompetenztatbestand „*Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) so fortzuentwickeln, dass die allermeisten Regelungsgegenstände des KartG unter diese Zuständigkeit fallen könnten. Ohne eine genaue Überprüfung der soeben entwickelten Thesen, muss daher derzeit die Qualifizierung des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkung als Querschnittsmaterie <sup>78</sup> aufrecht erhalten bleiben.<sup>79</sup>

Wenn man somit die Meinung vertritt, dass für die Erlassung und den Vollzug von Normen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ausdrücklich die Bundeskompetenz des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG vorgesehen ist, die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung von Vorschriften gegen Wettbewerbsbeschränkungen hingegen nicht auf eine ausdrückliche Kompetenznorm begründet werden kann, sondern nur unter Berufung auf ver-

---

<sup>78</sup> Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 67.

<sup>79</sup> Die Erl zur RV eines KartG 1988, 633 BlgNR 17. GP, 25 verweisen zur Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung des KartG 1988 auf die umfangreichen Ausführungen der Erl zur RV des KartG 1972, 473 BlgNR 13. GP, 25. Diese Erl gehen den Weg, einzelne Bestimmungen des KartG 1972 auf bestimmte Bundeskompetenzen zurückzuführen. Die Ausführungen dieser Erl stellen den vorläufigen Endpunkt in der Diskussion um die Kompetenz zur Erlassung eines KartG dar, die durchaus nicht so widerspruchlos verlief, wie die Erl zum KartG 1972 darlegen wollen. Schon bei der Vorbereitung des KartG 1951 wurde vom BKA-VD und dem BMJ über die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung eines KartG diskutiert (BKA-VD; ZI 300.168-2a/49). Weder die RV noch der AB zum KartG 1951 gingen auf dieses Thema jedoch ein. Bei Vorbereitung der Novellen zum KartG 1951 wurde die Kompetenzdiskussion fortgesetzt. Vgl auch: Tomandl, Zum Geltungsbereich des österreichischen Kartellgesetzes (1968); E OGH 30.5.1969 - Baufirmen (Linzer Kreis) - ÖBl 1969, 118 mit einer Entscheidungsbesprechung von Tomandl = Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>13</sup>, 176; Hanreich, Verfassungsfragen des Kartellrechts, Manuskript eines Referats, gehalten im Seminar Wenger, Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts, 30. Sitzung, 19.4.1982.

schiedene Bundeskompetenzen<sup>80</sup> mit bestimmten Lücken (zB Kartelle oder Marktmachtmissbräuche im Bereich der Landwirtschaft) als sog Querschnittsmaterie abgeleitet werden kann, ist Folgendes zu berücksichtigen:

Im Zeitpunkt der Ausarbeitung und besonders im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen des B-VG erfolgte auch die Beschlussfassung über das UWG 1923. Wie darzustellen sein wird, war in Österreich die Ausarbeitung eines UWG bereits kurz nach der Jahrhundertwende soweit gediehen, dass die Beschlussfassung nur aus staatspolitischen Gründen der Doppelmonarchie scheiterte. Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb war daher 1923 so vorgebildet, dass die Schaffung einer besonderen Kompetenz für den Bund zur Gesetzgebung und Vollziehung solcher Normen auf der Hand lag.

Die sog Kartelldiskussion war hingegen im Zeitraum der Ausarbeitung des B-VG durchaus offen, im Wesentlichen diente nur § 4 KoalG der Abwehr von unerwünschten Kartellbildungen. Die Normen des KoalG waren aber eindeutig der Zivil- und Strafrechtskompetenz zuzuordnen.<sup>81</sup> Außerdem war die Einstellung der Zwischenkriegszeit – wie in der Folge dargestellt werden wird - Kartellen gegenüber eher positiv.<sup>82</sup> Möglicherweise wurde einfach keine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung beschlossen, weil kein wirtschaftspolitischer oder allgemeinpolitischer Bedarf zur Schaffung einer Bundeszuständigkeit gesehen wurde.

Bezeichnend für die österreichische Verfassungspolitik nach dem 2. Weltkrieg ist es aber, dass auch in einer Zeit, in der der politische und rechtliche Bedarf nach kompetenzrechtlicher Absicherung eines KartG bestand, nicht der Weg beschritten wurde, eine ausdrückliche Änderung der Kompetenzbestimmungen der B-VG vorzunehmen, sondern dass der mühsame und nicht voll befriedigende Weg beschritten wurde, einzelne Bundeskompetenzen zu suchen, die zu einem Mosaik zusammengesetzt wurden, um verfassungsrechtliche Grundlage für das KartG abgeben zu können. Damit wurde und wird auch die Chance vertan, eine eindeutige Aussage über die verfassungsrechtliche Bedeutung von wirtschaftlichem Wettbewerb zu geben.

### **1.3 Generalklauseln, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe im Wettbewerbsrecht**

Der Wertewandel im Wettbewerbsrecht wird in der folgenden Untersuchung ua an Beispielen der Generalklausel des § 1 UWG und am Kriterium der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen dargestellt werden. Es wurde bereits ausgeführt, dass die Ergebnisse dieser Untersuchung auch dazu dienen sollen, die Auslegung solcher wettbewerbsrechtlicher Normen rationaler zu gestalten und auf eine konsistente verfassungsrechtliche Grundlage zu stellen.

---

<sup>80</sup> BGBl 1923/531.

<sup>81</sup> Die Übertretung des § 4 KoalG führte gem § 3 KoalG zu einer strafrechtlich zu ahnenden Übertretung. Die Verabredung selbst war gem § 2 KoalG nichtig. Siehe auch AB: 46 Blg StenProt AH 5. Session (1870). Den Erl zur RV eines KartG 1972 (473 BlgNR 13. GP), § 4 KoalG fiel im Versteinerungszeitpunkt der Kompetenzvorschrift Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) zu, ist daher nicht zu folgen. Vgl auch Tomandl, Zum Geltungsbereich des österreichischen Kartellgesetzes (1968), 9.

<sup>82</sup> Abschnitt 3.2.

Hinter diesem Programm steht auch die zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Frage nach dem zulässigen Auslegungsspielraum von unbestimmten Gesetzesbegriffen und der Ermessensausübung. Art 130 Abs 2 B-VG definiert das sog „freie Ermessen“ im Zusammenhang mit der Kompetenz des VwGH als eine Regelungsmethode der Gesetzgebung, die das Verhalten einer Verwaltungsbehörde nicht bindend regelt, sondern die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überlässt.<sup>83</sup> Obwohl Normen, die Ermessen einräumen, das Verhalten der jeweils zuständigen Behörde nicht bindend regeln, müssen sie dennoch Art 18 Abs 1 B-VG genügen.<sup>84</sup>

Das rechtstaatliche Baugesetz der österreichischen Verfassung erfordert auch für wirtschaftsrechtliche Normen, dass sie für den Normadressaten vorhersehbar und berechenbar sind.<sup>85</sup> Ohne auf das bekannte und bereits eingehend abgehandelte Problem des verfassungsrechtlich erforderlichen Ausmaßes gesetzlicher Determiniertheit von wirtschaftsrechtlichen Normen eingehen zu wollen - ich schließe mich einem differenzierten Verständnis des Legalitätsprinzips an, demzufolge bei der gesetzlichen Regelung wirtschaftlicher Tatbestände die Anforderungen an die Legalität nicht überfordert werden dürfen<sup>86</sup> - soll idF die Vergleichbarkeit von in zivilrechtlichen Generalklauseln enthaltenen und in anderen Normtypen verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffen, sowie deren Verhältnis zu Normen, die der Vollziehung Ermessen einräumen, behandelt werden. Zu diesem Vergleich sei vorweg bemerkt, dass die Tatsache, ob eine wettbewerbsrechtliche Norm durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde vollzogen wird, für den gegebenen Zusammenhang ohne Bedeutung ist.<sup>87</sup>

Ausgehend von Art 130 Abs 2 B-VG und entsprechend der hL<sup>88</sup> soll unter Ermessen jene, vom Gesetzgeber eingeräumte Selbstbestimmung einer Behörde verstanden werden, die sie ermächtigt, zwischen rechtlich gleichwertigen Handlungen zu wählen.

Weder § 1 UWG noch die anderen idF zu untersuchenden wettbewerbsrechtlichen Normen, zB § 23 Z 3 KartG 1988, sehen eine solche Freiheit in der Entscheidung vor. Nach § 1 UWG ist eine Wettbewerbshandlung, die im geschäftlichen Verkehr vorgenommen wurde, entweder sittenwidrig oder sie ist es nicht, ein Kartell ist entweder volkswirtschaftlich gerechtfertigt oder es ist es nicht. In diesen Entscheidungen ist dem Vollzugsorgan kein Ermessen eingeräumt. Der Entscheidungsspielraum, der der Behörde eingeräumt ist, liegt somit nicht darin, dass nach dem Ermitteln eines Sachverhaltes und der Lösung der Rechtsfragen, verschiedene Varianten der Entscheidung rechtmäßig möglich wären, sondern der Spielraum liegt im Bereich der Auslegung von Rechtsbegriffen wie zB „geschäftlicher Verkehr“, „Zwecke des Wettbewerbs“, „Handlung“ „volkswirtschaftlich gerechtfertigt“ und im zentralen Begriff des

---

<sup>83</sup> Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972), 390; Walter / Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>6</sup> (1988), 200.

<sup>84</sup> ZB: Antoniolli / Kojan, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1986), 242.

<sup>85</sup> ZB Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 62.

<sup>86</sup> Adamovich / Funk, Österreichisches Verfassungsrecht (1984), 207; zB VfSlg 1977/8203; 1978/8395; 1980/8813.

<sup>87</sup> Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972), 396; Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960), 146.

<sup>88</sup> Hofer-Zeni, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle (1981), 2; Stoll, Ermessen im Steuerrecht, Vhdlg 4; ÖJT 1970, 1/2 (1970), 32.

§ 1 UWG, den „guten Sitten“.<sup>89</sup> Solche Begriffe werden meist „*unbestimmte Gesetzes- oder Rechtsbegriffe*“ genannt.

Wie kann der Begriff des unbestimmten Gesetzes- oder Rechtsbegriffs definiert werden? Antonioli<sup>90</sup> beschreibt zuerst an Beispielen den Terminus des unbestimmten Gesetzesbegriffes, gibt eine rechtspolitische Erklärung für die Verwendung dieser Technik und definiert weiters negativ: unbestimmte Gesetzesbegriffe seien jedenfalls nicht Normen, durch die Ermessen eingeräumt wird. Er folgert daraus, dass die gesetzmäßige Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe immer nur zu einer richtigen Lösung führt, weil auch der Gesetzgeber nur eine richtige Lösung beabsichtigte. Diese Begriffsbestimmung Antoniollis wird vom VfGH geteilt.<sup>91</sup>

Nach der RSp des VfGH müssen sowohl Normen, die Ermessen einräumen, als auch solche, die unbestimmte Gesetzesbegriffe verwenden, dem Art 18 Abs 1 B-VG genügen. Aus der Norm muss beurteilt werden können, wie das Ermessen iS des jeweiligen Gesetzes praktisch ausgeübt werden muss.<sup>92</sup> Der VfGH unterscheidet den unbestimmten Gesetzesbegriff vom Ermessen ebenfalls danach, ob es nach der jeweiligen Norm nur eine oder mehrere gesetzeskonforme Anwendungen im Einzelfall geben kann. Ich halte daher die Feststellung Kojas<sup>93</sup>, der VfGH habe mit seiner RSp zu einer Relativierung des Unterschiedes zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff beigetragen, für überzogen. Nach mM würde die von Bernard<sup>94</sup> vertretene Gleichsetzung von Ermessen mit dem Terminus „*unbestimmter Gesetzesbegriff*“<sup>95</sup> zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes der Rechtsunterworfenen führen, da nach dieser Ansicht die Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen der inhaltlichen Überprüfung durch den VfGH entzogen wäre.<sup>96</sup> Die andere denkmögliche Rechtsfolge einer Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff, dass nämlich Ermessensausübung wie die Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen vom VfGH inhaltlich überprüft werden dürfte, widerspräche offen Art 130 Abs 2 B-VG.

Selbstverständlich ist zuzugeben, dass vom Ergebnis her gesehen, der Unterschied von Ermessen und Normen, die sich unbestimmter Gesetzesbegriffe bedienen, in vielen Fällen nicht zu sehen ist.<sup>97</sup> Ich schließe mich jedoch nicht der Feststellung Kojas<sup>98</sup> an, dass eine „*theoretische*“ Abgrenzung zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff nicht möglich sei. Der Rechtsbegriff des „*Ermessens*“ ist vom Rechtsbegriff des „*unbestimmten Rechts- oder*

---

<sup>89</sup> Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972), 397.

<sup>90</sup> Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 114.

<sup>91</sup> ZB VwSlg 1952/2765 A; 1964/6297 A; 1970/7728 A.

<sup>92</sup> ZB VfSlg 1958/3317; 1965/5107; 1970/6141.

<sup>93</sup> Antonioli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1986), 242.

<sup>94</sup> Bernard, Gebundenheit und Ermessen, in FS Antonioli - Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 95. Ähnlich, Ringhofer, Strukturprobleme des Rechts (1966), 28; Sethy, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe (1973), 117 f.

<sup>95</sup> Bernard, Gebundenheit und Ermessen, in FS Antonioli - Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 97.

<sup>96</sup> So auch Antonioli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1986), 248 f.

<sup>97</sup> Beispiele bei Antonioli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1986), 244 ff; auch Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972), 397 ist aber zu sehr an das vergleichbare Ergebnis gebunden, wenn er meint, dass Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff gemeinsam sei, einen „*gewissen - nicht undeterminierten - Spielraum für die Entscheidung*“ zu geben.

<sup>98</sup> Beispiele bei Antonioli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1986), 248.

*Gesetzesbegriffes*“ nämlich „*theoretisch*“ bereits auf einer ganz grundsätzlichen Ebene zu trennen. Antonioli hat in seiner unübertroffenen prägnanten Art mit einem Nebensatz dieses Problem erkannt und auch gelöst. Er sagt: Beim unbestimmten Gesetzesbegriff „*ist von Ermessen nicht die Rede*“.<sup>99</sup> Das heißt: Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff sind zwei Begriffe, die logisch nicht vergleichbar sind, weil sie ganz Verschiedenes ausdrücken wollen.

Ermessen, und das geht aus Art 130 Abs 2 B-VG eindeutig hervor, liegt dann vor, wenn dem Vollzugsorgan ein bestimmter, durch Art 18 Abs 1 B-VG beschränkter, Entscheidungsfreiraum nach Lösung der Sach- und Rechtsfragen vom Gesetzgeber zugebilligt wird.<sup>100</sup>

Ein „*unbestimmter Gesetzesbegriff*“ liegt hingegen dann vor, wenn weite, meist allgemein verwendete Begriffe durch Auslegung eine eindeutige juristische Bedeutung erlangen sollen.

Der Begriff „*Generalklausel*“ umfasst Anderes als „*ermessenseinräumende Norm*“ oder „*unbestimmter Gesetzesbegriff*“. Die Aufgabe von Generalklauseln besteht meist darin, Lücken schließen zu helfen.<sup>101</sup> In Generalklauseln werden oft relativ unbestimmte Begriffe verwendet, sie selbst sind nicht „*unbestimmt*“.

Beabsichtigt der Gesetzgeber daher, nur wenige spezifische Sachverhalte detailliert zu regeln, den größeren Bereich aber „*nur*“ mit Generalklauseln zu normieren, wie zB im UWG, dann kommt es dazu, dass bei Anwendung der Generalklauseln eine Unzahl von Sachverhalten konkret entschieden werden muss. Geht der Gesetzgeber hingegen den Weg, nur relativ eng und genau umgrenzte Sachverhalte regeln zu wollen, wie zB im Kartellrecht bei der Zulassung von Kartellen, dann fallen zu solchen Sachverhalten eine geringere Anzahl von Entscheidungen an. Die folgende Arbeit soll nun feststellen, wo solche unbestimmte Gesetzesbegriffe im Wettbewerbsrecht verwendet werden und wie sie auszulegen sind.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 115; in diesem Sinne offenbar auch Raschauer, Wirtschaftliche Zumutbarkeit, in FS Winkler (1989), 163.

<sup>100</sup> Solche Normen, die Ermessen einräumen, können aber durchaus ohne die Verwendung sog unbestimmter Gesetzesbegriffe formuliert werden! Eine solche Ermessensbestimmung verwendet Stoll, Ermessen im Steuerrecht, Vhdg 4. ÖJT 1970 1/2 (1970), 32, als Beispiel: § 147 Abs 2 BAO gestattete zu dem Zeitpunkt, als Stoll, sein Beispiel bildete, der Behörde, Großbetriebe mindestens alle 3 Jahre einmal einer Buch- und Betriebsprüfung zu unterziehen. Sieht man vom Begriff des Großbetriebes ab, der für das Beispiel ohne Bedeutung ist, wird hier kein unbestimmter Gesetzesbegriff in der Formulierung verwendet, da vom Gesetz definiert war, was unter Buch- und Betriebsprüfung zu verstehen war.

<sup>101</sup> Gschnitzer, in Klang, Kommentar, IV/1 (1968), 183; Rummel, Unlauterer Wettbewerb, in Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, II (1983), 264; Sack, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1. Das „*Ermessen im Privatrecht*“, das nicht Ausübung von Hoheitsrechten meint, sondern rechtsgeschäftliche Erklärung, wird hier nicht in den Vergleich mit einbezogen. Dazu siehe zB Mayer-Maly, Das Ermessen im Privatrecht, in FS Melichar (1983), 441.

<sup>102</sup> In ähnlicher Weise versucht Raschauer, Wirtschaftliche Zumutbarkeit, in FS Winkler (1989), 149 einen ähnlichen unbestimmten Gesetzesbegriff, nämlich die „*wirtschaftliche Zumutbarkeit*“ einer sinnvollen Auslegung zuzuführen. Grundsätzlich zu dieser Methode: Winkler, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969), 48.

## 2 Recht gegen unlauteren Wettbewerb

### 2.1 Rechtspolitische Bestrebungen bis zum Ende der Monarchie

#### 2.1.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund

Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb sind einerseits auf allgemeine, privatrechtliche Vorschriften über die guten Sitten und Schadenersatz, andererseits auf besondere Standespflichten der Gewerbetreibenden zurückzuführen. Während die grundsätzliche Reform des Privatrechts in Österreich bereits im Vormärz durchgeführt wurde, begannen die Vorarbeiten für eine neue Gewerbeordnung erst nach 1848. Sie wurden von liberalen bürgerlichen Ideen getragen und vom stark wirtschaftlich engagierten Hochadel gefördert.<sup>103</sup>

Die Neustrukturierung der Wirtschaft wurde in der Gesetzgebung durch die Schaffung von Handels- und Gewerbekammern mit dem provisorischen Gesetz vom 18.3.1850<sup>104</sup> eingeleitet. Den ersten Entwurf einer Gewerbeordnung präsentierte Handelsminister Ritter von Baumgartner.<sup>105</sup> Er sah ein allgemeines Befähigungsnachweissystem und die Einführung von Zwangsinnungen vor. Erst 1855 wurde der vom neuen Handelsminister, Ritter von Toggenburg, veranlasste Entwurf für die wohl liberalste Gewerbeordnung in der österreichischen Wirtschaftsgeschichte ausgearbeitet. Dieser Entwurf wurde am 20.12.1859 als Gewerbeordnung beschlossen.<sup>106</sup> Toggenburg war zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht mehr Minister. Die Agenden des Handelsministeriums wurden aufgeteilt und Finanzminister Bruck heftete sich den Erfolg auf seine Fahnen.<sup>107</sup>

Die Wirtschafts- bzw. Gewerbepolitik der Zeit zwischen 1848 bis 1859, aber auch noch die Jahre bis zum Börsenkrach 1873, waren gekennzeichnet vom Erproben und Ausnützen der neuen Möglichkeiten einer liberalen Wirtschaftsordnung. Dem Wettbewerbsrecht wurde, außer in einigen Bestimmungen des StGB 1852<sup>108</sup> und dann durch Erlassung des KoalitionsG 1870<sup>109</sup>, noch kein besonderes Augenmerk geschenkt. Die ersten Aufgaben einer Gesetzgebung im Umfeld einer liberalen Wirtschaftsordnung waren die Bewältigung der Probleme der Arbeitswelt,<sup>110</sup> des gewerblichen Korporationswesens, die Regelung des gewerblichen Rechtsschutzes als rechtliche Grundlage industrieller Innovation und Maßnahmen gegen die

---

<sup>103</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 55.

<sup>104</sup> RGBl 1850/122; Maresch, Handels- und Gewerbekammern in Österreichs, Staatswörterbuch II, (1906), 687.

<sup>105</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 57, FN 2.

<sup>106</sup> RGBl 1859/227.

<sup>107</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 61.

<sup>108</sup> § 479 StGB 1852 (RGBl 1852/117); diese Bestimmung entspricht im wesentlichen § 227 StGB 1803 (JGS Nr 626).

<sup>109</sup> KoalG 1870 (RGBl 1870/43).

<sup>110</sup> ZB Anregung des Vorarlberger Landtages vom 12.9.1868, ein Reichsgesetz zu erlassen, das die tägliche Arbeitszeit in Fabriken auf zwölf, samstags auf elf Stunden beschränken sollte; diese Anregung fand im Abgeordnetenhaus Wiederhall und schon am 18.12.1868 brachten der Abgeordnete Dr. Roser und Genossen den Antrag ein, die Regierung sei aufzufordern dahin zu wirken, dass die tägliche Arbeitszeit in den Fabriken auf zehn Stunden und Kinderarbeit in Fabriken für Kinder erst ab 14 Jahren zuzulassen sei. Bereits 1870 entwarf die Regierung einen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Verhältnisses zwischen Arbeitgebern und Hilfsarbeitern (Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 83, FN 3).

Spekulation.

Das Erfordernis einer Sozialgesetzgebung wurde von der Mehrheit im Parlament noch nicht gesehen, typisch für die politische Haltung der Mehrheit war, jeden Eingriff in „*das Gesetz der freien Bewegung*“ abzulehnen.<sup>111</sup>

Hingegen wurden die Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes verabschiedet. Es waren dies: das PrivilegienG 1852, das zum PatentG 1897<sup>112</sup> führte, das MarkenG und das MusterschutzG 1858.<sup>113</sup> Damit wurde auch der Schutz des lautereren Wettbewerbs bedeutend gestärkt.

In der schweren Depression nach dem Börsenkrach von 1873, die bis in die 80er Jahre des 19. Jahrhunderts andauerte, kam die Abneigung des Gewerbes gegen den wirtschaftlichen Liberalismus auch im Vereinsleben der nach 1867 gegründeten Gewerbevereine hervor.<sup>114</sup> Neben der Arbeiterbewegung entstand somit auch eine Handwerkerbewegung. Ihre Richtung war vorerst relativ unbestimmbar. Zuerst wurde ein Arrangement mit dem Liberalismus gesucht und eine Koalition gegen die Sozialdemokratie angeboten.<sup>115</sup> Zur politischen Durchführung eines solchen Programmes kam es nicht. Die Handwerkerbewegung richtete sich an den Beispielen der Schutzzollbewegung aus und forderte ähnlich wie diese ua den Schutz vor der Konkurrenz aus dem Ausland, den Schutz vor der Konkurrenz im Lande durch Einschränkung der Gewerbefreiheit.<sup>116</sup> Nach vielen Gewerbetagen in den Provinzen, erreichte die Handwerkerbewegung ihren Höhepunkt am ersten allgemeinen österreichischen Gewerbetag im November 1881 in Wien.<sup>117</sup>

Zu diesem Zeitpunkt hatte der politische Liberalismus nach empfindlichen Einbußen in der Wahl von 1879 seine Mehrheit im Parlament bereits verloren. Eduard Graf Taaffe wurde mit der Regierungsbildung beauftragt. Finanzminister wurde der Professor für Nationalökonomie und Statistik Dr Julian von Dunajewski, dessen wirtschaftspolitische Ansichten in auffallendem Gegensatz zu den Ideen seiner liberalen Vorgänger standen.<sup>118</sup>

Die Regierung Taaffe stützte sich auf eine Koalition von Gruppen, deren Gemeinsames vor allem der Antiliberalismus und Antikapitalismus war, den sog Eisernen Ring.<sup>119</sup> Obwohl die

---

<sup>111</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 84, FN 1 bezieht sich dazu auf Äußerungen des Abg Klun.

<sup>112</sup> PrivilegienG 1852: RGBI 1852/184; PatentG 1897: RGBI 1897/30.

<sup>113</sup> MarkenschutzG 1858: RGBI 1858/230; MusterschutzG 1858: RGBI 1858/237.

<sup>114</sup> Eine Wirkung des StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBI 1967/142.

<sup>115</sup> Reschauer, Das Wort des Kaisers und die Bedürfnisse des Gewerbestandes (1873) Anhang V: Die politischen und wirtschaftlichen Interessen des Gewerbestandes, 58 ff; Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 97.

<sup>116</sup> In Worte gefasst wurde dieses Anliegen durch einen 1877 veröffentlichten Gewerbegesetzentwurf, der erstmals am Böhmisches Gewerbetag in Prag 1879 diskutiert wurde und wieder die Forderung nach der Einführung des Befähigungsnachweises und die Aufrechterhaltung und den Ausbau der Zwangsgenossenschaften vorsah (Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 100).

<sup>117</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 102.

<sup>118</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Joseph I - am Beispiel der k.k. priv österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 193.

<sup>119</sup> Matis, österreichische Wirtschaft 1848 - 1913 (1972), 363.

Vertreter der Handwerkerbewegung durchaus nicht dieser politischen Richtung angehörten, wurden deren Interessen von der Regierung positiv bewertet. Nach langwierigen Diskussionen erfolgte die Novellierung der liberalen Gewerbeordnung 1859 durch das Gesetz vom 15.3.1883.<sup>120</sup>

Das Gesetz vom 17.6.1883 führte die Einrichtung der Gewerbeinspektoren ein.<sup>121</sup> Durch das Gesetz vom 8.3.1885 fand diese Reformbewegung ihren Abschluss.<sup>122</sup> Die wichtigsten Inhalte der GewO-Novellen waren die Einführung eines Befähigungsnachweises für handwerksmäßig betriebene Gewerbe, Bestimmungen zum Korporationswesen und Arbeitnehmerschutzbestimmungen.

Da durch die Novellen 1883 bis 1885 keine Seite zufriedengestellt wurde, ging die Diskussion um die Reform des Gewerberechts weiter. 1893 veranstaltete das Abgeordnetenhaus eine große Gewerbeenquete, in der die Wünsche und Bedürfnisse der Wirtschaft erforscht werden sollten.<sup>123</sup>

Die Gewerbeenquete führte zu keinen wesentlichen Änderungen des Gewerbeantritsrechts. Das Gesetz vom 23.2.1897<sup>124</sup> brachte lediglich neue Vorschriften zum Lehrlingswesen und zum Berufsgenossenschaftswesen.

Vor der Gewerbeenquete wurden bereits Entwürfe zu einem Gesetz betreffend den Ratenhandel<sup>125</sup> und ein Gesetz betreffend die Regelung der Ausverkäufe<sup>126</sup> eingebracht. Diese beiden Gesetze wurden 1895, bzw 1896 erlassen.<sup>127</sup> Ein Gesetzentwurf betreffend den Hausierhandel und ein erster Entwurf zur Erlassung eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb blieben hingegen unerledigt.<sup>128</sup>

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass bereits das LebensmittelG 1896<sup>129</sup> und das Gesetz betreffend die Erzeugung und den Verkauf weinähnlicher Getränke<sup>130</sup> Vorschriften gegen die Irreführung des Publikums enthielten.

### 2.1.2 Rechtspolitische Bestrebungen zur Erlassung eines UWG

Zeitlich parallel zu rechtspolitischen Bestrebungen in Deutschland beschäftigte sich auch die österreichische Politik mit möglichen Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb. Als

---

<sup>120</sup> RGBI 1883/39.

<sup>121</sup> RGBI 1883/117.

<sup>122</sup> RGBI 1885/22.

<sup>123</sup> StenProt der Gewerbeenquete im österreichischen Abgeordnetenhaus samt geschichtlicher Einleitung und Anhang (1893); Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 210.

<sup>124</sup> RGBI 1897/63.

<sup>125</sup> StenProt AH, 11. Sess, Nr 8 der Blg.

<sup>126</sup> StenProt AH, 11. Sess, Nr 546 der Blg.

<sup>127</sup> AusvG: 16.1.1895, RGBI 1895/26, RatenG: 27.4.1896, RGBI 1896/70. Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 218, erklärt diese Gesetze als bewußt antisemitisch, die den „*ehrlichen Handel*“ vor unlauterem Wettbewerb, „*das christliche Volk vor jüdischem Warenwucher schützen sollen, von einem Schutze der Handelsangestellten aber nichts zu berichten wissen*“.

<sup>128</sup> StenProt AH, 11. Sess, Nr 977 der Blg.

<sup>129</sup> RGBI 1897/89.

<sup>130</sup> RGBI 1880/120.

Kompetenzgrundlage für Erlassung eines UWG wurde § 11 Abs 2 lit e StGG über die Reichsvertretung angesehen.<sup>131</sup>

Am 7.9.1899 wandte sich das KK Handelsministerium<sup>132</sup> an die Handels- und Gewerbekammer in Wien, um Anregungen zum Entwurf eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb zu erhalten. Das Handelsministerium führte aus, dass auf Vorarbeiten, die in Gutachten über Maßnahmen gegen falsche Herkunftsbezeichnungen und auf den mehrfach umgearbeiteten Entwurf eines Gesetzes zum Schutz gegen Übervorteilung in Bezug auf Quantität und Qualität im Warenverkehr<sup>133</sup> enthalten seien, zurückgegriffen werden könne. Weiters seien rechtsvergleichend die „*viel beneidete*“ französische Judikatur zur illoyalen Konkurrenz und das deutsche Gesetz von 1896 zum unlauteren Wettbewerb<sup>134</sup> zu berücksichtigen.

Inhaltlich wurden Spezialregeln zum Schutz der gewerblich verwendeten Bezeichnungen, Namen etc, zur Verhinderung von Täuschungen durch unrichtige Angaben, besonders über Beschaffenheit und Erzeugungsart, Art des Bezuges der Ware und Anlass ihres Verkaufes im Geschäftsverkehr, dies besonders in der Werbung, vorgeschlagen. Weiters wurde der Schutz gegen Herabsetzung von Waren und Maßnahmen von Konkurrenten, sowie gegen das „*listige Abspenstigmachen und Anwerben von Arbeitern*“ gefordert. Dabei wurde sowohl der Schutz der Wettbewerber, als auch des „*Publikums*“, dh in unserer Ausdrucksweise der Konsumenten, vor Übervorteilung, aber auch eines davon getrennt zu sehenden öffentlichen Interesses am fairen Ablauf des Wettbewerbes, als Motiv und Ziel eines auszuarbeitenden Entwurfes angegeben. In diesen Zielvorstellungen wurde vorgegeben, dass die Mittel zur Abwehr unlauteren Wettbewerbs „*zunächst in die Hände des Mitbewerbers selbst zu legen*“ seien.<sup>135</sup>

Die Handelskammer erstattete einen von von Tayenthal ausgearbeiteten Bericht.<sup>136</sup> Interessanterweise versuchte von Tayenthal in seinem Bericht, eine Verbindung zwischen unlauterem Wettbewerb beim Absatz von Waren und einem von ihm sog unlauteren Wettbewerb iwS herzustellen. Dieser unlautere Wettbewerb iwS würde durch unlautere Praktiken auf der Stufe der Erzeugung oder unlauteren Ausnützung des Verlagsgeschäftes, aber auch durch das unlautere Errichten eines Kartelles oder Verletzen eines Kartellvertrages begangen werden. Beide Arten dieses unlauteren Wettbewerbs seien durch die zu schaffenden Normen zu regeln. Von Tayenthal regte somit an, eine Regelung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb und des Kartellrechts in einem Gesetz vorzunehmen.

---

<sup>131</sup> RGBl 1867/141. „*Es gehören daher zum Wirkungskreis des Reichsrates: ...e) Die Kredit-, Bank-, Privilegien- und Gewerbegesetzgebung, mit Ausschluss der Gesetzgebung über die Propinationsrechte, dann die Gesetzgebung über Maß und Gewicht, über Marken- und Musterschutz.*“

<sup>132</sup> Erlass Z 47890 vom 7.9. 1899.

<sup>133</sup> StenProt AH, 11. Sess, Nr 1459 der Blg.

<sup>134</sup> Das erste dt UWG wurde 1896 erlassen. Dieses G war auf Einzelfälle zugeschnitten und enthielt noch keine Generalklausel. Erst das G vom 7.6.1909 (dt RGBl 1909/499) entspricht dem heute gewohnten Aufbau mit einleitender Generalklausel.

<sup>135</sup> Erlass des kk Handelsministeriums vom 7.9.1899 an die Handels- und Gewerbekammer in Wien, Z 47890, Blg 4 zum Protokoll der 743. Plenarsitzung der Handels- und Gewerbekammer in Wien vom 3.5.1900.

<sup>136</sup> Blg 4 zum Prot der 743. Plenarsitzung der Handels- und Gewerbekammer in Wien vom 3.5.1900.

In der Stellungnahme der Handelskammer wurde ua die Aufnahme einer allgemeinen Generalklausel in das UWG befürwortet, die dem geschädigten Konkurrenten oder den betreffenden Verbänden von Gewerbetreibenden einen Unterlassungsanspruch gewähren sollte. Schadenersatzansprüche sollten nur bestimmten geschädigten Konkurrenten und bei Verletzung der Spezialtatbestände zustehen. Im Rahmen der Sondertatbestände verlangte die Handelskammer auch einen besonderen Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

Aufgrund der internationalen Vorbilder und der eingelangten Gutachten, erstellte das Handelsministerium einen Referentenentwurf, der zur Begutachtung ausgesandt wurde.<sup>137</sup> Ausdrücklich wurden in diesen Entwurf auch Vorarbeiten eingebracht, die zum Teil aus einer Vorlage über ein Gesetz zum Schutz gegen Übervorteilungen in Bezug auf Quantität und Qualität im Warenverkehr aus dem Jahr 1895<sup>138</sup> und zum Teil aus einem bereits begutachteten Entwurf eines Gesetzes über die Herkunftsbezeichnungen im Warenverkehr stammten.<sup>139</sup>

Die Forderung der Handelskammer nach einer allgemeinen Generalklausel gegen unlauteren Wettbewerb wurde mit der Begründung abgelehnt, dass *„der unvermittelte Übergang von einem rechtlichen Zustande, der selbst gröbliche Verstöße gegen Treue und Glauben im geschäftlichen Verkehr ungeahndet hingehen ließ, zu einem gesetzgeberischen Schritte, welcher der Rechtsanwendung keine genaue Richtschnur, sondern nur eine, ein klares und richtiges Erfassen des gesamten Wirtschaftslebens auf Seite der urteilenden Behörde voraussetzende allgemeine Anleitung gibt, für den Augenblick wenigstens, kaum zu übersteigende Gefahren im Gefolge haben müßte.“*<sup>140</sup>

Abgesehen vom Fehlen einer Generalklausel, sind die Normen dieses ersten österreichischen Entwurfes zu einem UWG mit dem Inhalt des geltenden UWG beinahe ident.

Im Begutachtungsverfahren zu diesem Entwurf verlangte die Mehrzahl der Interessenvertretungen weiterhin die Aufnahme einer Generalklausel zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb.<sup>141</sup>

Die weiteren Beratungen des Entwurfes erfolgten bis 1905 im Industrie- und Landwirtschaftsrat, einem Beirat der Regierung.<sup>142</sup> Der Industrierat unterstützte die Aufnahme einer General-

---

<sup>137</sup> Erlass der kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45334.

<sup>138</sup> Erl zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 23.

<sup>139</sup> Erl zum Entwurf eines Gesetzes betreffend den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 23; Dieser Standpunkt wurde in der Stellungnahme der Handels- und Gewerbekammer Wien, treffend kritisiert, Ebermann, Der Einfluß der herrschenden volkswirtschaftlichen Anschauungen von der Rechtsbildung des unlauteren Wettbewerbs, JBl 1902, 613.

<sup>140</sup> Eine Übersicht über diese Stellungnahmen enthält das Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906), 588; 2664 Blg, 17. Sess 1906 und zählt jene Kammern auf, die für bzw gegen die Einführung einer Generalklausel waren.

<sup>141</sup> Mayerhofers Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst, VI (1900), 783.

<sup>142</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 612, 626.

klausel in den Entwurf.<sup>143</sup> In einem Subkomitee des Industrierates wurde auch das Problem behandelt, ob unlauterer Wettbewerb öffentliches Recht oder privatrechtlichen Inhalts sei. Man kam zu diesem Problem zum Ergebnis, dass der unlautere Wettbewerb seinem Wesen nach eher dem öffentlichen Recht zugehöre, aber der privatrechtliche Schutz der Betroffenen in den Vordergrund zu stellen sei.<sup>144</sup> Der Industrierat stellte weiters fest, dass ein österreichisches UWG in erster Linie dem Schutze der Wettbewerber dienen solle, mittelbar sei dadurch aber auch der Schutz des Konsumenten herbeizuführen.<sup>145</sup>

Die RV 1906<sup>146</sup> berücksichtigte die Forderungen des Industrierates in allen wesentlichen Punkten, vor allem durch Schaffung einer Generalklausel in § 16 RV.<sup>147</sup> Die Regierungsvorlage passierte ohne nennenswerte Änderungen den Gewerbeausschuss des Abgeordnetenhauses<sup>148</sup>, konnte aber aus Zeitnot in dieser Session des Parlaments im Herrenhaus (HH) nicht mehr erledigt werden.<sup>149</sup>

Österreich trat mit Wirkung vom 1.1.1909 der Pariser Verbandsübereinkunft bei, die auch eine Verpflichtung zur Erlassung von Normen gegen unlauteren Wettbewerb enthielt.<sup>150</sup>

Bis zur 10. Session wurden im Abgeordnetenhaus (AH) immer wieder Interpellationen zur weiteren Behandlung der RV zu einem UWG an den Minister für Handel und öffentliche Arbeiten gerichtet.<sup>151</sup> Schließlich teilte der Minister mit, dass die Verzögerungen auf die Notwendigkeit, Verpflichtungen aus dem Vertrag mit Ungarn über die wechselseitigen Handels- und Verkehrsbeziehungen einzuhalten,<sup>152</sup> zurückzuführen sei. Der letzte Ausgleich mit Ungarn sah nämlich auch vor, Vorschriften über unlauteren Wettbewerb zwischen den beiden Reichsteilen abzustimmen. Der Minister informierte, dass sich die ungarische Regierung trotz Mahnung noch nicht zur RV geäußert hätte.

Im AH wurden daraufhin regelmäßig weitere Interpellationen für die Vorlage eines UWG

---

<sup>143</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 613, 626.

<sup>144</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 649.

<sup>145</sup> 2596 Blg AH 17. Sess 1906.

<sup>146</sup> Die RV 1906 war somit fortschrittlicher als das dt UWG 1896.

<sup>147</sup> 2664 Blg AH 17. Sess 1906.

<sup>148</sup> Die RV wurde der Vereinigten Gewerbe- und Juridischen Kommission des HH zugeteilt (69. Sitzung, HH, 17. Sess 1907) und wurde dort beraten (StenProt HH, 17. Sess, S 1514). In der 73. Sitzung, HH, 17. Sess, 1635 wurde berichtet, dass die Vereinigte Gewerbe- und Juridische Kommission der RV nicht zustimmen konnte, obwohl das Gesetzesvorhaben als notwendig erkannt wurde, da keine Zeit für eingehende Information und Beratung vorhanden gewesen wäre.

<sup>149</sup> RGBl 1908/266.

<sup>150</sup> ZB 19. Session, 21. Sitzung, Anhang III, 674/1; 20. Session, 1. Sitzung, Anhang 52/1; 20. Session, 23. Sitzung, Anhang 824/1.

<sup>151</sup> Gemeinsamer Vertrag betreffend die Regelung der wechselseitigen Handels- und Verkehrsbeziehungen zwischen den im Reichsrat vertretenen Königreichen und Ländern und den Ländern der heiligen ungarischen Krone, Schlußprotokoll zu Art XVII, P 2- „Die beiden Regierungen werden Vorsorge treffen, damit zur Hintanhaltung unlauteren Wettbewerbs in beiden Staaten dem Wesen nach übereinstimmende Grundsätze in Geltung treten“ - RGBl 1907/278.

<sup>152</sup> ZB 1434 Blg AH, 21. Sess 1912.

beschlossen.<sup>153</sup> Zusätzlich brachte eine Reihe von Abgeordneten einen neuen, etwas veränderten Entwurf zu einem UWG ein.<sup>154</sup> Der Antrag wurde dem volkswirtschaftlichen Ausschuss des AH zugewiesen, der feststellte, dass das Gesetzesvorhaben zwar äußerst wichtig sei, aber der Ausgleich mit Ungarn ein schweres Hindernis für seine Erledigung darstelle.<sup>155</sup> Die Unterhandlungen mit Ungarn stünden aber vor dem Abschluss und es sei bald mit einer neuen Regierungsvorlage zu rechnen.

Die angekündigte Regierungsvorlage blieb jedoch aus, die Abgeordneten mussten sich weiter mit Aufforderungen an die Regierung, ein UWG zu erlassen, begnügen.<sup>156</sup> Der 1. Weltkrieg verhinderte dann eine weitere Befassung mit den Problemen des unlauteren Wettbewerbes.

### 2.1.3 Rechtsprechung

Die RSp in Österreich in der Zeit um die Jahrhundertwende entspricht im Ergebnis der des Deutschen Reichsgerichtes.<sup>157</sup> Die Freiheit, auf dem Markt so zu handeln, wie es Unternehmern beliebt, wurde nur durch Normen, die besondere Wettbewerbshandlungen verboten hatten, beschränkt. Ein allgemeines Verbot unlauteren Wettbewerbs, das eine flexible Reaktion der Gerichte ermöglicht hätte, wurde nicht erlassen.

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof entschied in einer Markenrechtssache am 4.10.1882 dementsprechend:<sup>158</sup>

*„Im übrigen hat sich der Verwaltungsgerichtshof bei Entscheidungen der vorliegenden Streitsache gewärtig gehalten, daß nach den Grundsätzen unserer Gesetzgebung die Freiheit des Handels und Verkehrs die Regel bildet und daher den Handelstreibenden jene Art der Concurrenz gestattet ist, welche mit den gesetzlich geschützten Rechten Anderer nicht in Widerstreit tritt.....Diesem Grundsatz würde es insb. auch widerstreiten, wenn, wie in der Gegenschrift des Mitbelangten verlangt wird, statt des strikten Wortlautes des Gesetzes (erg: des MarkenschutzG) allgemeine Erwägungen über die Loyalität der gewerbmäßigen Concurrenz zur Richtschnur genommen würden.“*

Der damaligen RSp boten sich bei Anwendung der Grundsätze der eben zitierten E des VwGH vor allem folgende gesetzlich geschützten Rechte der Wettbewerber an: Das Markenschutzgesetz<sup>159</sup>, das Musterschutzgesetz<sup>160</sup>, zuerst das Privilegiengesetz, dann das Patentgesetz<sup>161</sup>, das Firmenrecht der Art 16 – 27 AHGB, der Namensschutz des § 43 ABGB, Spezialnormen zum Schutz öffentlicher Titel, Auszeichnungen und dergleichen in der Gewerbeordnung<sup>162</sup>, die Ausverkaufsordnung<sup>163</sup>, zugaben rechtliche Normen und Spezialnormen für den

<sup>153</sup> 1497 Blg AH, 21. Sess 1912.

<sup>154</sup> 1503 Blg AH, 21. Sess 1912.

<sup>155</sup> Z.B. 2032 Blg AH, 21. Sess 1912; 2111 Blg AH, 21. Sess 1913.

<sup>156</sup> RGZ 6, 76; RGZ 18, 93; RGZ 20, 71; RGZ 22, 58; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung (1902), 11; Mittler, Illoyale Concurrenz und Markenschutz (1896), 11.

<sup>157</sup> BudwSlg 1513.

<sup>158</sup> RGBI 1890/19.

<sup>159</sup> RGBI 1858/237.

<sup>160</sup> RGBI 1852/184.

<sup>161</sup> RGBI 1897/30.

<sup>162</sup> § 61 GewO 1859; nach der GewO-Nov 1883: § 44 - äußere Bezeichnung der Betriebsstätte; § 46 - Schutz der Geschäftsbezeichnung auch in der Werbung – Unterlassungsanspruch; § 58 - Recht auf

Buchhandel <sup>164</sup>, Urheberrechtsschutz <sup>165</sup>, Lebensmittelrecht <sup>166</sup>, Maß- und Gewichtsordnung <sup>167</sup>, Verkauf weinähnlicher Getränke <sup>168</sup>, Ratengeschäfte <sup>169</sup> und Punzierungsvorschriften <sup>170</sup>.

Die österreichische RSp in Zivilsachen leitete nicht wie die damalige französische, einen Unterlassungs- oder Schadenersatzanspruch direkt aus dem allgemeinen Privatrecht ab. Die zeitgenössische Literatur führte diese Tatsache vor allem auf „bekannte Übelstände des Schadenersatzprozesses“ zurück.<sup>171</sup> Dieser „Übelstand“ bestand vor allem in den zivilprozessualen Beweisregeln vor der Erlassung der ZPO.<sup>172</sup> Aus diesem Grund gibt es keine österreichischen Urteile aus dieser Zeit zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs auf Grundlage des § 1295 ABGB.<sup>173</sup> Dazu kam, dass die österreichische RSp schon um die Jahrhundertwende grundsätzlich keine sehr hohen Schadenersatzansprüche zuerkannte.<sup>174</sup>

Da die RSp in Österreich vor Erlassung des UWG, wie auch im Grundsatz noch heute, weder einen allgemeinen Schadenersatzanspruch aus Verletzung bloßen Vermögens, noch das Schutzobjekt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes kannte, konnten in dieser Zeit auch Unterlassungsansprüche nicht durchgesetzt werden, sofern nicht ein Verstoß gegen sondergesetzliche Normen vorlag.<sup>175</sup>

## 2.1.4 Wissenschaftliche Äußerungen

Beinahe alle zeitgenössischen wissenschaftlichen und praktischen Äußerungen zum unlauteren Wettbewerb beginnen in dieser Zeit mit der Feststellung, dass wettbewerbsrechtliche Normen, speziell solche des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, erst dann denkbar und notwendig sind, wenn die staatliche Wirtschaftspolitik den Wettbewerb als bestimmendes Element des Wirtschaftsablaufes zulässt.<sup>176</sup>

---

Führung von Auszeichnungen; § 82 Geheimnisschutz - Sanktion - Entlassung des Verräters; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung (1903), 57 f.

<sup>163</sup> RGBI 1895/26.

<sup>164</sup> Erlass des kk Innenministers vom 18.8.1887; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb (1903), 73.

<sup>165</sup> RGBI 1895/187.

<sup>166</sup> RGBI 1887/89.

<sup>167</sup> RGBI 1872/16.

<sup>168</sup> RGBI 1880/120.

<sup>169</sup> RGBI 1896/70.

<sup>170</sup> RGBI 1866/75 und VO des Finanzministeriums, RGBI 1866/149.

<sup>171</sup> Mittler, Illoyale Concurrenz (1896), 4 unter Verweis auf die damals herrschende Lage.

<sup>172</sup> Juristiktionsnorm: RGBI 1895/111; Zivilprozessordnung: RGBI 1895/113; auch zB: Bericht von Tayenthals vom 3.5.1900, Blg 4 zum Protokoll der 743. Plenarsitzung der Handels- und Gewerbekammer in Wien, 14.

<sup>173</sup> Abgesehen von einem offenbar kürzeren Zeitraum, in dem man die Beweiserfordernisse weniger restriktiv auffasste (vor allem SZ 26/189), sind Schadenersatzansprüche wegen Wettbewerbsverletzungen auch heute schwer durchsetzbar (Rummel in Koziol, Haftpflichtrecht, II (1984), 303; Koppenteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 532).

<sup>174</sup> Mittler, Illoyale Concurrenz (1896), 5, charakterisierte diese Tatsache als „eigentümliche Angst unserer Gerichte vor dem Zuspruche.“

<sup>175</sup> Rummel in Koziol, Haftpflichtrecht II, (1984), 258.

<sup>176</sup> Franckel, Die Bestimmungen des österr Rechtes gegen unehrbaren Wettbewerb (1884); Gierke, Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, ZS für Gewerblichen Rechtsschutz 1895, 109; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung (1903), Mittler, Illoyale Concurrenz

Zum Beispiel Franckel sieht den Ursprung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in Frankreich in der Wirtschaftsordnung nach der Revolution von 1789.<sup>177</sup> Franckel weist darauf hin, dass sich die Bedeutung und der Zweck von äußerlich ähnlichen Normen, die geschäftliche Verhaltensweisen von Gewerbetreibenden regeln, wesentlich ändert, wenn bestimmte Sachverhalte nicht mehr lediglich verwaltungsrechtlich verboten sind, sondern auch privatrechtlich verfolgt werden können. Die alten gewerbepolizeilichen Vorschriften über Verhalten im Geschäftsverkehr hätten das Ziel gehabt, einer vorgegebenen Anzahl von Personen und ihren Wirtschaften den Unterhalt zu garantieren und den Nachfragern eine ausreichende Versorgung mit altbekannten Waren zu sichern. Der neue, privatrechtliche Schutz gegen unlautere Maßnahmen im Wettbewerb, setze vor allem die Zulässigkeit des Eindringens in fremde Kundenkreise voraus und wolle dieses Recht nur vor unfairen Praktiken von Mitbewerbern schützen. Gleich geblieben sei dagegen das weitere Motiv staatlicher Wirtschaftspolitik bei Erlassung von Normen gegen unlauteren Wettbewerb - die zufriedenstellende Versorgung der Konsumenten zu fairen Bedingungen.<sup>178</sup>

Die Zeit nach dem politischen Scheitern des politischen Liberalismus, war auch davon gekennzeichnet, den Wettbewerb als etwas Chaotisches anzusehen, der dem betrügerischen Geschäftemacher Tür und Tor öffnete.<sup>179</sup> Solche Gedanken stellte auch Gierke an den Beginn seines Vortrages "*Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb*".<sup>180</sup> Gierke führte in diesem Vortrag aus, dass die freie Konkurrenz in ungeahnter Weise ihre zugleich schaffende und zerstörende Gewalt enthüllt hätte. Erbarmungslos verschlinge sie ihre eigenen Kinder. In stets wachsender Zahl opfere sie die Schwächeren, um wenige Starke auf den Thron zu heben. Sie löse die sittlichen Bande und entfessele die egoistischen Triebe. Nun wörtlich:

*"Keine Blüte der Technik, keine Leichtigkeit des Verkehrs, keine Anhäufung von Reichtum würde den Anbruch einer neuen Barbarei verhüten, wenn der Kampf aller gegen alle den sozialen Körper durch Zersetzung seines harmonischen Gefüges verbildete und durch Austilgung des Gemeinsinnes entseelte. Schon um seiner Selbsterhaltung willen muß daher jedes Gemeinwesen der freien Konkurrenz nicht bloß Spielraum gewähren, sondern auch Schranken setzen."*<sup>181</sup>

Gierke führte in diesen einleitenden Bemerkungen weiter aus, dass das Treiben, das als unlauterer Wettbewerb bezeichnet wird, zuletzt auch die sittlichen Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft untergrabe. Das Bedürfnis für ein Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb sei daher

---

und Markenschutz (1896); Wechsler, Concurrence deloyale und unlauterer Wettbewerb (1898).

<sup>177</sup> Interessant für die Dogmatik der folgenden Zeit ist, dass schon Franckel die Notwendigkeit von Regeln zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb mit dem subjektiven Recht des Einzelnen auf freie Ausübung eines Gewerbes begründet. Das von Köhler erstmals wissenschaftlich vertretene Verständnis des Schutzes vor unlauteren Wettbewerb als Persönlichkeitsrecht ist damit gedanklich bereits vorgebildet, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen und ausgearbeitet.

<sup>178</sup> Franckel, Die Bestimmungen (1884), 3.

<sup>179</sup> Oft waren solche Äußerungen mit antisemitischen Einstellungen gepaart. ZB Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 218, 136, 140 mit Hinweis auf Vogelsang, Gesammelte Aufsätze I, 113, 115.

<sup>180</sup> ZS für Gewerblichen Rechtsschutz 1895, 109.

<sup>181</sup> ZS für gewerblichen Rechtsschutz 1895, 109.

gegeben. Wörtlich fordert er im Pathos seiner Zeit :

*"Kaum brauche ich nachzuweisen, daß ihm (erg: einem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) das Rechtsbewußtsein unseres Volkes entgegenkommt. Hier genügt die Berufung an das innere Tribunal eines jeden deutschen Mannes Brust oder fordert etwa unser Rechtsgefühl nicht den Schutz des ehrlichen Gewerbes gegen Unterdrückung durch unehrliche Konkurrenz? Sagt uns etwa eine innere Stimme, es sei nicht gerecht, im Wettkampfe den Kämpfern vergiftete Waffen zu entwenden?"*<sup>182</sup>

Die folgenden, wissenschaftlichen Aussagen Gierkes zu Fragen des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb fassen hingegen grundlegende Aussagen zum Lauterkeitsrecht neutral zusammen. Er trennt den Schutz der Gewerbetreibenden voneinander vom Schutz des Publikums gegen unlauteren Wettbewerb. Beide Schutzzwecke kämen der jeweils anderen Gruppe ebenfalls zugute, doch sei es, nach Gierke, wichtig, die beiden Schutzregeln scharf zu unterscheiden, denn sie hätten ungleichartige rechtliche Grundlagen. Der Schutz der Gewerbetreibenden vor einander wurzle im Privatrecht. Hier folgt er Kohler<sup>183</sup> in der Auffassung, dieses Recht sei ein privatrechtliches Persönlichkeitsrecht. Der Schutz des Publikums hingegen sei seiner Natur nach öffentliches Recht.<sup>184</sup> Das Individualrecht des Geschäftsbetriebes sei ein überhaupt von der Person des Gewerbetreibenden getrenntes und von diesem erst im Einzelfall erworbenes, absolutes Recht. Unlauterer Wettbewerb liege nach dieser Meinung nur dann vor, wenn in diese gewerbliche Sphäre eines anderen eingedrungen wird. „Jede andere Konkurrenzhandlung, mag sie auch sittlich verwerflich sein“ bleibe „als Ausübung des angeborenen Rechts der wirtschaftlichen Freiheit erlaubt.“<sup>185</sup>

Otto Mayer<sup>186</sup> ordnete die Normen gegen unlauteren Wettbewerb überhaupt dem öffentlichen Recht zu. Nur volkswirtschaftliche und sozialpolitische Gründe hätten zu Normen gegen unlauteren Wettbewerb geführt, die eine Schranke der Gewerbefreiheit bildeten.

Kohler<sup>187</sup> brachte kurz vor Ausbruch des 1. Weltkrieges eine neue Facette in die wissenschaftliche Diskussion des unlauteren Wettbewerbsrechts ein, die er bereits durch die Einordnung der Rechte aus dem unlauteren Wettbewerb als Persönlichkeitsrechte, stark beeinflusst hatte. Weitergehend als die Wissenschaft in seiner Zeit, versuchte er den geschichtlichen Zusammenhang zwischen Wirtschaftssystem und gesetzlicher Regelung darzustellen. Er bemühte sich insbesondere, das Recht gegen unlauteren Wettbewerb und das Wettbewerbsordnungsrecht aus der gemeinsamen Wurzel einer staatlichen Wirtschaftspolitik, die den freien Wettbewerb zum Ziel und Mittel hat, zu erklären.

### 2.1.5 Ergebnis

Die Anfänge der Arbeiten an einem UWG in der Monarchie sind reich an grundsätzlichen

---

<sup>182</sup> ZS für gewerblichen Rechtsschutz 1895, 110.

<sup>183</sup> Kohler, Deutsche Patentrechte (1878).

<sup>184</sup> ZS für gewerblichen Rechtsschutz 1895, 112 und 115.

<sup>185</sup> ZS für gewerblichen Rechtsschutz 1895, 116.

<sup>186</sup> Die Concurrance deloyale, ZS für d ges HR XXVI, 434.

<sup>187</sup> Der unlautere Wettbewerb (1913), 16.

Bemerkungen zu Ziel und Zweck eines solchen Gesetzes. Viele Fragen wie zB das Problem, inwieweit im Rahmen eines UWG auch der Schutz des „Publicums“, d.h. der Konsumenten, betrieben werden sollte, wurden offen behandelt. Häufig wurde diskutiert, ob das Ziel des Konsumentenschutzes dem Ziel des Mitbewerberschutzes gleichwertig gegenüber stünde. Dies kam bereits in der als Vorstufe zu einem UWG zu bezeichnenden Entwurf eines Gesetzes gegen Übervorteilung in Bezug auf Quantität und Qualität im Warenverkehr zur Geltung.<sup>188</sup> Auch die wissenschaftliche Diskussion ist reich an Hinweisen zu diesem Faktum. ZB wurde von Benies in einer Diskussion in der Gesellschaft österreichischer Volkswirte am 16.3.1902 moniert<sup>189</sup>, dass Gorski<sup>190</sup> das Wesen des unlauteren Wettbewerbes zu wenig analysiert hätte. Benies bezeichnete als Inhalt des unlauteren Wettbewerbes, „daß in erster Linie auf das konsumierende Publicum Rücksicht zu nehmen wäre“. Die Mitbewerber hätten ihren Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb bereits gefunden. Weiter führte er aus:

*„Der österreichische Entwurf, der die Sache umgekehrt beim Henkel des unlauteren Wettbewerbes anpackt, und dadurch indirekt dazu kommt, den Konsumenten gegen Unlauterkeit zu schützen, bewegt sich allerdings in den bewährten Geleisen der französischen Praxis und des deutschen Reichsspecialgesetzes, dennoch ist zu bedauern, daß nicht der erwähnte allgemeinere Gesichtspunkt der legistischen Fassung zugrunde gelegt wurde.“*

Daume betrachtete die Diskussion, ob dem Konsumentenschutz oder dem Schutz der Wettbewerber der Vorrang zu geben sei, rechtshistorisch und rechtsvergleichend.<sup>191</sup>

*"Der englische Richter betrachtet die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes lediglich unter dem Gesichtspunkte, daß das Publikum vor Täuschung bewahrt werden sollte. Dies kommt daher, weil die Begründung des Schutzes damit, daß der geschädigte Konkurrent vor Schaden bewahrt werden sollte, der Meinung Vorschub geleistet hätte, als sollte der natürlichen monopolistischen Tendenz des im Besitze befindlichen Konkurrenten entgegengekommen werden. Der Haß gegen das Monopol ist es gewesen, welcher Jahrhunderte hindurch die Denkarbeit des englischen Juristen auf diesem Gebiete leitete."*

Die Mehrzahl der österreichischen wissenschaftlichen Äußerungen ist jedoch vom Vorbild der französischen Rechtsprechung bestimmt, die den Schutz des Wettbewerbers vor seinem Konkurrenten in den Mittelpunkt stellte. Als Begründung für diesen Vorrang wird auch argumentiert, dass bei vorrangigem Abstellen auf die Interessen der Konsumenten nicht das gesamte Spektrum des unlauteren Wettbewerbes erfasst werden könne.<sup>192</sup>

Die RV zu einem UWG 1906 ging nicht den Weg, primär den Konsumenten zu schützen und damit auch die Interessen der Wettbewerber zu wahren. Primär wurde auch in diesem Entwurf

---

<sup>188</sup> 1459 Blg AH, 11. Sess.

<sup>189</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 375.

<sup>190</sup> Allgemeine Bemerkungen über den österreichischen Gesetzentwurf betreffend den unlauteren Wettbewerb, Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 358.

<sup>191</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 391 (392).

<sup>192</sup> So auch Erl zur RV für ein UWG: 2596 Blg AH, 17. Sess 1906, 34.

der Wettbewerber geschützt. Die RV führten aber aus:<sup>193</sup>

*„Dies hat jedoch keineswegs zur Folge, daß der Abnehmer und dessen Wohl und Wehe gänzlich vernachlässigt werden müßten. Abgesehen davon, daß in zahlreichen Fällen das, was zum Vorteile des Mitbewerbers angeordnet ist und erreicht wird, auch dem Abnehmer frommt, indem die Gefahr einer ihm drohenden Irreführung beseitigt wird, gibt, wie bei der Besprechung der einzelnen Bestimmungen zu erörtern sein wird, die Gefährdung der Interessen der Abnehmer sowie die Gefährdung anderer, namentlich öffentlicher Interessen, welche neben der Benachteiligung der Mitbewerber einhergeht, den Grund für die besondere Behandlung der mehrfachen Rechtsverletzung oder -gefährdung.“*

Die Beratungen im Industrierat zu dieser RV beschäftigten sich ebenfalls mit dem Problem des Schutzobjekts eines UWG. Ausdrücklich stellte sich das Subkomitee des Industrierates die Frage:<sup>194</sup>

*„Ist gegen die im Handel und Verkehre vorkommenden, gegen Treu und Glauben oder sonst gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen wegen der dem ehrlichen Mitbewerber dadurch drohenden Nachteile, oder nur unter der Voraussetzung aufzutreten, daß die Handlungen eine Gefährdung oder Benachteiligung des abnehmenden Publikums bilden?“*

Das Subkomitee beschloss, den ersten Teil der Frage zu bejahen, den zweiten Teil zu verneinen.<sup>195</sup> In der Plenarsitzung des Industrierates wurde ausdrücklich ausgesprochen:

*„Dieses Gesetz soll ja nicht ein Gesetz zum Schutze des Konsumenten werden, weil ein Gesetz zum Schutze des Konsumenten nicht nötig ist. Ein Gesetz zum Schutze des Konsumenten müßte anders lauten, es wäre nicht ein Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, sondern ein Gesetz gegen Warenverfälschung.“<sup>196</sup>*

Folgender Passus wurde vom Industrierat angenommen:

*„Gegen Handlungen unlauteren Wettbewerbes ist in erster Linie zum Schutze der Wettbewerber einzuschreiten, durch welchen mittelbar auch der Schutz des Konsumenten herbeigeführt wird“<sup>197</sup>*

Neben den durch ein UWG zu befriedigenden Interessen der Konkurrenten und der Konsumenten wurden auch schon bei den ersten Befassungen mit den Zielen eines solchen Gesetzes die allgemeinen volkswirtschaftlichen Komponenten eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb berücksichtigt. Die Existenz gesamtvolkswirtschaftlicher Interessen an Maßnahmen

---

<sup>193</sup> 2596 Blg AH, 17. Sess, 1906, 34.

<sup>194</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 612.

<sup>195</sup> Ausführlich dazu: Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 626.

<sup>196</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 636.

<sup>197</sup> Gutachten über die mit dem Erlasse des kk Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906) (2664 Blg, 17. Sess 1906), 639.

gegen unlauteren Wettbewerb wurde bewusst der damaligen französischen Rechtssituation gegenübergestellt. Es wurde die Meinung vertreten, dass sich das öffentliche Interesse an Regeln gegen unlauteren Wettbewerb nicht nur in der im Entwurf vorgesehenen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfolgung unlauterer Handlungen zeige, sondern auch im Inhalt der zivilrechtlichen Tatbestände. Das französische Modell einer rein zivilrechtlichen, der Initiative von Einzelpersonen vorbehaltenen Rechtsverfolgung, stehe dem Modell der deutschen und österreichischen Bestrebungen gegenüber, das auch Äußerungen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, wie zB in der Reklame, in den Regelungsinhalt von Normen gegen unlauteren Wettbewerb einbezieht. Auch die Möglichkeit, dass Unternehmensverbände den lautereren Wettbewerb einklagen können, unterscheidet das österreichische Modell eines UWG von der französischen Variante.<sup>198</sup>

Der volkswirtschaftliche Zweck der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs wurde vor allem in der Sicherung des Wettbewerbs zwischen den Konkurrenten am Markt gesehen.<sup>199</sup> Die Wettbewerbswirtschaft fördere den Fortschritt und ermögliche eine bessere Versorgung der Konsumenten.<sup>200</sup> In diesem Zusammenhang wurde manchmal kritisiert, dass wohl die Unlauterkeit im Vertrieb bekämpft werden solle, die Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle üa jedoch noch keiner Regelung unterzogen worden seien.<sup>201</sup> Die Zusammenschau der wettbewerbsrechtlichen Fragen des unlauteren Wettbewerbs und des Bestandschutzes für eine Wettbewerbsordnung erschien in der damaligen Zeit offenbar völlig selbstverständlich.<sup>202</sup> Der Schutz des Vertrauens der Marktteilnehmer im Geschäftsverkehr war ein weiteres oft genanntes öffentliches, gesamtwirtschaftliches Anliegen.<sup>203</sup>

Schon zu Beginn der Arbeiten über Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb treten somit drei Gruppen von Zwecken einer gesetzlichen Regelung hervor:

- Primär der Schutz des Wettbewerbers gegenüber unfairen Konkurrenten; doch war diese Priorität des Schutzzweckes nicht so eindeutig, wie sie uns heute erscheinen mag und wie sie oft dargestellt wird.
- Der zweite Grund für die Einführung von Regeln gegen unlauteren Wettbewerb war zweifellos der Konsumentenschutz.
- Der dritte Beweggrund war das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung und Sicherung einer Volkswirtschaft, die auf den Grundsätzen des Wettbewerbes beruht. Wirtschaftlicher Erfolg solle durch eigene Leistung erworben werden und sei zB vor dem unfairen Ausnützen von fremden Wettbewerbsvorteilen durch Konkurrenten zu schützen.

---

<sup>198</sup> Ebermann, Der Einfluß der herrschenden volkswirtschaftlichen Anschauungen auf die Rechtsbildung des unlauteren Wettbewerbs, JBl 1902, 613. Diese Arbeit ist auch in ihren zu meinen Thesen vergleichbaren methodischen Ansätzen interessant. Ebermann stellt nämlich Verbindungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht her.

<sup>199</sup> Erl zur RV für ein UWG 2596 Blg AH, 17. Sess 1906, 39; Ebermann, Der Einfluß, JBl 1902, 613.

<sup>200</sup> Leonhard, Der unlautere Wettbewerb (1903), 3.

<sup>201</sup> Ebermann, Der Einfluß, JBl 1902, 613, 500; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb (1903), 4.

<sup>202</sup> von Thayer versuchte diese Wechselwirkungen schon in seinem Bericht vor der 743. Plenarsitzung der Handels- und Gewerbekammer in Wien am 3.5.1900 systematisch zu erfassen.

<sup>203</sup> Erl zur RV für ein UWG 2596 Blg AH, 17. Sess 1906, 39; Leonhard, Der unlautere Wettbewerb (1903), 3.

## 2.2 Die Zwischenkriegszeit

### 2.2.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund

Die für Österreich wichtigste gesetzgeberische Maßnahme auf dem Gebiet des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb erfolgte in der sogenannten Zwischenkriegszeit, nämlich die Erlassung des UWG 1923. Dennoch sind keine direkten Zusammenhänge zwischen wirtschaftsgeschichtlich bedeutenden Entwicklungen und der Erlassung des UWG 1923 festzustellen.

Die Errichtung der Handelskammern<sup>204</sup> und der Arbeiterkammern<sup>205</sup> nach demselben Modell war zweifellos auch für den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb von Bedeutung. Im nicht nur räumlich, sondern auch kaufkraftmäßig kleiner gewordenen Österreich setzte sich die schon weit vor dem ersten Weltkrieg begonnene Tendenz zur Einschränkung der Gewerbe-freiheit fort. Der wirtschaftliche Wettbewerb wurde immer mehr als chaotisch empfunden. Die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz vieler Unternehmer sei auf ihn zurückzuführen. Derartige wirtschaftspolitische Meinungen wurden allgemeinpolitisch gesehen von faschistischen und in Österreich von Politikern des Ständestaats vertreten.

Die wesentlichste Umsetzung derartiger Gedanken erfolgte in Österreich durch das Gesetz vom 19.10.1934 über außerordentliche, gewerbliche Maßnahmen, dem sog Untersagungs-gesetz.<sup>206</sup> Ein weiteres gesetzgeberisches Vorhaben dieser Notzeit war das Preistreibereigesetz 1921<sup>207</sup> und später die Episode des Preisschleuderei-SchiedsstellenG.<sup>208</sup>

### 2.2.2 Die rechtspolitische Entwicklung auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs

#### 2.2.2.1 Das UWG 1923

Die Bestrebungen nach dem Ersten Weltkrieg, ein UWG zu verabschieden, konnten auf die wissenschaftliche Durchdringung des Gegenstandes in der Vorkriegszeit aufbauen. Die Wirtschaft forderte weiterhin gesetzliche Regeln gegen unlauteren Wettbewerb und konnte dabei auf das deutsche UWG 1909<sup>209</sup> und die praktischen Erfahrungen in Deutschland hinweisen. Nicht zuletzt konnte in der Diskussion um ein österreichisches UWG auf völkerrechtliche Verpflichtungen hingewiesen werden.

Die Betonung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Erlassung von Normen zum Lauterkeitsrecht ist für die österreichische Diskussion neu, obgleich Österreich bereits seit 1.1.1909 der Pariser Verbandsübereinkunft angehörte.<sup>210</sup> Auch der letzte Ausgleich mit Ungarn enthielt noch Vorbereitungen für die Erlassung eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb. In den Erl zur RV zu einem UWG wurde erstmals darauf hingewiesen<sup>211</sup>, dass Österreich auch völkerrechtlich verpflichtet sei, UWG-Normen in seine Rechtsordnung auf-

---

<sup>204</sup> StGBI 1920/98.

<sup>205</sup> StGBI 1920/100.

<sup>206</sup> BGBl II 1934/323; Laszky / Nathansky, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>2</sup> I (1937), 27.

<sup>207</sup> BGBl 1921/253.

<sup>208</sup> BGBl II 1934/325.

<sup>209</sup> dRGBI 1909, 499.

<sup>210</sup> RGBI 1908/266.

<sup>211</sup> 464 BlgNR 1. GP, 19.

zunehmen. Auch die Kompetenzverteilung des B-VG 1920 sorgte für die Erlassung eines UWG vor. Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG stellt die Bundeskompetenz zur Erlassung und Vollziehung eines UWG in systematischem Zusammenhang mit der Gewerbekompetenz fest.

Bereits in der RV 1921 zu einem UWG<sup>212</sup> fällt auf, dass der Gesetzgeber die Vorarbeiten der Monarchie beinahe bewusst bei Seite lässt und so weit als möglich dem deutschen UWG 1909 folgen will.<sup>213</sup> Die Erl zur RV begründen dies mit einer sinnvollen Rechtsangleichung an die deutsche Rechtslage und der Nutzung der bereits bestehenden deutschen RSp für das österreichische Gesetz. Unterschwellig wird auch auf die Möglichkeit des Anschlusses an das Deutsche Reich hingewiesen.

Ganz im Gegensatz zu den Vorbereitungsarbeiten in der Monarchie wurde in der RV 1921 festgestellt, dass die Benachteiligung der Abnehmer kein für die Gewährung des Schutzes maßgebender Gesichtspunkt sei, mag auch die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes mitunter die Abnehmer vor Benachteiligungen in Fällen schützen, in denen die Wettbewerbsbehandlung auf eine Täuschung oder Irreführung der Abnehmer gerichtet sei.<sup>214</sup> Dieser rechtspolitische Standpunkt überrascht nicht, wenn man die innenpolitischen Gegebenheiten dieser Zeit berücksichtigt - den Beginn der christlich-sozialen Alleinregierung. Ebenfalls aus der politischen Einstellung der das UWG 1923 vorschlagenden Regierung ist zu erklären, dass die Bedeutung des UWG als Mittel zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbes nicht mehr erwähnt wird. Als Zweck des Gesetzes wird allein der Schutz der Wettbewerber gegen „Unredlichkeiten“ von Konkurrenten in den Vordergrund gerückt.<sup>215</sup> Es wurden somit sowohl die ordnungspolitischen, gesamtwirtschaftlichen Aufgaben eines UWG als auch die Komponente des Konsumentenschutzes kaum mehr beachtet.

Wenn man jedoch die vorgeschlagenen Normen der RV 1921 zu einem UWG inhaltlich betrachtet, sind auch Vorschriften in den Entw aufgenommen worden, die weitergehenden Interessen als diejenigen der unmittelbaren Wettbewerber, berücksichtigen. Es ist dies zB die Schaffung des Instruments einer Verbandsklage, deren besonderer Sinn darin bestand, auch volkswirtschaftlichen Interessen an einem lauterem Wettbewerb zum Durchbruch zu verhelfen.

Das österreichische UWG wurde letztendlich am 26.9.1923 beschlossen.<sup>216</sup>

#### **2.2.2.2 Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG 1934**

Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG<sup>217</sup> verband die Vorschriften des unlauteren Wettbewerbsrechts mit gewerberechtlchen Vorschriften. Die neu geschaffenen Normen der §§ 114 Abs 3 lit i und 139 GewO 1934<sup>218</sup> sollten „Preisschleuderei“ und „Pfuscheri“ bekämpfen.<sup>219</sup>

---

<sup>212</sup> 464 BlgNR 1. GP, 19.

<sup>213</sup> Der gesamte Text des dt UWG ist in der RV 1921 abgedruckt (464 BlgNR 1. GP, 19).

<sup>214</sup> 464 BlgNR 1. GP, 19.

<sup>215</sup> ZB AB: 913 BlgNR 1. GP.

<sup>216</sup> BGBl 1923/531.

<sup>217</sup> BGBl 1934 II 325.

<sup>218</sup> BGBl 1934 II 322.

Das Preistreiberei-SchiedsstellenG enthielt keine Definition der Preisschleuderei. Das Gesetz sollte vor allem eine Änderung der Judikatur zur Preisschleuderei herbeizuführen.<sup>220</sup> Voraussetzung für die Geltendmachung eines nach diesem Gesetz begründeten Unterlassungsanspruches war nur die Behauptung einer nach dem UWG unzulässigen Preiserstellung (Preisschleuderei). Das Ziel, im Interesse der Konsumenten für möglichst niedere Preise zu sorgen, wurde weder in den Erl zum Preistreiberei-SchiedsstellenG noch zur GewO-Novelle 1934 angeführt.

Die Geltungsdauer des Preisschleuderei-SchiedsstellenG war bis zum 31.12.1935 befristet, sie wurde nicht verlängert, was vor allem damit erklärt werden kann, dass die Schiedsstellen keine Änderung der RSp zur Preisschleuderei herbeiführen konnten. Auch die Schiedsstellen nahmen, dem Gesetzestext folgend, Preisschleuderei immer nur dann an, wenn die Preisunterbreitung mit einem an sich UWG-widrigen Verhalten zusammenfiel.<sup>221</sup>

Der kurze, historische Versuch, Preisschleuderei im Dienste der Anbieter mit Mitteln des UWG zu bekämpfen, ist ein gutes Beispiel dafür, wie eng unlauterer Wettbewerb, Preisrecht und Kartellrecht miteinander verknüpft sind. Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG knüpfte zwar tatbestandsmäßig an das UWG an, die Abgrenzung der Preisschleuderei als sittenwidriger Preiswettbewerb von zulässigem Preiswettbewerb führte aber sofort tief in das Problem des gerechten Preises<sup>222</sup> und erzwang damit auch eine Stellungnahme zu den Preiskartellen.<sup>223</sup> Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG war jedoch nicht geeignet, eine konsistent und wirtschaftspolitisch sinnvolle Lösung von Fragen zulässiger Preisgestaltung herbeizuführen.

Forderungen nach einem Gesetz, das eine Unterbietung handelsüblicher Preise überhaupt verbieten sollte, wurden daher auch nach Erlassung des Preisschleuderei-SchiedsstellenG weiter erhoben.<sup>224</sup>

### 2.2.3 Rechtsprechung

Nur wenige Urteile zum UWG aus der Zwischenkriegszeit enthalten Aussagen zu den Zwecken des UWG. Ich werde diese Entscheidungen daher gemeinsam mit der nach dem 2. Weltkrieg ergangenen RSp zum UWG behandeln.

---

<sup>219</sup> Den rechts- und wirtschaftspolitischen Hintergrund gibt Leonhard wieder, Einleitung zu Kläger, Erläuterungen zu den Bestimmungen gegen Preisschleuderei und Puscherei nach den Novellen im Jahre 1934 (1935).

<sup>220</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 98.

<sup>221</sup> ZB PS Wien 28.2.1935 JBl 1935, 172 mit Besprechung von Zimble; PS Wien 1.3.1935 JBl 1935, 151 mit Besprechung von Zimble.

<sup>222</sup> Kläger, Erläuterungen zu den Bestimmungen gegen Preisschleuderei und Puscherei nach den Novellen vom Jahre 1934 (1935), 23.

<sup>223</sup> Zimble, Anmerkung zur E der Preisschleuderei-Schiedsstelle Wien 25.4.1935, JBl 1935, 238. Überhaupt scheinen die Preisschleuderei-Schiedsstellen häufig von Kartellen (zB JBl 1935, 326 vom Kartell österreichischer Mineralölfirmer und in JBl 1935, 478, JBl 1935, 522, JBl 1936, 128) oder von Markenartikelherzeugern, die ihre Produkte mit Vertriebsbindung vertrieben (zB JBl 1935, 279 mit kritischer Besprechung von Zimble; JBl 1935, 260; JBl 1935, 414) gegen Außenseiter angerufen worden zu sein.

<sup>224</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 99.

## 2.2.4 Wissenschaftliche Äußerungen

Das österreichische Schrifttum zum damals neuen UWG 1923 wies auch bei Erörterung des neuen Gesetzes auf die Diskussionen über Normen gegen unlauteren Wettbewerb, die in der Monarchie stattgefunden hatten, hin. Die Frage nach dem Ziel und Zweck derartiger Regelungen wurde, anders als in den Erl zur RV zum UWG 1923, gründlich abgehandelt. Kadecka<sup>225</sup> sagt dazu in einer kurzen Bemerkung:

*„Diese unlautere Konkurrenz beeinträchtigt vorwiegend und in erster Linie die anständigen Mitbewerber, sie gefährdet aber auch die Abnehmer und schädigt das ganze Verkehrsleben und die Volkswirtschaft, indem sie das öffentliche Vertrauen zerstört, ohne das Handel und Gewerbe nicht gedeihen können. Es liegt daher im allgemeinen Interesse, sie zu unterdrücken“.*

Kadecka stellte damit alle drei Komponenten des Rechtsschutzes durch Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb (Schutz des einzelnen Wettbewerbers, Konsumentenschutz, Schutz der Volkswirtschaft) außer Frage.

Schärfer als Kadecka formulierte Walden<sup>226</sup>:

*„Zweck des Gesetzes ist also keineswegs Schutz des Verbrauchers gegen Benachteiligung, sondern der Schutz des einen Unternehmers gegen ein unlauteres Verhalten der anderen Unternehmer der gleichen Branche. Dem freien Wettbewerbe, der darin gipfelt, den Konkurrenten durch billigere Preise oder bessere Qualität zu schlagen, sollen keine Zügel auferlegt werden; denn der freie Wettbewerb, aber auch nur dieser, wirkt befruchtend auf jede Volkswirtschaft.“*

Walden meinte, dass auch § 2 UWG 1923 nur indirekt und in besonders krassen Fällen dem Schutz des Publikums dienen sollte, *„da für das Interesse des Publikums längst in anderen Gesetzen gesorgt ist (zB LMG).“*<sup>227</sup>

Weinmann / Walden<sup>228</sup> gliederten die Zwecke des UWG ebenfalls in drei Gruppen von Interessen auf, die befriedigt werden sollten: Das Interesse der Konkurrenten, das Interesse *„der Öffentlichkeit“* und das der Verbraucher. Weinmann / Walden unterschieden bei Verbraucherinteressen sogar zwischen einem durch das UWG mittelbar befriedigten Interesse der Konsumenten an besserer und billigerer Ware - darin begegne sich der individuelle Standpunkt des Verbrauchers *„mit dem allgemeinen und höheren Gesichtspunkt der Volkswirtschaft“*<sup>229</sup> - und einem durch das UWG unmittelbar zu wahrenen Interesse der Konsumenten.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> Kadecka, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 26.9.1923 (1924), 22.

<sup>226</sup> Walden, Erläuterungen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924), 32.

<sup>227</sup> Walden, Erläuterungen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924), 48.

<sup>228</sup> Weinmann / Walden, Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb, ein System von Betrachtung auf das österreichische, deutsche, ungarische und tschechische Gesetz (1927), 3, 30.

<sup>229</sup> Weinmann / Walden, Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb, ein System von Betrachtung auf das österreichische, deutsche, ungarische und tschechische Gesetz (1927), 3, 30.

<sup>230</sup> Diese Aufgliederung der Interessen der Konsumenten vertritt heute auch Hanreich, Verbraucherpoli-

Weinmann / Walden führten aus:

*"Keineswegs darf aber übersehen werden, daß zB an der Respektierung der Unterscheidungszeichen auch der Verbraucher unmittelbares Interesse besitzen kann, da auf seine mindere Sachkenntnis, seine geringere Aufmerksamkeit usw. Bedacht genommen werden muß; wenn z.B. die Verwechslungsfähigkeit einer Bezeichnung in Frage steht, so liegt es auf der Hand, daß das UWG auch ihn mit und nebenbei zu schützen und vor Täuschungen zu bewahren, anstrebt" ..*

Beruheten die Ausführungen Kadeckas und Weinmann / Waldens auf der rechtlichen und politischen Situation kurz nach Erlassung des UWG 1923, so geben die Äußerungen Kiwe ein typisches Zeichen von der geänderten Rechtssituation nach 1934.<sup>231</sup> Auch er zählte drei Schutzobjekte des UWG auf, nämlich die Mitbewerber in ihrer Gesamtheit<sup>232</sup>, die einzelnen Mitbewerber<sup>233</sup> und „die Allgemeinheit, der Konsument“.<sup>234</sup> Den Vorzug des Schutzes der Gesamtheit der Anbieter vor dem des einzelnen Mitbewerbers leitete er aus der Existenz der Popularklage (§ 14 UWG 1923) ab. In manchen Fällen des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb, nämlich beim Schutz vor wahrheitswidriger Anpreisung, stand nach Kiwe jedoch „das Interesse des Publikums“ im Vordergrund. In diesen Fällen sollte nicht so sehr der Mitbewerber geschützt werden, als „das Publikum vor Täuschung bewahrt werden“.<sup>235</sup> Dennoch stellte Kiwe mit leicht kritischem Unterton fest, dass auch im Fall der wahrheitswidrigen Anpreisung der Mitbewerber derjenige sei, der „letzten Endes berufen ist, diese Rechte des Konsumenten zu wahren“.<sup>236</sup> Kiwe betonte dann, dass die Entwicklung der letzten Jahre in RSp<sup>237</sup> und Gesetzgebung<sup>238</sup> in die Richtung gegangen sei, dass dann, wenn nicht das Publikum Schutzobjekt des UWG gewesen wäre, die Verantwortung für die „Entwicklung des Berufsethos“ den in Betracht kommenden Berufsvertretungen überantwortet worden sei.<sup>239</sup> Ihnen sei vielfach auch die Entscheidung übertragen worden, was den guten Sitten des Wettbewerbsrechts entspräche. Diese, von Kiwe festgestellte Tendenz wurde durch die RSp der Preisschleuderei-Schiedsstellen zT ebenfalls vertreten. So wurde zB entschieden, dass Preisschleuderei schon dann vorliege, wenn eine Berufsgenossenschaft Mindestpreise festgelegt hatte und ein Unternehmer diese Preise unterbot.<sup>240</sup>

## 2.2.5 Ergebnis

In der Zwischenkriegszeit wurde das erste österreichische UWG beschlossen. Der Schutz der Mitbewerber wurde als Zweck dieses Gesetzes in den Vordergrund gestellt. Die Möglichkeit, das UWG auch für Interessen der Konsumenten dienstbar zu machen, wurde in der RV zum

---

tik durch Wettbewerbsrecht in FS Wenger (1983), 539 (559).

<sup>231</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935).

<sup>232</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 31.

<sup>233</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 32.

<sup>234</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 33.

<sup>235</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, (1935), 33.

<sup>236</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 34.

<sup>237</sup> OGH 16.10.1934 RSp 1934, 213.

<sup>238</sup> PrämienG; Preisschleuderei-SchiedsstellenG; GewO 1934.

<sup>239</sup> Kiwe, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935), 35

<sup>240</sup> JBl 1935, 306; ähnlich auch: JBl 1935, 238, 260, 414; gegenteilig: JBl 1935, 194, 327.

UWG 1923 offenbar bewusst vernachlässigt, ging aber, besonders in der Literatur, nicht ganz verloren. Besonders deutlich wurde die inhaltliche Verbindung zwischen Normen des UWG und preisrechtlichen Vorschriften. Die volkswirtschaftlichen Zielsetzungen des UWG wurden in den Hintergrund gedrängt. Die Diskussion über die wirtschaftspolitische und damit auch rechtliche Verbindung zwischen UWG und Kartellrecht wurde vernachlässigt. Das verwundert dann nicht, wenn man die politischen Entwicklungen der Zeit und die damit einhergehende positive Einstellung gegenüber Kartellen in Betracht zieht.

## **2.3 Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg bis zur Gegenwart**

### **2.3.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und Rechtsentwicklung**

Wirtschaftsgeschichtliche Bemerkungen zur Entwicklung des Lauterkeitsrechts werden gemeinsam mit solchen zum Kartellrecht in Abschnitt 3.3. und 3.4. getätigt. Hier ist nur darauf hinzuweisen, dass das österreichische UWG 1923 auch nach dem sog Anschluss an Nazi-Deutschland zuerst weiter in Geltung stand. Mit 1.7.1940 wurde das deutsche Wettbewerbsrecht und zwar das deutsche UWG 1909 und die Zugabenverordnung<sup>241</sup> eingeführt.

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges wurde durch das Wettbewerbsrecht-Überleitungsgesetz<sup>242</sup> das österreichische UWG 1923 wieder in Kraft gesetzt. Die nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgenden Novellen des UWG<sup>243</sup> enthielten, soweit sie Änderungen von Normen gegen unlauteren Wettbewerb im eigentlichen Sinn sind (also nicht Wertanpassung oder Strafrechtsanpassung bezweckten), regelmäßig Aussagen zu den Zwecken des UWG. Die Tendenz dieser Äußerungen des Gesetzgebers war im Wesentlichen immer gleich: Die Mehrzahl der neu eingefügten Normen diente den Konsumenten, deren Interessen wurden aber immer in engem Zusammenhang mit den Interessen der Wettbewerber gesehen.

Erstmals wurde im AB zur UWG-Novelle 1969<sup>244</sup> zu einer Änderung des § 32 UWG das Konsumenteninteresse ohne weitere Differenzierung mit den Interessen der Wettbewerber gleichgestellt. Die Mitkompetenz des BM f Soziale Verwaltung bei Erlassung von Verordnungen gem § 32, soweit es sich um Lebensmittel, Verzehrprodukte oder Zusatzstoffe handelt, wurde mit der Gewährleistung eines allgemeinen Gesundheitsschutzes begründet.<sup>245</sup>

Die UWG-Novelle 1971<sup>246</sup> enthielt bedeutende Neuerungen und auch charakteristische Aussagen zu den Zielen des UWG. Die wesentlichste Änderung war wohl die Zuerkennung der Klagslegitimation für Unterlassungsansprüche gem § 2 UWG an den ÖAKT, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und den ÖGB. Wenngleich die Klagslegitimation damals noch auf § 2 UWG beschränkt war, einer Vorschrift, die schon immer mehr dem Kon-

---

<sup>241</sup> VO vom 18.6.1940 zur Einführung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb und der Zugaben-VO in den Reichsgauen der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland, RGBI I 1940, 883.

<sup>242</sup> BGBl 1947/145.

<sup>243</sup> BGBl 1952/160; 1963/175; 1969/11; 1971/74; 1974/422; 1975/88; 1980/120; 1984/448 (Wiederverlautbarung); BGBl 1988/422.

<sup>244</sup> 1092 BlgNR 11. GP, 1; BGBl 1969/11.

<sup>245</sup> Der allgemeine Gesundheitsschutz ist aber selbstverständlich nicht ein Schutzziel des UWG, obwohl der AB 1092 BlgNR 11. GP, 1 so verstanden werden könnte.

<sup>246</sup> BGBl 1971/74.

sumenten-, als dem Mitbewerberschutz zugeordnet wurde, bedeutete diese Novelle doch eine sichtbare Neuorientierung. Weiters wurde § 2 UWG damals allgemeiner gefasst und zu einem allgemeinen Tatbestand gegen Irreführung im Wettbewerb ausgebaut. Zuletzt wurde auch § 32 UWG im Interesse der Konsumenten verändert. Weitreichender als die tatsächlich durchgeführten Änderungen des UWG waren die Äußerungen in den Erl zur RV.<sup>247</sup> Die Beschränkung der Klagslegitimation auf die Interessenvertretungen wurde als Kompromiss bezeichnet und ausgeführt:

*„Es wird nicht verkannt, daß an sich jeder Konsument an der Bekämpfung von Angaben, die zur Irreführung im geschäftlichen Verkehr geeignet sind, interessiert ist. Eine derartige Erweiterung des Kreises der Klagslegitimierten würde jedoch zu unerwünschten Klagehäufungen bzw. im vorprozessualen Bereich zu einer Häufung von Anspruchstellungen führen.“*

Mit dieser Bemerkung in den Erl zur RV wurde erstmals die rechtspolitische Forderung nach direkter Klagsbefugnis einzelner Konsumenten dokumentiert. Die Möglichkeit einer direkten Klagsbefugnis einzelner Konsumenten gegen unlautere Wettbewerbshandlungen wurde in diesen Erl<sup>248</sup>, ohne Diskussion offenbar als berechtigt angesehen und nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit für die Rechtsdurchsetzung zum damaligen Zeitpunkt abgelehnt. Andererseits wurde im nächsten Absatz dieser Erl, ebenfalls ohne nähere Begründung, folgende Äußerung gemacht:

*„Dem Leitgedanken des Entwurfes, den Schutz der Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb zu verstärken, eine bessere Transparenz des Marktes zu bewirken und damit auch dem Konsumentenschutz zu dienen, trägt die Erweiterung der Verordnungsermächtigung in § 32 Rechnung“.*

Mit dieser Erl schien die Regierung wieder voll auf den herkömmlichen Standpunkt zu den Zwecken eines UWG zurückzukehren. Die in Erl, wie der zu dieser UWG-Novelle, immer wieder festzustellenden rechtspolitischen Widersprüche sind nur aus der damaligen Praxis zur Erzielung von Sozialpartnerschafts-Einigungen im Vorfeld der parlamentarischen Behandlung von Gesetzentwürfen zu verstehen. Der Kompromiss auf einen bestimmten Norminhalt wurde in solchen Fällen oft von Erl begleitet, die bewusst nicht aufeinander abgestimmt waren, sondern die unterschiedlichen politischen Positionen einfach nebeneinander stellten.

Die rechtspolitische Idee eines direkten Klagerechts von einzelnen Konsumenten blieb in allen weiteren Novellen zum UWG unberücksichtigt<sup>249</sup>. Es wurde weiterhin formelhaft auf alle drei Schutzobjekte des UWG - Wettbewerberschutz, Konsumentenschutz und allgemeiner Schutz des Wettbewerbs gegen unlautere Handlungen - hingewiesen.<sup>250</sup>

In der UWG-Novelle 1980 wurden die Möglichkeiten, im Dienste des Verbraucherschutzes

---

<sup>247</sup> 243 BlgNR 12. GP.

<sup>248</sup> 243 BlgNR 12. GP.

<sup>249</sup> In der RV zur UWG-Novelle 1980, 249 BlgNR 15. GP, 5, wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Änderungsvorhaben ua auf dem Gebiet des Schadenersatzes für unlautere Wettbewerbshandlungen nicht durchgeführt werden.

<sup>250</sup> ZB AB: 1434, BlgNR 13. GP, 1 anlässlich der Novelle BGBl 1975/88 und RV: 249 BlgNR 15. GP, 5 anlässlich der Novelle BGBl 1980/120.

und der allgemeinen volkswirtschaftlichen Ziele eines UWG, Verbandsklage zu erheben, verstärkt.<sup>251</sup> Seit damals haben auch der ÖAKT, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs und der ÖGB die Möglichkeit, gem § 1 UWG (und weniger wesentlich, auch gem dem in der Nov 1980 eingeführten § 6 a UWG) auf Unterlassung zu klagen.

Die UWG-Novelle 1988,<sup>252</sup> die die Zulässigkeit von Werbung mit sog reinen Preisvergleichen ausdrücklich feststellte,<sup>253</sup> diente hingegen wiederum in herkömmlicher Weise dem Schutz der Mitbewerber. Bei Wahrnehmung ihrer Interessen sollten auch die Interessen der Konsumenten an fairer vergleichender Preiswerbung mittelbar befriedigt werden.

## 2.4 Rechtsprechung zu den Zwecken des UWG ab 1923

Wie aus dem bisherigen Gang der Arbeit hervorgeht, ist nicht beabsichtigt, die gesamte Judikatur der jeweiligen Epoche zu den einzelnen Tatbeständen des UWG zu dokumentieren.<sup>254</sup> Es werden ausschließlich jene Entscheidungen untersucht, in denen sich Aussagen zu Zweck und Ziel von Normen gegen unlauteren Wettbewerb finden lassen. Soweit es möglich ist, werden die Entscheidungen einzelnen Tatbeständen des UWG zugeordnet. Dabei wird die in der UWG-Literatur übliche Zuordnung zu den einzelnen Fallgruppen verwendet. Diese Entscheidungen werden nach Aussagen zu den Zwecken Mitbewerberschutz, Interessen der Volkswirtschaft, Konsumenteninteressen zusammengefasst. Da der Schutzzweck Mitbewerberschutz bei allen Regelungen zu lauterem Wettbewerb immer schon im Vordergrund stand<sup>255</sup>, wird auf diese in Entscheidungen enthaltene Begründungen nicht gesondert eingegangen. Es werden zu dieser Entscheidungsgruppe lediglich zusammenfassende Bemerkungen am Ende des jeweiligen Abschnitts angefügt.

Diesen einleitenden Aussagen wird ein Abschnitt folgen, der jene Entscheidungen behandelt, die den Schutz der Interessen von Konsumenten durch das UWG betreffen. Es folgt die Behandlung jener Entscheidungen, die in ihrer Begründung allgemeine volkswirtschaftliche Interessen berücksichtigen. Diese Entscheidungen werden die größte Gruppe bilden. Die Untersuchung wird auch zeigen, dass manchmal eine Zuordnung einer Entscheidung zu einer dieser Gruppen nicht möglich ist. In solchen Fällen werden alle Komponenten einer Entscheidung gemeinsam behandelt.

---

<sup>251</sup> BGBl 1980/120.

<sup>252</sup> BGBl 1988/422.

<sup>253</sup> AB: 693 BlgNR 17. GP; Hanreich Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 mit weiteren Hinweisen. Dort nicht zitiert, weil später erschienen: Prunbauer, Die vergleichende (Preis-)Werbung, RdW 1989, 15.

<sup>254</sup> Stellvertretend sei auf Schönherr/Wiltschek, Wettbewerbsrecht (1987) hingewiesen.

<sup>255</sup> ZB bereits SZ 9/287 - Das UWG bezweckt, „*wenngleich auch zum Schutz der Verbraucher dienend, doch in erster Linie den Schutz des Unternehmers*“. Dasselbe Urteil stellte auch fest, dass das UWG ein „*Schutzgesetz für Unternehmer*“ sei. Die E ÖBl 1952, 36 stellte ebenfalls fest: „*Das UWG dient nicht dem Schutze des Publikums, sondern dem der Wettbewerber*“. Ebenso ÖBl 1953, 19: „*§ 2 UWG gewährt Schutz gegen unlautere Machenschaften bei der Kundenwerbung. Geschützt wird der Mitbewerber gegen die für ihn nachteiligen Folgen einer irreführenden Reklame*“. Hier wird jedoch anschließend bereits gesagt: „*Damit verbunden ist gleichzeitig der Schutz des Publikums gegen Übervorteilung*“.

## 2.4.1 Die Berücksichtigung der Interessen der Konsumenten

### 2.4.1.1 Die Rechtsprechung zu § 1 UWG

Schon in der E vom 9.11.1927<sup>256</sup> vertrat der OGH zu einem Verhalten, das er unter § 1 UWG subsumierte, die Ansicht, dass das UWG zwar in erster Linie den Schutz des Unternehmers bezweckt, aber auch dem Schutze der Verbraucher dient. Unter diesem Gesichtspunkte sei das Gesetz auszulegen und unter diesem Gesichtspunkte die dem Gesetz zu unterstellende Tat zu beurteilen.

Eine eingehendere Analyse dieser in manche Richtung hin wichtigen E des OGH ergibt aber, dass der Hinweis auf die durch das UWG auch zu schützenden Verbraucherinteressen nicht entscheidungswesentlich war. Offenbar diene der Hinweis auf die Berücksichtigung der Verbraucherinteressen dazu, die Argumentation, ein Verstoß gegen die Pressefreiheit, die ja dem „Publikum“ diene, sei sittenwidrig, wenn er durch Handlungen eines Privaten verursacht werde und nicht nur verfassungswidrig, wenn er durch Gesetz oder Behörden erfolge, zu begründen. Möglicherweise wollte der OGH damit auch seine Abgrenzung des relevanten Marktes begründen oder dartun, dass eine Vielfalt von Produkten am Zeitungsmarkt auch dem Konsumenten zu Gute komme.<sup>257</sup>

In derselben E betont der OGH aber auch, dass das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Gesetz sei, das „in erster Linie den Schutz der Unternehmer bezweckt“. Maßgebend ist somit nach dieser E bloß, „ob eine Handlung gesetzt wurde, welche bezweckte oder geeignet war, im Wettbewerb einem Unternehmer vor den anderen Unternehmern einen Vorsprung zu sichern oder einen anderen zu benachteiligen“. Der OGH bezog sich dabei ausdrücklich auf Kadecka.<sup>258</sup>

Bald darauf sprach das OLG Wien<sup>259</sup> aus, dass ein Verstoß gegen ein bereits vor dem UWG erlassenes Gesetz<sup>260</sup>, das „einerseits zum Schutz der Versicherungsanstalten vor unlauterem Wettbewerb, andererseits aber auch zum Schutz des versicherungsbedürftigen Publikums vor Erhöhung der Regiespesen dahin geht, die Beteiligung anderer an der Agentenprovision zu verbieten“, auch sittenwidrig gem § 1 UWG ist. Der Konsumentenschutz - bemerkenswerter Weise Regelungszweck eines speziellen Vorläufers des UWG - wurde somit mittelbar auch als Schutzzweck des UWG anerkannt.

Ähnlich wie in der gerade behandelten E des OLG Wien, berücksichtigte auch die E der Schiedsstelle für Preisschleudereisachen beim HG Wien<sup>261</sup> das Interesse der Verbraucher an einem möglichst niederen Preis. Obwohl diese Schiedsstelle vor allem die sog „Preisschleuderei“ verhindern sollte, wurde die Herabsetzung eines Produktpreises durch einen Bäcker vor allem deswegen nicht als sittenwidrig angesehen, weil Backprodukte zu den lebensnotwen-

---

<sup>256</sup> SZ 9/287.

<sup>257</sup> Es ging im Anlassfall um unlautere Praktiken zwischen Zeitungen, das Urteil gehört auch in die Gruppe der Urteile „Sittenwidriger Behinderungswettbewerb“.

<sup>258</sup> Kadecka, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924) 25.

<sup>259</sup> OLG Wien 6.2.1929 MuW 1929, 609.

<sup>260</sup> BGBl 1921/88.

<sup>261</sup> PS Wien 25.3.1935 JB1 1935, 214.

digsten Waren zu zählen seien und gerade in Notzeiten für die Bevölkerung besonders wichtig wären. Das Gericht begründete seine E damit, dass bei Abwägung einander widerstreitender Interessen schon gar nicht die Gebäckverbilligung von der Allgemeinheit als unsittlich angesehen werden könne, „auch wenn sie eine gewiß bedauerliche Gewinnreduktion eines Gewerbestandes mit sich bringt“. Die Preisschleuderei-Schiedsstelle stellte in dieser E ganz grundsätzlich fest, dass sie ein Gericht des Bundes sei und kein Landesgericht, das unter Umständen nur einseitige Interessen zu wahren hätte.

Zimbler kritisierte diese E wie folgt:<sup>262</sup>

*„Daß der Händler oder Erzeuger berechtigt sein muß, mit seinen Preisen auch unter seine Selbstkosten herabzugehen, wenn die Wirtschaftslage dies erfordert, ist selbstverständlich. Hier kann von einer Preisschleuderei keine Rede sein, ganz gleichgültig ist es hiebei, ob es sich um die lebensnotwendigsten oder um Luxusartikel handelt. Es kommt hier nicht der Schutz des Konsumenten, sondern der des Mitbewerbers vor unlauterem Wettbewerb in Betracht.“*

In jüngeren E zu § 1 UWG ging es dem OGH stets darum, neben dem Schutz der Wettbewerber gegen unlauteren Wettbewerb ihrer Konkurrenten, ganz allgemein „die Übervorteilung“ der Verbraucher zu verhindern. Mittelbar, wie zB das OLG Wien in der E 6.2.1929<sup>263</sup>, berücksichtigte der OGH in seiner E 25.5.1976<sup>264</sup> auch die Interessen der Konsumenten. Bei Erörterung der Frage, ob die LMKV 1973 eine Rechtsvorschrift mit (auch) wettbewerbsrechtlichem Inhalt sei, führte der OGH aus:

*„Wenn auch das Lebensmittelrecht primär dem Schutz der Gesundheit dient, so ist doch nicht zu übersehen, daß es daneben nicht zuletzt auch den Zweck verfolgt, den Verbraucher vor wirtschaftlicher Benachteiligung durch Lieferung minderwertiger oder irreführend bezeichneter Produkte zu schützen.“*

Die Tatsache, dass die LMKV Normen enthält, die die wirtschaftliche Benachteiligung und Irreführung von Verbrauchern verhindern soll, wird dann als Argument verwendet, das den wettbewerbsrechtlichen Inhalt der Norm beweist.<sup>265</sup>

Ähnlich wie in der Entscheidung zur LMKV, argumentierte der OGH auch in der E OGH 20.12.1977.<sup>266</sup> Die Gift-VO sei nicht „wertneutral“, weil sie vor allem dem Schutz der Volksgesundheit diene, dh sie sei eine Wettbewerbsvorschrift. Wenngleich der Schutz der Volksgesundheit vor allem dem Schutzzweck volkswirtschaftlichen Interessen zugeordnet werden muss, sei ihm auch die Komponente Verbraucherschutz eigen.

Wie in den vorstehenden E erfolgte die Qualifizierung von Konsumenteninteressen als Zweck

---

<sup>262</sup> JBI 1935, 215.

<sup>263</sup> MuW 1929, 609.

<sup>264</sup> ÖB1 1976, 101.

<sup>265</sup> Ähnlich zur SüßstoffVO, OGH 9.7.1985, ÖB1 1986, 16.

<sup>266</sup> ÖB1 1978, 116.

des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb auch in der E OGH 4.5.1982 nur mittelbar.<sup>267</sup> Zur Qualität des § 2 Abs 1 S 2 des MargarineG<sup>268</sup> als wettbewerbsrechtliche Norm sagt der OGH:

*„Sie (ergänze: die MargarineVO) dient damit - wie die Beklagte selbst erkennt - jedenfalls auch dem Schutz des Konsumenten, welcher durch eine solche Kennzeichnung vor Irrtümern über den Gegenstand seines Kaufes bewahrt werden soll. Daß aber eine Vorschrift, die den Verbraucher vor wirtschaftlicher Benachteiligung durch Lieferung irreführend bezeichneter Produkte schützen und damit zugleich verhindern will, daß sich ein Unternehmer durch mangelhafte Kennzeichnung seiner Ware einen unlauteren Wettbewerbsvorsprung verschafft, nicht bloß eine wettbewerbsrechtlich neutrale Ordnungsvorschrift ist, sondern jedenfalls auch dem Schutz des lautereren Wettbewerbs dient, kann nicht ernstlich bezweifelt werden.“*

Nicht so deutlich wie man erwarten könnte, äußerte sich der OGH in ähnlichem Zusammenhang zu den Ladenschlußvorschriften.<sup>269</sup> Unter Hinweis auf die EB zur RV zum LadenschlußG<sup>270</sup>, bemerkt er:

*„Der Entwurf geht von dem Gedanken aus, daß die Ladenschlußregelung einerseits den Verbrauchern den Einkauf zu einer Zeit ermöglichen muß, in der sie nicht selbst berufstätig sind, daß aber andererseits der Wettbewerb unter den Gewerbetreibenden diese nicht zu überlangen Geschäftszeiten nötigen soll, die vielfach betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt wären.“* und: *„Das LadenschlußG hat damit wettbewerbsregelnde und sozialpolitische Funktionen; die Regelung ist als Versuch eines Ausgleiches zwischen diesen divergierenden Zielen zu betrachten. Damit ist für den österreichischen Rechtsbereich klargestellt, daß Ladenschlußvorschriften auch wettbewerbsregelnden Charakter haben.“*<sup>271</sup>

Interessant für den hier gegebenen Zusammenhang ist, dass der OGH auch das „sozialpolitische“ Element des LadenschlußG, dh die Gewährleistung einer angemessenen Einkaufsmöglichkeit für die Konsumenten im Zusammenhang mit den Erörterungen zur Eigenschaft des LadenschlußG als wettbewerbsrechtliche Norm berücksichtigte.

Die E zum gebundenen Ladenpreis des Buchhandels OGH 2.4.1985<sup>272</sup> bezog wieder eine andere Art von Verbraucherinteressen in die Überlegungen des OGH ein:

*„Das System der festen Ladenpreise ist nämlich nicht nur eine innerberufsständische Ordnung, die nur den Zweck hat, den Mitgliedern eines Berufsstandes die Weiterverfolgung ihrer Vermögensinteressen in der bisher üblichen Weise zu ermöglichen; für seine Einführung im Buchhandel waren vielmehr vor allem kulturpolitische Gründe maßgebend, soll doch der feste Ladenpreis in Verbindung mit der den Sortimentern gewährten Handelsspanne dazu beitragen, die Angebotsvielfalt des Buchhandels aufrechtzuerhalten.“*

Durch die Feststellung der Sittenwidrigkeit der Preisunterbietung von Ladenpreisen im Buch-

---

<sup>267</sup> ÖBI 1982, 93.

<sup>268</sup> Zum Margarinerecht allgemein: Barfuß, Das sogenannte "Margarinerecht", ÖZW 1986, 33.

<sup>269</sup> OGH 14.6.1983, ÖBI 1984, 14.

<sup>270</sup> 478 B1gNR 8. GP, 4.

<sup>271</sup> ÖBI 1984, 15.

<sup>272</sup> ÖBI 1985, 153.

handel, soll somit ua das Interesse der Verbraucher (und der Volkswirtschaft) an einem reichen Sortiment und einer ausreichenden Anzahl von Buchhandlungen geschützt werden.

Alle unter § 1 UWG oder § 2 UWG zu subsumierenden Handlungen müssen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gesetzt worden sein. Auch Handlungen, die zB klar gegen das KSchG oder gegen verwaltungsrechtliche Normen, die dem Konsumentenschutz dienen, verstoßen, können nicht nach den Vorschriften des UWG untersagt werden, wenn sie nicht als „*Wettbewerbshandlungen*“ zu bewerten sind.<sup>273</sup>

Wettbewerbles Verhalten liegt nur dann vor, wenn die Handlung objektiv geeignet ist, den Absatz eines, meist des eigenen, allenfalls aber auch eines fremden Unternehmens auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, und wenn sie subjektiv von der entsprechenden Wettbewerbsabsicht getragen ist. Nicht jedes geschäftliche Verhalten eines Gewerbetreibenden ist demnach wettbewerbles Verhalten; dies trifft erst dann zu, wenn es sich auf Mitbewerber auswirken kann.

*„Da das UWG kein Gesetz gegen unlautere wirtschaftliche Betätigung auf dem Markt schlechthin ist, also nicht ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall nur Verbraucherinteressen oder auch Interessen der Mitbewerber betroffen sind, anzuwenden ist, dürfen nur Handlungen erfaßt werden, die sich auf die Marktverhältnisse beziehen“.*<sup>274, 275</sup>

Im Falle eines Immobilienmaklers, der seinen Kunden - gesetzwidrig - überhöhte Provisionen verrechnete, meinte der OGH <sup>276</sup>:

*„Der Wettbewerber wird nicht schlechthin gegen sittenwidriges Verhalten geschützt; er genießt Rechtschutz nach § 1 UWG nur gegen unlautere Wettbewerbshandlungen seiner Mitbewerber.“*

#### **2.4.1.2 Die Rechtsprechung zu § 2 UWG**

Primäres Ziel von § 2 UWG ist, die Konsumenten vor Irreführung im geschäftlichen Verkehr zu schützen.

Beispielsweise seien zwei E, die die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen im Rahmen der Judikatur zu § 2 UWG typisch feststellen, dargestellt. In der E OGH 28.1.1953 <sup>277</sup> stellte der OGH zu einer Geschäftspraxis fest:

*„Daraus folgt, daß dem dergestalt getäuschten Publikum das Angebot des Beklagten günstiger erscheinen muß, als es in Wirklichkeit unter Berücksichtigung des Fehlens der fälschlich vermuteten Eigenschaft ist. Das genügt aber, um den Tatbestand des § 2 UWG zu erfüllen.“*

---

<sup>273</sup> ZB ÖBI 1983, 127.

<sup>274</sup> ÖBI 1983, 129.

<sup>275</sup> Beachte die punktuelle Änderung des PreisG aus Anlass dieser E und § 14a PreisG, BGBl 1988/337; dazu Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (109).

<sup>276</sup> ÖBI 1983, 127.

<sup>277</sup> ÖBI 1953, 19.

In der E OGH 14.5.1985<sup>278</sup> hat die Raffinesse der Feststellung von Publikumserwartungen und damit der Schutz des Verbrauchers gegen Irreführung, ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht. Unter Hinweis auf die deutsche RSp und Lehre<sup>279</sup> anerkannte auch der OGH die sog. „*verweisende Verbrauchervorstellung*“. Dh, selbst dann, wenn der Konsument nicht in der Lage ist, zwischen zwei Produkten zu unterscheiden, die nur vom Fachmann nach einer Analyse unterschieden werden können, seien seine Erwartungen an die richtige Bezeichnung und Eigenschaft des Produktes auch durch § 2 UWG geschützt. Im konkreten Fall war zu beurteilen, ob die Bezeichnung Mineralwasser, die nach dem Lebensmittelkodex nur als Tafelwasser hätte lauten dürfen, irreführend iS des § 2 UWG war. Die Irreführung wurde auch für den Fall angenommen, dass Tafelwasser iS des Lebensmittelkodex als Mineralwasser bezeichnet wird. Der getroffenen E ist wohl zuzustimmen, besonders wenn man von den durch § 2 UWG vor allem zu schützenden Interessen der Wettbewerber ausgeht. Ob aber tatsächlich die in der E zitierte „*verweisende Verbrauchervorstellung*“ bezüglich Mineralwassers bei den Konsumenten besteht, ist wohl zumindest zweifelhaft, zumal umgangssprachlich auch Tafelwasser iS des Lebensmittelkodex als Mineralwasser bezeichnet wird.

Mit den beiden zitierten E soll demonstriert werden, dass ein wesentlicher Schutzzweck des § 2 UWG die richtige Information des Kunden über das jeweilige Produkt ist. Dieser Anspruch auf korrekte Information kann – abgesehen vom Schutz des Wettbewerbers gegen irreführendes Marktverhalten seines Konkurrenten - so weit gehen, dass auch eine von einem Konsument selbst gar nicht wahrnehmbare Eigenschaft einer Ware als „*verweisende Verbrauchervorstellung*“ geschützt wird.

Im Zusammenhang mit der RSp zu § 2 UWG sei auch noch die E OGH 5.6.1984 erwähnt.<sup>280</sup> Sie enthält Aussagen zu den speziellen Schutzziele des § 6a UWG (Norm gegen sog. Mogelpackungen) und besagt:

*„Den Materialien ist jedenfalls eines eindeutig zu entnehmen: die Absicht des Gesetzgebers, mit § 6a UWG einen Sondertatbestand zu schaffen, der die Verbraucher vor Täuschungen durch ein Mißverhältnis zwischen der Verpackungsgröße und der Füllmenge einer Fertigpackung schützen soll.“*

### **2.4.1.3 Die Rechtsprechung zu § 14 UWG**

Zuletzt ein Beispiel aus der RSp zu § 14 UWG. Die Tragweite dieser E OGH 6.11.1973<sup>281</sup> wurde durch die Ausdehnung der Klagebefugnis nach § 14 UWG durch die UWG-Novelle 1980<sup>282</sup> noch gesteigert. In dieser E wurde im Wesentlichen die Frage entschieden, welche Verbände oder Vereine legitimiert sind, Klagen gem § 14 UWG einzubringen, wenn die Inte-

---

<sup>278</sup> ÖBI 1985, 156.

<sup>279</sup> Der OGH zitierte: Baumbach / Hefemehl, Wettbewerbsrecht<sup>14</sup>, 1035 f § 3 dUWG RN 108 und die dort zit E des BGH 15.6.1966, 1 b ZR 72/64 - Rum-Verschnitt - GRUR 1967, 30 = MDR 1966, 990 = WRP 1966, 375 und 15.1.1969, 1 ZR 52/67 - Scotch Whisky - GRUR 1969, 280 = MDR 1969, 370 = NJW 1969, 976 = WRP 1969, 197.

<sup>280</sup> ÖBI 1984, 124.

<sup>281</sup> ÖBI 1974, 65.

<sup>282</sup> BGBI 1980/120.

ressen ihrer Mitglieder nicht direkt, wohl aber als Nachfrager von Leistungen einer anderen Wirtschaftsstufe betroffen sind.

Der Markenartikelverband klagte in diesem Verfahren ein Unternehmen auf Unterlassung eines sittenwidrigen Verhaltens gem § 1 UWG, weil dieses Unternehmen ohne entsprechende Berechtigung nach dem KWG das Einlagen- und Darlehensgeschäft betreibe. Der Markenartikelverband brachte vor, entsprechend seiner Satzung auch Interessen von Verbrauchern zu verfolgen.<sup>283</sup> Gem § 2 Abs 1 der Satzung des MAV können bei diesem Verein jedoch nur österreichische Unternehmen, die Markenartikel erzeugen und österreichische Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen, Mitglieder werden.

Nachdem das Erstgericht die Aktivlegitimation des MAV bejahte, verneinte das Rekursgericht die Klagslegitimation mit folgender Begründung: Ein Recht des Klägers, zum Vorteil der Verbraucher Wettbewerbsverstöße zu bekämpfen, könne dem UWG schon deshalb nicht entnommen werden, weil diesbezüglich bestimmten juristischen Personen ein Klagerecht erst durch die Novelle 1971 eingeräumt worden sei. Die Auffassung des Erstgerichts lasse sich aber auch mit dem Wortlaut des § 14 UWG nicht in Einklang bringen, wonach Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern das Klagerecht hätten. Daraus müsse nämlich geschlossen werden, dass Vereinigung von Unternehmern zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Verbrauchern kein Klagerecht besäßen.<sup>284</sup> Das Rekursgericht meinte weiters, die Aktivlegitimation nach § 14 UWG sei nur dort gegeben, wo die Interessen von Mitgliedern berührt würden; eine solche Betroffenheit der Mitglieder des MAV läge aber im konkreten Fall nicht vor. Schließlich solle durch die Beschränkung der aktiven Klagslegitimation im § 14 UWG der missbräuchlichen Klagshäufung vorgebeugt werden.

Der OGH schloss sich in seiner E dem Rekursgericht an. Ein möglicher Wettbewerbsverstoß liege außerhalb des satzungsgemäß festgelegten Aufgabenbereichs des Klägers.

*„Da im vorliegenden Fall nach der Satzungsbestimmung der Zweck des klagenden Verbandes darin besteht, in allen Industriezweigen der Markenartikelidee zu dienen und sein Aufgabenbereich auf die Wahrung der Interessen der Markenartikelindustrie beschränkt ist - mag dabei auch vom „Vorteil und Nutzen der Industrie, des Gewerbes, des Handels und der Verbraucher“ die Rede sein -, mangelt ihm die Klagsbefugnis in Fällen unlauteren Wettbewerbsbehandlungen eines Kreditvermittlungsbüros in der Richtung einer nach dem KWG unzulässigen Tätigkeit. Eine auch nur abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung der vom Kläger vertretenen Interessen ist nicht bescheinigt worden.“<sup>285</sup>*

Die E ist nach meiner Meinung aus zwei Gründen verfehlt. Einmal kann nicht davon gesprochen werden, dass durch das inkriminierte Verhalten des beklagten Unternehmens keine Beeinträchtigung der vom klagenden Verband zu vertretenden Interessen vorliegen würde. Das Interesse der Verbandsmitglieder an einer korrekten Geschäftsgebarung von Kreditunterneh-

---

<sup>283</sup> § 1 Z 2 Satzung des MAV lautete: „... den Schutz der guten Sitten und der Loyalität im geschäftlichen Wettbewerb zu wahren und zu fördern, zum Vorteil und Nutzen der Industrie, des Gewerbes, des Handels und der Verbraucher.“

<sup>284</sup> ÖBl 1974, 65.

<sup>285</sup> ÖBl 1974, 65 (66).

mungen war sicher gegeben. Geschäftspraktiken von Kreditunternehmungen beeinflussen auch den Wettbewerb der Markenartikel erzeugenden Industrie. Es kann die Situation vorliegen, dass Kreditunternehmen kein Interesse besitzen, gegen bestimmte unlautere Handlungen anderer Unternehmen mit den Mitteln des UWG vorzugehen, die Kunden der Kreditunternehmungen (zB die Markenartikelindustrie) jedoch ein solches Interesse haben. Zweitens ist festzuhalten, dass ein Zweck des § 14 UWG schon immer (daher auch vor der UWG-Novelle 1971) darin bestand, unlautere Wettbewerbshandlungen im Interesse der Volkswirtschaft zu verfolgen.<sup>286</sup>

Auch die Argumentation des OGH, Verbraucherinteressen dürften nur vom ÖAKT, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und dem ÖGB geltend gemacht werden, weil nur so missbräuchliche Klagehäufung verhindert werden könnten, überzeugt nicht. Es ist zu hoffen, dass der OGH die RSp zur Einschränkung der Klagerechte von Vereinen wieder ändern wird.<sup>287</sup> Die Geltendmachung von Verbraucherinteressen sollte nicht durch ÖAKT, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und ÖGB monopolisiert werden.

#### **2.4.2 Die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Interessen in der Rechtsprechung des UWG**

Die österreichischen Gerichte berufen sich bei der Begründung von E zum Lauterkeitsrecht selten unmittelbar darauf, Interessen der gesamten Volkswirtschaft wahren zu müssen. Eine Auswahl aus der einschlägigen RSp soll ua diese Zurückhaltung belegen.

##### **2.4.2.1 Direkte Aussagen zum Schutzobjekt volkswirtschaftliche Interessen**

In der Frühzeit des österreichischen UWG finden sich Äußerungen des OGH zum Schutzobjekt „Volkswirtschaft“ oft in Zusammenhang mit dem Bemühen, den Begriff der „guten Sitten“ auszulegen. So findet sich in der E OGH 7.4.1926<sup>288</sup> die Bemerkung:

*„Nach der allgemein herrschenden Lehre verstößt eine Handlung gegen die guten Sitten, wenn sie mit der Auffassung in Widerspruch steht, die im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht (Kadecka, S. 33), oder noch prägnanter ausgedrückt, wenn sie mit dem gesunden sozialen Zustand unvereinbar ist (Ehrenzweig, S. 48)“.*

Der Gedanke, ein Verstoß gegen die guten Sitten läge vor, wenn ein Verhalten „mit dem gesunden sozialen Zustand unvereinbar“ wäre, ist wohl so zu verstehen, dass bei Beurteilung einer Wettbewerbshandlung nach § 1 UWG auch die volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der als sittenwidrig behaupteten Praxis zu berücksichtigen sind. Der Verweis des OGH auf Ehrenzweig<sup>289</sup> dürfte dafür sprechen, dass es ihm in dieser E weniger darum ging, auf die volkswirtschaftlichen Ziele, die durch das UWG erreicht werden sollten, hinzuweisen, sondern eher darum, formelhaft die damalige Lehre des bürgerlichen Rechts zu den guten

---

<sup>286</sup> Schönherr, Bemerkung, ÖBl 1960, 69 und die dort zitierte ältere Judikatur.

<sup>287</sup> OGH 10.12.1985, RdW 1986, 3.

<sup>288</sup> RSp 1926/94, 121.

<sup>289</sup> Ehrenzweig, System<sup>1</sup> II/1, 48.

Sitten auf § 1 UWG zu übertragen. Verfolgt man den Verweis auf Ehrenzweig, kommt man zum Ergebnis, dass die Formulierung „mit dem gesunden sozialen Zustand unvereinbar“ gar nicht von Ehrenzweig selbst stammt, sondern dass sie Ehrenzweig von Dernburg übernahm.<sup>290</sup> Ehrenzweig schließt an das Dernburg-Zitat an:

*„Wenn darüber die Ansichten auseinandergehen, entscheidet die dem Geiste unserer Gesetzgebung entsprechende Interessenwertung. Ein Rest von Unsicherheit bleibt zurück, der unschädlich wird, wenn sich die Rechtsprechung befestigt.“*

Dh also nichts anderes, als dass Ehrenzweig meint, unter guten Sitten sei nicht die redliche Übung der Verkehrskreise zu verstehen, sondern die aus dem Geiste und den Interessen der Gesetzgebung zu entnehmenden „natürlichen Rechtsgrundsätze“ des ABGB. Wäre aus der E des OGH zu entnehmen, der OGH folgte dieser Ansicht Ehrenzweigs, wäre sie ein interessanter Aspekt für das gegenständliche Thema; leider ermöglicht die alte RSp zu § 1 UWG keine eindeutige Entscheidung dieser Frage.

In der E der Schiedsstelle für Preisschleudereisachen beim HG Wien 25.3.1935<sup>291</sup> wird ebenfalls das Argument Dernburgs und Ehrenzweigs<sup>292</sup> verwendet. Bei Beurteilung einer Preisgestaltung nach dem Preisschleuderei-SchiedsstellenG führte die Schiedsstelle aus:

*„Eine rückläufige Preisbewegung mitzumachen - ganz abgesehen von der Nötigung - verstößt aber auch nicht gegen die guten Sitten, denn eine beträchtliche Anzahl Bäcker verkauft billiger als die Geklagte und es besteht kein Grund zur Annahme, daß diese ohne bürgerlichen Nutzen arbeiten. Somit erscheint die Preisbildung mit einem gesunden sozialen Zustand vereinbar (Dernburg), wobei besonders zu beachten ist, daß die hier in Rede stehenden Artikel zu den lebensnotwendigsten gehören und in Österreich wie in den meisten europäischen Staaten sich breite Schichten der Bevölkerung in Not befinden, sodaß bei Abwägung einander widerstreitender Interessen (Ehrenzweig) schon gar nicht die Gebäckverbilligung von der Allgemeinheit als unsittlich angesehen wird, auch wenn sie eine gewiß bedauerliche Gewinnreduktion des Gewerbestandes mit sich bringt. Die Schiedsstelle ist, wie noch erwähnt werden muß, ein durchaus mit Bundesbeauftragten besetztes Gericht, kein Standesgericht, das etwa einseitige Interessen zu wahren hätte“.*

Ganz ausdrücklich übernahm somit die Schiedsstelle die Meinung Ehrenzweigs zur Auslegung von Vorschriften über die guten Sitten. Im konkreten Fall bewertete sie die Interessen der Gesamtwirtschaft und die der Konsumenten höher als die der Wettbewerber. Dies ist insoweit überraschend, als die Preisschleuderei-Schiedsstelle ausdrücklich zur Wahrnehmung der Interessen der Gewerbetreibenden eingerichtet wurde. Im konkreten Fall dürfte dieses Ergebnis auch damit zu erklären sein, dass dem Kläger der Beweis nicht gelang, den von ihm verrechneten Preis für Gebäck als den üblichen nachzuweisen und der Beklagte die schlechte Arbeitsmarktsituation nach Ansicht der Schiedsstelle nicht in unsittlicher Weise iS des UWG ausnützte.

---

<sup>290</sup> Dernburg, Bürgerliches Recht I § 125 mit Bezug auf Steinbach, dieser wieder auf Leibnitz.

<sup>291</sup> JBI 1935, 214 (216).

<sup>292</sup> In der E 8.3.1932, RSp 1932/278 deutete der OGH diese Meinung ebenfalls an.

Die E des OGH 8.3.1932<sup>293</sup> enthält eine eingehende Auseinandersetzung mit den volkswirtschaftlichen Zwecken des UWG. Bei Beurteilung der Frage, in welcher Höhe eine Buße gem § 16 Abs 2 UWG auch demjenigen zu leisten ist, der selbst dieselbe UWG-widrige Handlung setzt hat, argumentierte der OGH:

*„Bei der Buße, die in die Tasche des Gekränkten fließt, kommt das öffentliche Interesse, das im allgemeinen bei der Verfolgung von Handlungen des unlauteren Wettbewerbes mitspielt, nicht in Betracht.“*

Die Frage, ob derjenige, der selbst dieselbe UWG-widrige Handlung setzt wie der Beklagte, überhaupt zur Klage berechtigt ist, bejahte der OGH mit der Begründung, dass das „*Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung der Auswüchse des Wettbewerbs*“ befriedigt werden müsse.<sup>294</sup> Die im allgemeinen zustimmenden Bemerkungen Abels<sup>295</sup> zu dieser E betonen zu Recht, dass es erforderlich sei, dass der OGH auf „*das Interesse der Allgemeinheit (das öffentliche Interesse) an der Verfolgung von Handlungen des unlauteren Wettbewerbes verweist*“.

Zwar nicht im Rahmen der RSp zum UWG, aber doch bei einer verwandten Fragestellung, nämlich bei einer E zu § 879 Abs 1 ABGB über die Sittenwidrigkeit eines Bierbezugsvertrages, bezog sich der OGH auf volkswirtschaftliche Erwägungen und schlug in seiner Argumentation auch selbst eine Brücke zu § 1 UWG.<sup>296</sup> Das Berufungsgericht hatte den zu beurteilenden Vertrag als Knebelung bezeichnet, da der Kläger versucht habe, „*den freien Wettbewerb zu seinem Vorteil und zum Nachteil der Beklagten für die Zeitdauer einer ganzen Generation auszuschalten*“. Das Berufungsgericht führte weiter aus:

*„Der freie Wettbewerb habe aber wichtige volkswirtschaftliche Funktionen auszuüben, er garantiere dem konkurrenzfähigsten Produzenten den Absatz, er schränke Fehlentwicklungen in der Wirtschaft auf ein Mindestmaß ein und fördere den rationellen Fortschritt und die Privatinitiative. Deshalb gewähre die Rechtsordnung dem freien und geordneten Wettbewerb ihren Schutz. Ein Lieferant, der ihn zum Nachteil seiner Abnehmer und der Konsumenten auf überlange Dauer auszuschalten suche, verstoße in offenkundiger Weise gegen die Wirtschafts- und Rechtsordnung und handelt daher sittenwidrig“.*

Der OGH stimmte den Ausführungen des Berufungsgericht grundsätzlich zu, schränkte die Aussagen zum Verhältnis der Wirtschaftsordnung - sittenwidriges Verhalten im Einzelfall - aber ein. Er sprach aus,

*„...daß im Wirtschaftskampf jede zu große Einschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit als sittenwidrig gilt, weil - es sich dann um eine weitgehende Knebelung des Vertragspartners handelt. Es kann aber nicht gesagt werden, daß jede solche Einschränkung sittenwidrig wäre.“*

---

<sup>293</sup> RSp 1932/278.

<sup>294</sup> Unter Hinweis auf Kadecka, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924), 22 und RGZ 120, 49: „*Die Unterlassungsklage soll nicht nur den Konkurrenten schützen, sondern, wie das ganze Wettbewerbsgesetz, auch im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Wettbewerbes entgegenreten.*“

<sup>295</sup> Zu RSp 1932/278, S 179.

<sup>296</sup> OGH 28.10.1959 JBl 1960, 384.

*Der Hinweis des Berufungsgerichtes auf das zu mißbilligende Bestreben des Klägers, den freien Wettbewerb der Brauereien auszuschalten, ist für diesen Rechtsstreit nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Gewiß hat der freie Wettbewerb die vom Berufungsgericht aufgezählten wichtigen volkswirtschaftlichen Funktionen, und ein Eingriff in die Wettbewerbsverhältnisse könnte nach § 1 UWG als unlauterer Wettbewerb angesehen werden."*

#### **2.4.2.2 Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG wegen Verstoßes gegen ein anderes Gesetz als das UWG**

Das Problem der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG durch Verstoß gegen ein anderes Gesetz als das UWG ist ein in RSp und Lehre viel behandeltes und immer aktuelles Thema.<sup>297</sup> Historische Beispiele wurden hier bereits öfters dazu verwendet, um Rückschlüsse auf die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Interessen zu ziehen.

Der OGH hatte immer wieder über Klagen zu entscheiden, die den Verstoß gegen § 1 UWG darin sahen, dass ein Wettbewerber zu Zwecken des Wettbewerbs eine andere Rechtsnorm als das UWG verletzt hatte. Bereits in der E 9.11.1927 traten Fragen auf, die für diese Fallgruppe charakteristisch sind.<sup>298</sup> Der OGH hatte eine Wettbewerbsbehinderung zu beurteilen, die darin bestand, dass Zeitungsvertreiber unter Druck gesetzt wurden, die Produkte eines Konkurrenten nicht mehr auszuhängen. Dieser Sachverhalt wurde nicht unter dem Aspekt geprüft, ob ein solches Verhalten in den betroffenen Verkehrskreisen als sittenwidrig bewertet wird oder wie der OGH unter Hinweis auf die damalige deutsche RSp<sup>299</sup> formuliert, ob das Verhalten „das Anstandsgefühl der Billig- und Gerechtdenkenden verletzt“. Der OGH führt vielmehr aus:

*„Die Lösung dieser Frage (scil die nach dem Vorliegen von Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG) ist hier leicht. Es bedarf keiner Untersuchung oder gar eines Beweises in der Richtung, daß die Handlungsweise des Erstbeklagten dem Volksbewußtsein widerspricht. Denn sie widerspricht der ausgesprochenen Absicht der Gesetzgebung, die doch sicherlich als Ausfluß des Volksbewußtseins und des Anstandsgefühles aller billig und gerecht Denkenden erachtet werden muß. Nun sagt § 1 des gegenwärtig geltenden Preßgesetzes: „Die Freiheit der Presse ist gewährleistet“ und „zu der Freiheit der Presse gehört natürlich auch die volle Möglichkeit, das Druckwerk ungehemmt zu verbreiten“ (JABl zu § 6 PreßG). Darum auch der früher erwähnte Kampf um die Preisgabe der Kolportage. Gerade gegen diese Absicht der Gesetzgebung hat aber der Beklagte (nebenbei bemerkt, obwohl selbst ein Vertreter der Presse) hier verstoßen.“*

Der OGH stellte somit den Verstoß gegen das PreßG ohne eine weitergehende Überprüfung nach den Kriterien des UWG vorzunehmen, einer Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG gleich. Das Grundrecht der Pressefreiheit entspreche wohl per se dem „Volksbewußtsein und dem Anstandsgefühles aller billig und gerecht Denkenden“. Die grundlegende Frage, ob der Inhalt

<sup>297</sup> Beachte grundlegend in der dt Literatur Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970); jüngst: Friedrich, Umweltschutz und Wettbewerbsrecht; WRP 1988, 641; Filmann, Gesetzesverstoß und § 1 UWG, WRP 1987, 293; Beispiele zum österreichischen Schrifttum: Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (113, FN 61); jüngst Ch. Liebscher, Der Unterlassungsanspruch bei Rechtsbruch, WBl 1989, 105.

<sup>298</sup> SZ 9/287.

<sup>299</sup> SZ 9/287, S 825.

jedes anderen Gesetzes ebenfalls unbesehen „Ausfluß des Volksbewußtseins“ und eine Manifestation des „Anstandsgefühls der Billig- und Gerechtdenkenden“ darstellen würde, wurde in dieser E nicht angestellt. Der OGH ging auch über das Problem hinweg, dass eigentlich kein Gesetzesverstoß vorlag, da das PreßG durch das Verhalten des Beklagten nicht verletzt werden konnte, weil er nicht Adressat der angewendeten Normen des PreßG war. Es wurde vielmehr vom Inhalt und den Zielen eines staats- und rechtspolitisch wichtigen Gesetzes auf den Inhalt der guten Sitten nach § 1 UWG geschlossen. Fraglich blieb auch, ob die Verletzung des Grundsatzes der freien Verbreitbarkeit von Presseerzeugnissen durch private Vereinbarungen in den betroffenen Verkehrskreisen tatsächlich als sittenwidrig empfunden wurde. Obwohl im konkreten Fall kein Verstoß gegen ein anderes G vorlag, ist doch der Schluss zulässig, dass der OGH bei einer tatsächlichen Verletzung eines wichtigen Gesetzes wie des PreßG, umso eher ebenso entschieden hätte.<sup>300</sup>

Die kurze Zeit später ergangene E des OLG Wien vom 13.2.1929<sup>301</sup> konnte die festgestellte Sittenwidrigkeit eines Verhaltens ebenfalls nicht unmittelbar auf die direkte Verletzung eines Gesetzes zurückführen, gehört aber dennoch in diese Gruppe von E. Das OLG Wien führte aus:

*„Gegen die guten Sitten verstößt es zweifellos, wenn, wie im gegebenen Fall der durch ein Gesetz verpönte Zweck auf einem Umweg erreicht werden soll.“*

Das BG vom 27.1.1921 über das Verbot der Beteiligung des Versicherungsnehmers an der Agentenprovision<sup>302</sup>, das im konkreten Fall umgangen werden sollte, verbot in seinem § 1 den Versicherungsagenten, einem Versicherungsnehmer unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil aus der ihm gebührenden Provision zuzuwenden. Der Beklagte hatte nun in einer Annonce zwar keine Zuwendungen an die Versicherungsnehmer, aber eine Widmung von 50 % der Provision für den Aufbau Palästinas versprochen.

Dieser Fall unterscheidet sich in mehreren Punkten vom zuerst referierten. Einmal, und dies wurde auch vom OLG Wien hervorgehoben, diente das Gesetz vom 27.1.1921 dem Schutz der Versicherungsanstalten vor unlauterem Wettbewerb, andererseits dem Schutz des Konsumenten. Das Gesetz vom 27.1.1921 war eindeutig ein Gesetz, das die Aufrechterhaltung eines fairen Wettbewerbs bezweckte und als Spezialvorschrift schon vor Erlassung des UWG 1923 ergangen ist. Im Bewusstsein dieser Situation entschied das OLG Wien und leitete aus dem wettbewerbsrechtlichen Motiv des Gesetzes vom 27.1.1921 eine Sittenwidrigkeit gemäß § 1 UWG ab. Aus der Begründung ist zu entnehmen, dass das OLG Wien die Sittenwidrigkeit gemäß § 1 UWG auch dann angenommen hätte, wenn das Gesetz vom 27.1.1921 nicht bestanden hätte, da auch andere Teile der Annonce als sittenwidrige Anlockung von Publikum qualifiziert wurden.

Nichtsdestoweniger ist, ähnlich wie die E OGH 9.11.1927<sup>303</sup>, auch diese ein Ausgangspunkt

---

<sup>300</sup> Dabei stellt auch Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 78 diese E an den Beginn der von ihm in seine Untersuchung einbezogenen österreichischen E.

<sup>301</sup> OLG Wien 13.2.1929 GRUR 1929, 609.

<sup>302</sup> BGBl 1921/88.

<sup>303</sup> SZ 9/287.

einer RSp, die die Verletzung jeglicher wettbewerbsrechtlichen Vorschriften unter besonderen Schutz des UWG stellt. Beide, und auch weitere vergleichbare Urteile dieser Zeit, tragen den Stempel der damals herrschenden Lehre Ehrenzweigs zur Auslegung des Begriffes der guten Sitten im Privatrecht.

Die Frage, ob jeder Gesetzesverstoß per se eine Verletzung von § 1 UWG darstelle, wurde bald und im Wesentlichen im selben Sinn wie heute in der E OGH 19.8.1931<sup>304</sup> gelöst:

*„Deshalb allein, weil eine Handlung gegen ein behördliches oder gesetzliches Verbot verstößt, ist sie noch nicht sittenwidrig. Zu ihrer Repression muß das Einschreiten der Behörde in der Regel genügen. Erst die begleitenden Umstände können die verbotswidrige Handlung zu einer sittenwidrigen machen.“*

Daraus entwickelte sich die Rechtsprechungslinie, daß nur der fortdauernde und planmäßige Verstoß gegen Normen, die nicht den Zielen einer wirksamen Wettbewerbspolitik dienen, zu einem Verstoß gegen § 1 UWG führen kann. Ebenso OGH 13. 10. 1931<sup>305</sup>:

*„Es verstößt gegen § 1 UWG, wenn ein Schmiedemeister, der nicht befugt ist Autoreparaturen vorzunehmen, solche Arbeiten trotzdem vornimmt und seine Reklametafel mit einer hierauf Bezug habenden Aufschrift anbringt.“*

Aus der Tatsache der Reklame und der Anschaffung der notwendigen Einrichtungen zur Autoreparatur wurde auf eine fortdauernde Verletzung der gewerberechtlichen Zutrittsvorschriften geschlossen. Da die übertretene gewerberechtliche Vorschrift zweifellos auch wettbewerbsrechtlichen Inhalt hat, könnte sie aber auch jener Gruppe von E zugerechnet werden, die eine subjektive Wertung des Verhaltens des Verletzers nicht notwendig macht und daher die bewusste, planmäßige Ausnutzung des Gesetzesverstoßes im Wettbewerb für die Sittenwidrigkeit nicht voraussetzt.

Im Laufe der Entwicklung dieser RSp wurde vorerst, wohl unter Einfluss der deutschen RSp, eine Unterscheidung zwischen Normen, die einen „*sittlich fundierten*“ Inhalt haben, und solchen, die als reine „*Ordnungsvorschriften*“ qualifiziert wurden, getroffen. Die Übertretung von reinen „*Ordnungsvorschriften*“ wurde nur dann als sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG angesehen, wenn eine eigene Handlung hinzutrat, nämlich das bewusste Verschaffen eines Vorsprungs im Wettbewerb durch die Übertretung. Diese RSp erschien wohl nicht ganz sachgerecht, da die Unterscheidung einer Norm als „*sittlich fundiert*“ oder „*reine Ordnungsvorschrift*“ kaum mit der notwendigen Schärfe vorzunehmen ist. Es entwickelte sich jene Judikatur, die in sachgerechter Weise aus dem UWG und den Zwecken und Ideen des gesamten Wettbewerbsrechts zwischen einer Übertretung von wettbewerbsrechtlich neutralen und von dem Wettbewerbsrecht zuzuordnenden Normen trennt. Dabei wurden in der RSp verschiedene Umschreibungen verwendet: zB „*wettbewerbsneutrale*“ Norm<sup>306</sup>; „*wettbewerbsneutrale*

---

<sup>304</sup> ZBl 49/330 = Langer / Saxl, Die Rechtsprechung zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (1932), E 51 zu § 1 UWG.

<sup>305</sup> JBl 1934, 15 = Langer / Saxl, Die Rechtsprechung (1932), E 53 zu § 1 UWG.

<sup>306</sup> ÖBl 1977, 163.

*Ordnungsvorschrift*<sup>307</sup>; „wertneutrale Vorschriften“<sup>308</sup>; „wertneutrale Normen ordnender Zweckmäßigkeit“<sup>309</sup>. Jeder, auch der nur einmalige und subjektiv nicht beabsichtigte Verstoß gegen Normen, die zumindest auch den Schutz des unlauteren Wettbewerbs bezwecken, führt nach dieser, im Grundsatz noch immer hRSp zu einem Verstoß gegen § 1 UWG.<sup>310</sup>

Eine weitere Gruppe von Urteilen, die auch auf die E OGH 9.11.1927 zurückgeführt werden können, setzt den Verstoß gegen gesellschaftspolitisch besonders wichtige Normen dem Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Normen gleich. So wurde der Verstoß gegen Vorschriften der Gift-VO als gesundheitspolitisch so verwerflich angesehen, dass er auch ohne planmäßige Ausnützung zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteiles als sittenwidrig angesehen wurde.<sup>311</sup>

In letzter Zeit wurde die RSp, die jeden Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Norm auch als Verletzung des § 1 UWG ansah, wesentlich verändert. Den Anfang dazu setzte die E OGH 11.1.1983.<sup>312</sup>

Die Metro-Selbstbedienungsgroßhandels GmbH, ein Selbstbedienungsmarkt für Wiederverkäufer, versandte an alle Inhaber von Einkaufsscheinen die „Metro-Post“ und andere Prospekte, in denen die angebotenen Waren mit Nettopreisen (also ohne die Angabe der Umsatzsteuer) angekündigt wurden. Die Kläger behaupteten, Metro verstoße damit gegen § 11c PreisG<sup>313</sup>, der vorschrieb, in öffentlich angekündigten Preisen auch die Umsatzsteuer einzubeziehen oder zumindest als Teilposten des Endpreises auszuweisen.

Metro gab im Verfahren 1. Instanz zu, dass „*sie durch die PreisG-Nov 1980 verhalten worden ist, ihre Waren mit Bruttopreisen auszuzeichnen*“; sie habe aber am 14.7.1980 gem § 11c Abs 6 PreisG um einen Aufschub dieser Verpflichtung bis längstens 31.1.1981 angesucht. Ferner wurde vorgebracht, dass von öffentlich angekündigten Preisen im Sinn des § 11c PreisG hier schon deshalb nicht gesprochen werden könne, „*weil die 'Metro-Post' und die übrigen Prospekte nur an die bei der Beklagten registrierten Kunden verschickt wurden*“.

Die 1. und 2. Instanz entschieden nach der hRSp ohne auf subjektive Beweggründe für das Handeln der Beklagten einzugehen und gab dem Klagebegehren daher statt, weil die Verletzung des § 11c PreisG als Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Norm auch § 1 UWG verletze. Der OGH bestätigte zuerst die E der Untergerichte, fügte aber an:

„...*der aus ihr gelegentlich abgeleitete Grundsatz, daß selbst guter Glaube des Beklagten*

<sup>307</sup> ÖBl 1976, 104; ÖBl 1982, 94; ÖBl 1984, 15 mit dem Gegensatz: Eine dem Schutz (auch) des unlauteren Wettbewerb dienende Norm.

<sup>308</sup> ÖBl 1977, 158; ÖBl 1978, 117; ÖBl 1979, 69.

<sup>309</sup> ÖBl 1981, 20.

<sup>310</sup> ZB Verstoß gegen preisrechtliche Auszeichnungsvorschriften - ÖBl 1977, 162; ÖBl 1979, 119; aber nun ÖBl 1983, 40 Metro-Post I. Margarine-Verordnung - ÖBl 1982, 93. Salzburger SchischulG - ÖBl 1982, 127. Gewerbeordnung - ÖBl 1977, 157. Lebensmittelkennzeichnungsrecht - ÖBl 1976, 101. LadenschlußG - ÖBl 1981, 19; 1984, 140 in leichtem Gegensatz zu ÖBl 1984, 14. Das Verhältnis zwischen Nahversorgungsg und § 1 UWG wird beim Nahversorgungsg behandelt.

<sup>311</sup> ÖBl 1978, 116; ÖBl 1979, 68; ähnlich in der dt RSp zB: Kammergericht 14.2.1986 NJW-RR 1986, 1098.

<sup>312</sup> ÖBl 1983, 4 Metro-Post I.

<sup>313</sup> BGBl 1976/260 idF PreisG-Nov 1980.

dessen Verantwortlichkeit nach § 1 UWG nicht ausschließe (so etwa OGH 2.4.1974, 4 Ob 311/74 - Probewohnen an Sonn- und Feiertagen - EvBl 1974/222 = ÖBl 1974, 106 und der Hinweis auf die E 16.5.1961, 4 Ob 331/61-Grotta azzurra - ÖBl 1961, 110; ebenso Hohenecker / Friedl aaO; Baumbach / Hefermehl aaO), kann jedoch in dieser allgemeinen Form nicht aufrecht erhalten werden."

Er führte weiter aus:

„Das jedem Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens - iS der Behauptung einer den anständigen Gebräuchen in Handel und Gewerbe zuwiderlaufenden, also gegen das Anstandsgefühl des durchschnittlichen Mitbewerbers oder die sittliche Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise verstoßenden Wettbewerbshandlung (OGH 16.12.1975, 4 Ob 351/75 - Berater in Versicherungsangelegenheiten - ÖBl 1976, 67 uva; Hohenecker - Friedl aaO 15; vgl auch Baumbach - Hefermehl aaO 186 ff RN 64 ff) - verlangt aber jedenfalls dort eine besondere subjektive Komponente auf der Seite des Beklagten, wo der ihm angelastete Wettbewerbsverstoß aus der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet wird. Als „unlauteres Verhalten“ wird hier dem Betroffenen angelastet, daß er sich über eine gesetzliche Norm hinweggesetzt hat, um auf diese Weise einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Nur eine dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbare Mißachtung einer solchen Vorschrift rechtfertigt es aber, über die bloße Verantwortlichkeit nach der übertretenen Verwaltungsvorschrift hinaus auch eine unlautere, gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung iS des § 1 UWG anzunehmen (in diesem Sinne bereits Schönherr in ÖBl 1977, 33, ÖBl 1977, 159 und ÖBl 1981, 19).

Dieser Grundsatz muß vor allem dort gelten, wo es - wie auch diesmal - um eine unterschiedliche Auslegung der angeblich verletzten Rechtsvorschrift (hier: des § 11 c PreisG) geht. Der OGH hat in einem solchen Fall bereits in der E 16.12.1975, 4 Ob 351/75 - Berater in Versicherungsangelegenheiten - ÖBl 1976, 67 ausführlich dargelegt, daß es bei der Prüfung der Frage, ob eine Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften gegen § 1 UWG verstößt, vor allem darauf ankommt, ob die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann; trifft dies zu, dann kann diese Auslegung der gesetzlichen Vorschrift und die darauf beruhende Tätigkeit des Beklagten nicht mehr als Handlung angesehen werden, die gegen das Anstandsgefühl der betroffenen Verkehrskreise verstößt. Hält man an dieser - auch der späteren E des OGH 3.5.1977, 4 Ob 342/77 - Schlüsselkopiermaschine - ÖBl 1977, 164 - zugrunde liegenden Rechtsansicht fest, dann ist im vorliegenden Fall für die Annahme einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungsweise der Beklagten kein Raum."<sup>314</sup>

Wenn man die E so versteht, dass der OGH nur aufgrund der besonderen Lage des Falles von seiner bisherigen RSp abgegangen ist, stellt dieses Urteil dennoch eine neue Sicht des Problems Rechtsverletzung/Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG dar. Auch bei objektiv gegebener Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Norm ist das Verschulden des Verletzers nach den Regeln des Privatrechts zu prüfen. Damit kann auch bei Verletzung einer Wettbewerbs-

---

<sup>314</sup> Die im Metro-Post I-Fall übertretenen Normen des PreisG sind sicherlich den Wettbewerbsnormen iS dieser RSp zuzuordnen.

norm der Verletzer zB den Nachweis antreten, dass er nicht sittenwidrig handeln wollte, weil er sich in einem Rechtsirrtum befand.

Der Hinweis in der E Metro-Post I, das Urteil sei im Gefolge der E 16.12.1975<sup>315</sup> und 3.5.1977<sup>316</sup> ergangen, ist irreführend. In der E - Berater in Versicherungsangelegenheiten – werden die übertretenen Vorschriften der Gewerbeordnung als Vorschriften, „*die nicht auf sittlicher Grundlage beruhen oder nicht dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und Interessen (zB der Volksgesundheit, der Rechtspflege) dienen, sondern aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen wurden und daher wertneutral sind*“<sup>317</sup> bewertet. Sie gehört somit eigentlich zu jener Gruppe von E, die zur Übertretung nicht wettbewerbsrechtlicher Normen ergingen. Die E des OGH ist problematisch, hier ist aber nicht der Ort, diese Kritik auszuführen. Wenn man aber die Begründung der E akzeptiert, war es nach der damals hRSp konsequent, die subjektive Seite des Verhaltens zu überprüfen, da ja im Fall der „*wertneutralen Norm*“ das bewusste und planmäßige Ausnutzen der Gesetzesverletzung Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit war.

Der Schlüsselkopierfall<sup>318</sup> betraf wiederum einen Fall, der zwar unter Berufung auf den „Berater in Versicherungsangelegenheiten-Fall“<sup>319</sup> entschieden wurde, aber dieser E zum Teil sogar widersprach. Einmal wurde zu Recht gesagt, dass die Vorschriften der Gewerbeordnung über die Zulassung zu den Gewerben auch dem Schutz des lautereren Wettbewerbs dienen und daher nicht als wettbewerbsrechtlich neutral angesehen werden können. Zum Zweiten wurde die Möglichkeit der Berücksichtigung einer vertretbaren anderen Interpretation der GewO zwar ins Auge gefasst, in concreto aber verworfen, offenbar auch deshalb, weil diese Vorschrift der GewO tatsächlich ebenfalls den Schutz des lautereren Wettbewerbs bezweckte.

Die vor allem in der E Metro-Post I zum Ausdruck kommende neue Entscheidungslinie wird im Vergleich mit den beiden kurz vorher ergangenen E zum Verstoß gegen § 1 UWG wegen Verletzung der Margarine-VO<sup>320</sup> und gegen das Salzburger SchischulG<sup>321</sup> besonders deutlich. Bei der E Margarine-VO fehlte wie bei der E Metro-Post I nach meiner Meinung das „*moralische Unwerturteil*“ des Handelns, da seit langer Zeit niemand mehr die Margarine-Verordnung einhielt und die verbreitete und die nicht absurde Überzeugung herrschte, sie gelte nicht mehr.<sup>322</sup> Nichtsdestoweniger entschied der OGH auf Vorliegen eines sittenwidrigen Verhaltens wegen Verletzung eines Wettbewerbsgesetzes. Beim Salzburger Schischul-Fall wiederum ist die Auslegung des Salzburger Schischulgesetzes durch das Gericht erster Instanz weitaus plausibler als die Auslegung durch die zuständige Behörde des Landes Salzburg und die des ihr folgenden OGH, sodass man durchaus den Mangel eines subjektiv vorwerfbaren Verhaltens feststellen hätte können.

---

<sup>315</sup> ÖBl 1976, 67 - Berater in Versicherungsangelegenheiten.

<sup>316</sup> ÖBl 1977, 164 - Schlüsselkopiermaschine.

<sup>317</sup> ÖBl 1976, 71.

<sup>318</sup> ÖBl 1977, 164 - Schlüsselkopiermaschine.

<sup>319</sup> ÖBl 1976, 67 - Berater in Versicherungsangelegenheiten. ÖBl 1982, 127.

<sup>320</sup> ÖBl 1982, 93.

<sup>321</sup> ÖBl 1982, 127.

<sup>322</sup> Barfuß, Das sogenannte „Margarinerecht“, ÖZW 1986, 33, stellt die unübersichtliche Rechtslage, die vom „*einfachen Normunterworfenen*“ wohl nicht leicht zu durchschauen ist, dar.

Die Änderung der RSp, die mit Metro-Post I begonnen hatte, ist in Metro-Post II <sup>323</sup> lediglich in einem Nebenargument sichtbar. Der OGH stellte sich in der Begründung der E die rhetorische Frage:

*„Ob darüber hinaus ein Verstoß gegen das NahversorgungsG als Verletzung einer wettbewerbsregelnden Norm schon für sich allein - also auch ohne Vorliegen von „Unlauterkeitskriterien“ - ein Zuwiderhandeln gegen § 1 UWG bedeutet, wird von Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet (siehe dazu Farnleitner / Straberger aaO 103 ff; Barfuß aaO; Schuhmacher aaO; John, Gedanken zum österr Wettbewerbs- und NahversorgungsG, GRURInt 1978 , 343 ff (346 f) ; Karsch aaO 92; Harrer, Normverstoß und § 1 UWG, ÖBl 1981, 89 ff (95)); Diese Frage kann aber hier auf sich beruhen, weil in dem beanstandeten Verhalten der Beklagte nach Ansicht des erkennenden Senats auch keine Verletzung des § 1 NVG gesehen werden kann.“*

Auch in der E OGH 14.6.1983 <sup>324</sup> klingt die neue RSp an, eine Sittenwidrigkeit läge *„jedenfalls dann vor, wenn das Gesetz bewußt verletzt wird.“* Das Bestehen einer neuen RSp wird in der E OGH 6.9.1983 <sup>325</sup> dann ausdrücklich festgestellt:

*„Wie der OGH schon mehrfach (...) dargelegt hat, kommt es bei der Prüfung der Frage, ob eine Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften gegen § 1 UWG verstößt, vor allem darauf an, ob die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz soweit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann,“*

Auch die E OGH 9.7.1985 <sup>326</sup>schließt an die neue RSp ausdrücklich an. Die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums wurde aber im gegenständlichen Fall abgelehnt, da ein klarer, zu keinem Zweifel Anlass gebender Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen vorliege und dieser übertreten worden sei.

Ähnlich entschied der OGH auch in der E 13.9.1988 <sup>327</sup> . Bei subjektiv vorwerfbarer Verletzung des NVG liegt auch ein Verstoß gegen § 1 UWG vor.

Neben dieser Judikatur zur Sittenwidrigkeit von Verstößen gegen Wettbewerbsgesetze, besteht aber auch jene Rechtsprechungslinie weiter, die Handlungen, die gegen vom OGH als besonders wichtig bezeichnete Gesetze verstoßen, als Verstoß gegen § 1 UWG ansehen. Dazu gehört offenbar schon die E 9.11.1927 und in jüngerer Zeit die Urteile zu Verstößen gegen die GiftVO <sup>328</sup> mit dem Argument des besonders wichtigen Gesundheitsschutzes. Die Rechtferti-

---

<sup>323</sup> ÖBl 1983, 55.

<sup>324</sup> ÖBl 1984, 14.

<sup>325</sup> ÖBl 1983, 165, Sparkassen – Reisebürowerbung.

<sup>326</sup> ÖBl 1986, 18, Schartner light. Dass sich die E OGH 1.10.1985, ÖBl 1986, 19 - Privater Automarkt, nicht mit der neuen RSp auseinandersetze, lag offenbar an Verfahrensgründen. Entsprechend der neuen RSp, die unzweifelhaft als hRSp bezeichnet werden kann auch: OGH 1.7.1986, Vademecum naturel - ÖBl 1986, 155; OGH 17.2.1987 - Biodiät- Reform-Kost-Margarine - ÖBl 1987, 160; OGH 24.3.1987, JBl 1987, 730; OGH 19.5.1987 - Rubble-Puzzle - MR 1987, 107 mit Kommentar von Korn.

<sup>327</sup> RdW 1988, 424 mit einer Anmerkung von Holeschofsky. Jüngst ebenso: OGH 14.3.1989 4 Ob 4/89.

<sup>328</sup> OGH 20.12.1977 - Tus Insektenspray - ÖBl 1978, 116.

gung dieser Rechtsprechungslinie ist schwer verständlich und muss sowohl wegen der Unmöglichkeit, sie korrekt aus dem UWG abzuleiten, als auch im Hinblick auf ihre völlig unkontrollierbare Fortentwicklung abgelehnt werden.<sup>329</sup> Sie führt auch im gegebenen Zusammenhang nicht weiter.

Eine zusammengefasste Darstellung der RSp zur Fallgruppe Gesetzesverletzung/Sittenwidrigkeit, kann nur gelingen, wenn die Gegenläufigkeit von Entwicklungen und das Nebeneinander von bestimmten Entscheidungslinien akzeptiert werden.<sup>330</sup> Man kann jedenfalls feststellen, dass nach Versuchen, unmittelbare Wirkungen zwischen der Verletzung besonders wichtig erscheinender Gesetze (Pressefreiheit, Wettbewerbsnorm im Versicherungsbereich) und Sittenwidrigkeit gem § 1 UWG herzustellen, sich als Hauptlinie die Unterscheidung herausgebildet hat, Verstöße gegen wettbewerbsrechtlich relevante Normen und gegen Vorschriften, die nicht dem Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn zugeordnet werden können, zu trennen. In Parallelität zur deutschen RSp begann auch die österreichische RSp zwischen „*sittlich fundierten*“ Normen, deren Verletzung per se auch die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG mit sich brachte und „*Ordnungswidrigkeiten*“, die nicht Ausdruck einer sittlichen Missbilligung der verbotenen Handlungen sein sollten, zu unterscheiden. Bald wurde jedoch die klarere und justiziablere Unterscheidung - Verstoß gegen eine Wettbewerbsnorm oder nicht - gewählt, wenngleich immer wieder ein Rückgriff auf das Argument der sittlichen Missbilligung zu beobachten ist. Längere Zeit herrschte dann eindeutig die RSp, dass der Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtlich relevante Norm per se auch als Verstoß gegen § 1 UWG aufzufassen ist, der Verstoß gegen eine andere Norm hingegen erst dann sittenwidrig wird, wenn die eigentlich wettbewerbsrechtlich verpönte Handlung dazu tritt, nämlich die Ausnützung eines Vorteiles, der durch die Gesetzesverletzung entsteht. Die bleibende Schwierigkeit bei dieser Abgrenzungsmethode war in der Praxis die Wertung, ob eine Norm dem Wettbewerbsrecht zugeordnet werden kann oder nicht. Die jüngste Änderung dieser, durch den Vorteil einer relativen Rechtssicherheit ausgezeichneten RSp, liegt darin, auch bei Verstößen gegen Gesetze mit wettbewerbsrechtlichem Inhalt, nicht Sittenwidrigkeit per se anzunehmen, sondern auch die subjektiven Elemente bei einem solchen Gesetzesverstoß stärker zu beachten. Wird die Gesetzesverletzung zB durch eine vertretbare Fehlinterpretation des WettbewerbsG verursacht, ist sie selbst nicht auch schon sittenwidrig.<sup>331</sup>

Für das gegenständliche Thema ergeben sich aus dieser Judikatur interessante Folgerungen: Es ist vor allem eindeutig aus allen Rechtsprechungslinien zu entnehmen, dass die Judikatur das Zusammenwirken der verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften beachtet und fördert. Wenn es auch in den einzelnen E nicht ausdrücklich betont wird, ist sicherlich ein Zweck dieser RSp, die Effizienz der anderen Wettbewerbsvorschriften durch die relativ scharfen Mittel des UWG-Verfahrens zu steigern. Daraus kann aber eine weitere Erkenntnis gezo-

---

<sup>329</sup> Gegen diese RSp heftige Kritik von Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 507.

<sup>330</sup> Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 96. Es ist hier nicht der Ort, auf die Probleme einzugehen, die von der Gesetzesverstoß/Sittenwidrigkeit-Judikatur verursacht werden. Die Beurteilung eines Verhaltens nach den Vorschriften des UWG zusätzlich zur Beurteilung nach einem anderen Gesetz kann zu widersprüchlichen Behörden- und Gerichtsentscheidungen oder zu mehrmaliger Sanktionierung desselben Verhaltens führen.

<sup>331</sup> Hanreich, Neuregelung im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (113).

gen werden: Die allgemeine wettbewerbspolitische Einstellung der Gerichte kann aus diesen E abgelesen werden. Je eindeutiger ein Verstoß gegen ein Wettbewerbsgesetz per se als sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG aufgefasst wird, desto stärker wird die Verpflichtung durch die Gerichte anerkannt, die Wettbewerbsordnung zu unterstützen. Durch die neue RSp, auch bei Verstoß gegen Wettbewerbsnormen die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu prüfen, wurde daher die „Stärkung“ anderer Wettbewerbsnormen durch das UWG etwas verringert. Andererseits bewirkte die grundsätzliche Anerkennung des Grundsatzes: Verstoß gegen das NVG = Verstoß gegen § 1 UWG eine wesentliche Ausweitung dieser RSp.<sup>332</sup>

#### **2.4.2.3 Die Rechtsprechung zum Boykott und zur Liefersperre**

Die Judikatur zu Boykott und Liefersperre<sup>333</sup> bildet eine auffällige Gruppe in jener RSp zum UWG, die über volkswirtschaftliche Ziele des Gesetzes Aufschluss gibt. Sie ist auffällig vor allem wegen ihrer Geschlossenheit und relativen Dichte seit den zwanziger Jahren.

Bereits 1927 entschied der OGH zu grundsätzlichen Fragen der Sittenwidrigkeit des Boykotts.<sup>334</sup> Ein Flaschenbierabfüller wurde von den bereits länger bestehenden Unternehmen desselben Gewerbes nach Beschluss in der Genossenschaft der Bierabfüller, der er ebenfalls mit Konzessionserteilung und Entrichtung der Inkorporationsgebühr angehörte, von den Berufsgenossen und von einer Anzahl von Brauereien vom Bierbezug ausgeschlossen. Die anderen Bierabfüller begründeten dies damit, dass das Gewerbe überfüllt sei und die Bierversilberer Selbsthilfemaßnahmen gegen neuentstehende Unternehmen ergreifen wollten. Der OGH führte zu den wirtschaftlichen Zielen aus:

*„Nachdem es eingestandener Zweck der ganzen Aktion ist, solche Gewerbetreibende, welche die Gewerbeberechtigung später erlangen, von der Ausübung des Gewerbes durch Nichtbelieferung mit Bier auszuschließen oder ihnen die Ausübung doch zu erschweren (denn ohne diese Absicht hätte die ganze Aktion keinen Sinn), erscheint sie von vornherein unsittlich und kann nicht durch den angeblichen Notstand gerechtfertigt werden, zumal der Gesetzgeber sich gegen die Anerkennung dieses Notstandes ablehnend verhält und auf diesem Gebiete dem freien Wettbewerbe seine Schranken aus dem Lokalbedarfe auferlegen will. Es ist nicht erlaubt, daß die Gewerbetreibenden dem Gesetze auf diese Weise durch Selbsthilfe vorgreifen. Es ist kein Zweifel, daß das gewählte Mittel ein ungewöhnliches ist und mit den sonstigen Mitteln des freien wirtschaftlichen Wettbewerbes nichts gemein hat. Nicht durch Einsetzen ihrer eigenen wirtschaftlichen Tüchtigkeit und Anwendung normaler Wettbewerbsmittel wollen die Flaschenbierabfüller den Kampf mit der Konkurrenz führen, sondern dadurch, daß sie dem neuen Wettbewerber gewissermaßen die zum Leben notwendige Luft abschließen.“*<sup>335</sup>

Die Vereinbarung der Bierabfüller wurde aus diesen Gründen für sittenwidrig erkannt. Der OGH wandte in dieser E bereits jenen Rechtsprechungsgrundsatz an, der in der Folge immer entscheidend war. Zur Klarstellung der Abgrenzung von erlaubten Verhaltensweisen führte er aus:

<sup>332</sup> Zu dieser RSp kritisch: Fitz/Roth, Verkauf unter dem Einstandspreis, RdW 1989, 241 (244).

<sup>333</sup> Definitionen dieser Begriffe befinden sich zB in ÖBl 1974, 105 und ÖBl 1975, 109.

<sup>334</sup> SZ 9/254.

<sup>335</sup> SZ 9/254, S 724.

„§ 1 UWG gibt keinen Lieferungsanspruch schlechtweg; die Beklagten dürfen, wie gesagt, die Lieferung nur lediglich mit Verweisung auf das Übereinkommen nicht verweigern.“<sup>336</sup>

Damit sollte wohl ausgedrückt werden, dass dann, wenn wirtschaftliche Gründe eine Nichtbelieferung rechtfertigen (etwa Zahlungsunzuverlässigkeiten), keine Sittenwidrigkeit des Verhaltens vorliege.<sup>337</sup> Zimble<sup>338</sup> bemerkt zu Recht zu einem Aspekt dieser E, dass der OGH von Ehrenzweig<sup>339</sup> beeinflusst war und die Auslegung der Sittlichkeit des Verhaltens aus „dem Geist der Gesetzgebung“ versuchte.

Da nun die gewerberechtliche Gesetzgebung (§ 2 Verordnung vom 30.3.1899, RGBI Nr 64) die Verleihung der Konzession zum gewerblichen Betrieb der Flaschenbierabfüllung nicht an die Voraussetzung des Lokalbedarfs geknüpft hatte, bewertete er privatrechtliche Boykottmaßnahmen, die demselben Zweck dienen sollten wie die behördliche Verweigerung der Gewerbsausübung mangels Lokalbedarfs, als sittenwidrig. So direkt kausal, wie Zimble die Verbindung zwischen Ursache (VO vom 30.3.1899) und Wirkung (Sittenwidrigkeit gem § 1 UWG) auffasste, war sie vom OGH wohl nicht gemeint gewesen. Der OGH betonte in der Begründung zu seiner E zum Boykott der Bierabfüller wie in späteren E ausdrücklich, dass das eigentlich ausschlaggebende Element in diesem Fall der Versuch der wirtschaftlichen Vernichtung des Konkurrenten gewesen sei.<sup>340</sup>

Mit der E 9.1.1931<sup>341</sup> führte der OGH die RSp der E 23.11.1927<sup>342</sup> weiter. Es kam nun klar zum Ausdruck, dass der wesentliche Grund für die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens im Wettbewerb die ungerechtfertigte, unmittelbar drohende, wirtschaftliche Vernichtung des Wettbewerbers war. Unter Zitierung einer weiteren E<sup>343</sup> stellte der OGH fest:

„...der Boykott dürfe nicht zur Durchsetzung ungerechtfertigter Forderungen gegen den widerstrebenden Gegner verwendet und nicht mit Mitteln durchzusetzen versucht werden, die den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Konkurrenten herbeizuführen geeignet sind.“

Vorausgesetzt wurde jedoch in allen E, dass der Boykott an sich ein zulässiges Mittel im Wettbewerb zwischen den Konkurrenten sei.

Abel<sup>344</sup> meinte, aus dieser RSp des OGH ableiten zu können, dass das an sich zulässige Kampfmittel des Boykotts unerlaubt werden könne durch:

---

<sup>336</sup> SZ 9/254, S 727.

<sup>337</sup> ZB SZ 13/94 = JBI 1931, 193 (mit Bemerkung von Zimble) = RSp 1931, 141 (mit Bemerkung von Abel); OGH 27.4.1965 ÖBl 1965, 92.

<sup>338</sup> Bemerkung zu RSp 1928/188.

<sup>339</sup> Ehrenzweig, System<sup>1</sup> II/2, 51.

<sup>340</sup> SZ 9/254, S 724 „dem neuen Wettbewerber gewissermaßen die zum Leben notwendige Luft abzuschließen“. In diesem Sinne auch OGH 5.11.1929, JBI 1930, 80: Der Ausschluss eines Arztes aus seiner Standesorganisation, verbunden mit einem Boykott, beeinträchtigt seine wirtschaftliche Existenz so wesentlich, dass er sittenwidrig ist.

<sup>341</sup> SZ 13/194.

<sup>342</sup> SZ 9/154.

<sup>343</sup> OGH 22.5.1925 RSp 1928/316.

<sup>344</sup> Bemerkung zu RSp 1931/141.

- Unzulässigkeit des Zwecks oder
- Unzulässigkeit der Mittel.

Abel verstand unter Boykottzweck zB die Durchsetzung eines Preiskartells, unter Boykottmittel zB die wirtschaftliche Vernichtung des Wettbewerbers.

Die Unterscheidung Abels ist aus der damaligen RSp nicht ableitbar und führt auch nicht zu einem überzeugenden Ergebnis. Die als Mittel des Boykotts beispielsweise angeführte wirtschaftliche Vernichtung des Wettbewerbers ist wohl auch ein Zweck des Boykotts.

Zimble<sup>345</sup> führte einen wesentlichen Gedanken in der wissenschaftlichen Diskussion zu dieser RSp des OGH ein, nämlich die mögliche Nutzbarmachung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse. Unter Bezug auf Nipperdey<sup>346</sup> argumentierte er, der sog „*Behinderungswettbewerb*“, der darin bestünde, „*den Kampf um den freien Kunden ... zu verhindern, auszuschließen, und damit eine der wesentlichen Voraussetzungen des freien Marktes zu beseitigen*“, sei nicht nur volkswirtschaftlich schädlich sondern per se ein Verstoß gegen § 1 UWG. Richtschnur für Entscheidungen zu § 1 UWG müsse das Postulat des zu bewahrenden und zu schützenden freien Wettbewerbs sein. Es könne jedoch Gründe geben, die auch Boykottmaßnahmen rechtfertigen könnten (zB gegenüber einem unzuverlässigen Geschäftspartner).

In den folgenden E zu Boykottmaßnahmen oder Liefersperren berücksichtigten die Gerichte immer, ob durch die jeweiligen Maßnahmen tatsächlich die wirtschaftliche Existenz des Wettbewerbers gefährdet werden konnte.<sup>347</sup>

Die RSp des OGH zum Boykott änderte sich nach dem 2. Weltkrieg nicht.<sup>348</sup>

In den 1960er Jahren setzten Bemühungen ein, den OGH zu bewegen, die Grundsätze dieser RSp zu überdenken. In einem Verfahren, das in letzter Instanz vom OGH zu entscheiden war,

<sup>345</sup> Bemerkung zu derselben E, JBl 1931, 194.

<sup>346</sup> Wettbewerb und Existenvernichtung.

<sup>347</sup> ZB: E OGH 15.1.1930, JBl 1930, 126, Es lag ein Fall vor, bei dem offenbar die wirtschaftliche Vernichtung des gesperrten Unternehmens drohte. Eine Krankenkasse strich einen Optiker aus der Liste von Optikern, die auf der Rückseite von Verschreibungen als Vertragsoptiker angegeben waren, weil dessen Angestellte bei einer anderen Krankenversicherung versichert wurden. Der OGH stützte seine E, dass ein solches Verhalten sittenwidrig nach § 1 UWG sei, darauf, dass unzulässiger Zwang ausgeübt wurde und vor allem darauf, dass durch die auffällige Streichung des Klägers aus der weit verteilten Liste, der geschäftliche Ruf des Klägers mit dem Zweck untergraben werde, ihm Kunden abspenstig zu machen.

OLG Wien 1.7.1931, JBl 1932, 177: Die Drohung eines Fischhändlers, der eine Monopolstellung für die Lieferung von Fogoschfischen besaß, einen anderen Händler nur dann mit anderen Fischgattungen zu beliefern, wenn er auch Fogoschware beziehe, fällt nicht unter den Begriff einer nach § 1 sittenwidrigen Belieferungssperre. Es läge keine Bedrohung der Existenz des anderen Fischhändlers vor, sondern eine bloße Wahrnehmung der eigenen Interessen, die trotz der Monopolstellung statthaft sei. OGH 20.10.1932, RSp 1933, 86 mit Besprechung von Seiller wird der Entzug von Aufführungsrechten durch einen Musikschutzverband dann als zulässig und nicht sittenwidrig bezeichnet, wenn vom Boykottierten mehrmals „*in straffälliger Weise*“ in die Rechte der Monopolinhaber eingegriffen wurde.

<sup>348</sup> ÖBl 1952, 38 der Boykott ist im Allgemeinen zulässig und nur im Einzelfall wegen der dabei angewandten Mittel oder des angestrebten Zweckes unerlaubt. Gegen die guten Sitten verstößt der Boykott dann, wenn jene Grenzen überschritten werden, die zur Aufrechterhaltung eines guten sozialen Zustandes gezogen werden müssen (Ehrenzweig, II/1, § 396).

wies die Klägerin darauf hin, dass die Rechtsauffassung, Boykottmaßnahmen und die Sicherung ausschließlicher Bezugsrechte an sich noch nicht sittenwidrig seien, längst überholt sei und berief sich dazu auf Baumbach / Hefermehl.<sup>349</sup>

Der OGH bemerkte in seiner E 15.11.1966<sup>350</sup> zu diesem Vorbringen lapidar, dass die Klägerin übersehe, „*daß sich die genannten Autoren mit ihren Darlegungen im Gegensatz zur herrschenden österreichischen RSp befinden.*“ Nach stRSp des OGH verstoße die Androhung und Durchführung einer Belieferungssperre nur dann gegen § 1 UWG, wenn der Zweck auf wirtschaftliche Vernichtung des Mitbewerbers gerichtet sei, also eine durch wirtschaftliche Erwägungen nicht zu rechtfertigende Schädigungsabsicht vorläge, oder wenn die Mittel, durch die der Ausdehnung des Absatzgebietes des Mitbewerbers entgegengetreten werden sollte, unlauter oder unerlaubt seien. Der OGH sah keinen Anlass, im vorliegenden Fall von dieser Rechtsauffassung abzugehen, da keineswegs jeder Boykott oder jede Bezugsbehinderung den lautereren Wettbewerb ausschließe.<sup>351</sup>

Diese Entscheidungslinie wurde mit der E 8.2.1967<sup>352</sup> weiter verfolgt. Der OGH stellte fest, dass Boykott oder Liefersperre zur Verteidigung eines erlaubten Kartelles zulässig seien, wenn nicht die wirtschaftliche Vernichtung des Wettbewerbers Ziel oder Zweck der Handlung sei.<sup>353</sup> Zusätzlich wurde in dieser E als obiter dictum angefügt, dass auch eine Liefersperre mit minderem Wirkungsgrad (die Liefersperre hatte nur eine Minderung des Verdienstes zur Folge und bedrohte die wirtschaftliche Existenz nicht) nur dann zulässig sei, „*wenn sie durch das Verhalten des Gegners gerechtfertigt ist*“.

Im Zusammenhang mit der RSp zum Boykott sollen zuletzt zwei E hervorgehoben werden, die den Maßstab der Sittenwidrigkeit von Boykottvereinbarungen auf Maßnahmen von ärztlichen Standesorganisationen anwenden und insofern Sonderfälle darstellen, als es dabei um den Versuch der Ausübung von Verbandszwang gegen Mitglieder ging.<sup>354</sup> Wesentliches Ergebnis dieser E ist, dass auch bei Ausübung von Verbandszwang die Grenze des sittenwidrigen Boykotts nicht überschritten werden dürfe.

*„Der OGH beurteilt den von einer privaten Organisation erreichten Ausschluß jener Standesgenossen, denen die Aufnahme in diese Organisation verweigert wird, von der Betätigung als Kassenärzte dann als sittenwidrig, wenn die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen einer Gruppe von Standesgenossen so weit geht, daß dadurch im Weg einer vertraglichen Verpflichtung des Vertragsgegners den anderen Standesgenossen die wirtschaftliche Existenz unterbunden oder wenigstens unbillig in argem Maß erschwert wird.“*

Wie bereits festgestellt, zeigt die Judikatur zu Boykott und Liefersperre ein sehr einheitliches Bild. Die volkswirtschaftlichen Grundanschauungen haben sich auch nach dem 2. WK prak-

<sup>349</sup> Wettbewerbsrecht, 143 und 361.

<sup>350</sup> ÖBI 1967, 34.

<sup>351</sup> Auch im 2. Rechtsgang des Falles blieb der OGH bei dieser Ansicht - ÖBI 1967, 34.

<sup>352</sup> ÖBI 1968, 4.

<sup>353</sup> In diesem Sinn auch ÖBI 1961, 22; ÖBI 1974, 105; ÖBI 1975, 109.

<sup>354</sup> OGH 5.11.1929, JBl 1930, 8; OGH 1.9.1933, SZ 15/172 = JBl 411; ähnlich auch OGH 15.1.1930, JBl 1930, 126 in Bezug auf einen Optiker.

tisch nicht gewandelt. Boykott wird als grundsätzlich zulässig angesehen. Eine Verletzung des § 1 UWG kann nur dann eintreten, wenn Zweck oder Mittel des Boykotts oder der Liefersperre sittenwidrig sind. Das ist vor allem dann der Fall, wenn Zweck oder Mittel der Maßnahmen auf wirtschaftliche Existenzvernichtung oder wesentliche, dieser Vernichtung gleichzuhaltende Existenzerschwerung ausgerichtet sind. Demgegenüber wird Boykott oder Liefersperre jedenfalls dann als nicht sittenwidrig angesehen, wenn diese Maßnahmen durch wirtschaftliche Unzuverlässigkeit des Betroffenen oder andere in dessen Bereich liegende, gerechtfertigte Gründe verursacht wurden.

#### **2.4.2.4 Rechtsprechung zu verschiedenen anderen Arten der Wettbewerbsbehinderung**

In der E OGH 24.3.1954<sup>355</sup> entschied der OGH einen Fall, in dem der Betreiber eines Strombades seinem Kantinenpächter Gebietsschutz für den Bereich seiner Badeanlage gewährte. Der Badbetreiber untersagte einem anderen Gewerbetreibenden das Betreten des Badegeländes, um den im Gelände des Strombades Badehütten Besitzenden Waren zu liefern. Der OGH entschied, dass der Betreiber des Strombades den Besitzern der in der Rechtsform des Superädifikats errichteten Badehütten nicht untersagen dürfe, Besucher zu empfangen. Gegenüber dem einzelnen Badehüttenbesitzer wäre ein Verbot, eine Ware zur Badehütte zu liefern, jedenfalls vertragswidrig. Weiter führte der OGH aus:

*„Wenn dieses Verbot aber in einem bestimmten Fall, wie dem des Klägers, gegenüber allen von ihm belieferten Hüttenbesitzern ausgesprochen wird, dann ist es auch sittenwidrig, wenn es zu dem Zwecke erfolgt, die Konkurrenz des Klägers gegenüber dem im Bade befindlichen Gasthauspächter auszuschalten... werden die Hüttenbesitzer gezwungen, bei diesem Pächter ihren Bedarf zu decken, wenn sie nicht vorziehen, die Ware selbst in das Bad zu tragen, was insbesondere den anwesenden körperbehinderten Hüttenbesitzern nicht zugemutet werden kann. Dadurch ist dem Gasthauspächter aber geradezu ein Verkaufsmonopol eingeräumt und es werden die Hüttenbesitzer in ihrem Recht auf freien Einkauf beschränkt. Ebenso wird dadurch auch der Kläger in der freien Ausübung seines Gewerbes beschränkt. Das Verbot stellt sich daher als eine im Geschäftsverkehr zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommene Handlung dar, die auch dann, wenn sie nicht von dem Konkurrenten selbst, sondern von einem Dritten ausgeht, gegen die guten Sitten verstößt, sodaß dadurch seitens der beklagten Partei auch gegen § 1 UWG verstoßen wird.“*

Als obiter dictum führte der OGH seine Begründung mit einem Verweis auf gewerberechtliche Vorschriften fort:

*"Dies allerdings mit der Einschränkung, daß der Zutritt nur zum Zwecke der Zustellung bestellter Waren zu gewähren ist, weil das Sammeln von Bestellungen eine Überschreitung der Gewerbebefugnis wäre, was die Beklagte nicht dulden mußte."*

Es soll hier, wie schon bei anderen referierten Urteilen davon abgesehen werden, die E einer inhaltlichen Kritik zu unterziehen, wie lohnend dieses Unternehmen auch wäre. Hier ist nur

---

<sup>355</sup> SZ 27/78 = ÖBl 1954, 30; weitere E zu Gebietsschutz: 15.11.1966 ÖBl 1967, 34; ÖBl 1974, 84.

wesentlich, dass der OGH im Rahmen der Beurteilung des § 1 UWG aus Gründen des freien Wettbewerbs, der Gewerbeausübung im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten und aus Gründen des Konsumentenschutzes (Schutz der Badehüttenbesitzer vor der Preisgestaltung eines Monopolisten) eine, sicherlich als Sonderfall zu wertenden Gebietsschutzregelung, als Verstoß gegen § 1 UWG bewertet hat.

Die E OGH 30.11.1976<sup>356</sup> und 14.10. 1980<sup>357</sup> versuchen den Begriff eines nach § 1 UWG sittenwidrigen Behinderungswettbewerbes herauszuarbeiten. Der OGH fasste in der E 14.10.1980 die Grundsätze dieser RSp so zusammen:

*„Die Grundsätze dieser E lassen sich dahin zusammenfassen, daß nicht jeder den Mitbewerber schädigende und verdrängende Wettbewerb bereits sittenwidrig ist; ein solcher sittenwidriger Wettbewerb liegt erst dann vor, wenn ein Unternehmer durch das Mittel der Behinderung des Mitbewerbers zu erreichen sucht, daß dieser seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann. In einem solchen Fall ist die Verdrängung des Mitbewerbers vom Markt nicht eine unvermeidliche begriffswesentliche Folge des Wettbewerbs, sondern im Gegenteil die Folge der Ausschaltung des Mitbewerbers vom Leistungswettbewerb. Ein solches Vorgehen gefährdet sowohl die freie wirtschaftliche Betätigung des Konkurrenten als auch das Bestehen des Wettbewerbs als solchen, welcher durch § 1 UWG im Interesse der Gesamtheit der Mitbewerber und der Allgemeinheit geschützt werden soll. Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung des Mitbewerbers dienen, sind daher regelmäßig wettbewerbswidrig. Typische Mittel des Leistungswettbewerbes werden hingegen nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, die den Leistungswettbewerb zum Behinderungswettbewerb machen, unlauter. Ob eine solche Maßnahme noch im Rahmen des Zulässigen liegt oder sittenwidrige Behinderung ist, muß nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Sittenwidriger Behinderungswettbewerb liegt nicht nur dann vor, wenn die beanstandeten Maßnahmen ausschließlich auf die Schädigung oder Vernichtung der Mitbewerber gerichtet sind; es genügt vielmehr, daß eine an sich dem Begriff des Leistungswettbewerbes zu unterstellende Wettbewerbshandlung durch das Hinzutreten besonderer Umstände im Einzelfall zu einer unmittelbar gegen den Konkurrenten gerichteten Behinderungsmaßnahme wird, die es dem Mitbewerber unangemessen erschwert, wenn nicht überhaupt unmöglich macht, seine Leistung auf dem Markt entsprechend zur Geltung zu bringen, und auf diese Weise einen echten Leistungsvergleich für die Zukunft ausschließt.“ Und weiter: "Entscheidend ist, daß das Vorgehen der Beklagten verhindert oder es zumindest in unangemessener Weise erschwert, daß Mitbewerber mit ihren Erzeugnissen Gelegenheit erhalten, auf dem Markt Fuß zu fassen und dort in den freien Wettbewerb mit den Erzeugnissen der steirischen Brauereien zu treten. Wenn sich dieses Verhalten auch nicht auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt, sondern auf die Steiermark beschränkt, erfaßt es doch den gesamten Absatz der Mitbewerber für ein Bundesland, so daß diese Maßnahmen für den Absatz der Kl, welche ihren Standort in Graz hat, von schwerwiegender wirtschaftlicher Bedeutung sind.“*

Diese E enthalten bedeutende Aussagen zum Behinderungswettbewerb, der als sittenwidrig bereits dann gewertet wird, wenn der Mitbewerber gehindert oder es für ihn erschwert wird,

<sup>356</sup> SZ 49/146 = ÖBl 1977, 93 - Umsatzbonus.

<sup>357</sup> ÖBl 1981, 47 Brauerei - Rabattsystem.

„seine Leistung auf dem Markt entsprechend zur Geltung zu bringen“ und auf diese Weise ein echter Leistungsvergleich für die Zukunft ausgeschlossen wird. Es wurden somit in der RSp des OGH zum Behinderungswettbewerb strengere Maßstäbe angewandt als in der RSp zum Boykott oder zur Liefersperre. Zu erklären ist dies wohl aus einer sich im Zeitablauf einstellende Änderung der volkswirtschaftlichen Sicht von Wettbewerbsbeschränkungen. Die zuletzt zitierten Entscheidungen zum Behinderungswettbewerb sind jüngeren Datums als die zuvor behandelten E zum Boykott.

Zum Kontrahierungszwang des Monopolisten stand der OGH auf dem Standpunkt, dass die Verweigerung eines Vertragsabschlusses nur dann gegen die guten Sitten im Sinn des § 1 UWG verstößt, wenn der Kontrahierungszwang gesetzlich vorgeschrieben ist oder wenn es sich um Bedarfsgüter des täglichen Lebens handelt.<sup>358, 359</sup>

In einer E, die zum Teil auch der RSp zur Liefersperre zugerechnet werden kann<sup>360</sup>, sprach der OGH in Bezug auf einen gesetzlichen Monopolisten im Milchvertrieb aus, dass aus der Tatsache eines gesetzlich eingeräumten Monopols sich die Verpflichtung ergäbe, alle Detailbetriebe in gleicher Weise zu berücksichtigen, sofern nicht besondere Umstände vorlägen, die eine Differenzierung rechtfertigten.

#### **2.4.2.5 Kartelle und Sittenwidrigkeit gem § 1 UWG**

Zu den ersten Wettbewerbshandlungen, die nach § 1 UWG zu beurteilen waren, gehörten bereits Verhaltensweisen von Kartellen. Meist hatten die Kartelle Boykottmaßnahmen, Liefersperrungen und ähnliche Vereinbarungen durchgeführt.

In der E OGH 9.10.1934<sup>361</sup> wurde eine Praktik, Unternehmen, mit der die Beklagte bisher zusammenarbeitete vor die Wahl zu stellen, entweder mit ihr, aber nicht mit dem Kl oder mit dem Kl, aber dann nicht mit ihr zusammenzuarbeiten, nicht als sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG angesehen. Zur Begründung bezog sich der OGH auf § 4 KoalG, der eine solche Praktik zulasse. Der in der Entscheidungsveröffentlichung nur fragmentarisch wiedergegebene Inhalt dieser E<sup>362</sup> endet mit der Aussage: „...im Namen der Allgemeinheit aufzutreten, und deren angebliche Rechte auf den Bezug einer vom Kläger herausgegebenen billigeren Radiozeitschrift zu verteidigen, ist der Kläger nicht befugt.“ Daraus könnte man ableiten, dass der Kl auch vorbrachte, die Handlung des Beklagten verstoße deswegen gegen § 1 UWG, weil der Zweck des KoalG, möglichst niedrige Preise für die Konsumenten zu gewährleisten, verletzt worden sei.

Nebenbei wurde das Problem der Sittenwidrigkeit von kartellierten Preisen auch in der E OGH 4.4.1929<sup>363</sup> behandelt. Auch diese E erging noch unter Geltung des KoalG 1870. Der OGH stellte fest, dass

<sup>358</sup> OGH 5.7.1960, ÖBl 1961, 24.

<sup>359</sup> OGH 4.4.1929 JBl 1929, 186 = RSp 1929/404; 1.7.1931 JBl 1931, 3 und 177; 5.7.1960 ÖBl 1961, 24; 29.2.1956 ÖBl 1956, 41; 5.7.1960, ÖBl 1961, 24; ÖBl 1989, 19.

<sup>360</sup> OGH 29.2.1956 ÖBl 1956, 42.

<sup>361</sup> JBl 1934, 456.

<sup>362</sup> JBl 1934, 456 aber auch RSp 1934/456, wo von derselben E berichtet wird, ist nicht klarer.

<sup>363</sup> JBl 1929, 286 = RSp 1929/306 mit einer Bemerkung von Adler.

*„Kartelle, wenn sie die Erhöhung der Warenpreise nicht bezwecken, nicht sittenwidrig sind, ..., wenn sie hiefür dem Publikum andere Vorteile geben oder dahin zielen, der Schleuderkonkurrenz die Spitze zu bieten, um dadurch die volkswirtschaftlichen Bedingungen für den Fortbestand eines für die Allgemeinheit notwendigen Industriezweiges zu schaffen.*

*Ist die vertragsmäßige Preisbildung selbst statthaft, so kann auch gegen die deren Durchführung dienenden Mittel des Kontrollsystems und der Aussperrung der vertragsuntreuen Abnehmer, bis sie sich der Preisbestimmung fügen, keine Einwendung erhoben werden.“*

Der OGH sah auch nach dem 2. Weltkrieg keinen Grund, direkte allgemeine Aussagen zur Beurteilung von Verhaltensweisen, die sowohl nach dem UWG als auch nach dem neuen Kartellrecht beurteilt werden konnten, zu treffen. Aus verschiedenen Urteilen können jedoch Schlüsse auf die Einstellung des OGH zur Frage, wann wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Kartellen sittenwidrig sind, bzw wann die Verletzung von Kartellverpflichtungen sittenwidrig nach dem UWG ist, gezogen werden.

Das Unterbieten von kartellierten Preisen wurde zB in der E OGH 27.4.1965<sup>364</sup> als grundsätzlich sittenwidrig vorausgesetzt. Nur dann, wenn die Lückenlosigkeit der Preisbindung einer kartellierten Ware nicht mehr gegeben sei, weil ihre Durchbrechung offenbar so weitreichend erfolgte, dass sie nicht mehr mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln verfolgt werden konnte, wurde die Verletzung von Preisbindungsvereinbarungen als nicht sittenwidrig bezeichnet.

In der E OGH 9.5.1967.<sup>365</sup> wurde ausgesprochen, dass ein Nachlass zu einem eingetragenen Kartellpreis nicht nur kartellvertragswidrig, sondern auch unlauter und sittenwidrig iS des § 1 UWG sei.

In der E OGH 19.5.1981<sup>366</sup> musste eine wettbewerbsrechtlich interessante Frage nicht beantwortet werden, weil mangelnde aktive Klagslegitimation des klagenden Kartellbevollmächtigten festgestellt wurde. Nämlich die Frage, ob ein kartellierter Preis bewirken könne, dass auch die Preisgestaltung eines Wettbewerbers, der nicht dem Kartell angehörte, sittenwidrig iS des § 1 UWG sein könnte, wenn er den kartellierten Preis nicht respektierte.

Nur als obiter dictum stellte der OGH fest:

*„Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß jeder Mitbewerber, soweit keine gesetzliche oder vertragliche Preisbindung besteht, seine Ware so billig abgeben darf, wie er will. Nur unter besonderen Umständen ist das Unterbieten der Preise der Mitbewerber sittenwidrig iS des § 1 UWG (OGH 30.11.1976, 4 Ob 386/76 - 2000 S billiger als jede Konkurrenz - ÖBl 1977, 118; 19.2.1980, 4 Ob 303/80 - Fotoartikel-Preisschleudern - ÖBl 1980, 67 ua). Ob und in welchem Ausmaß sogenannte Außenseiter an Preisvereinbarungen anderer oder an bloße Preisempfehlungen der Hersteller - vor allem bei Markenartikeln - gebunden sind, ist umstritten (vgl dazu Hohenecker - Friedl, Wettbewerbsrecht 79; Baumbach - Hefermehl, Wettbe-*

---

<sup>364</sup> ÖBl 1965, 92.

<sup>365</sup> Schönherr/Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>2</sup> (1968), 85 (Elektrogerätekartell).

<sup>366</sup> ÖBl 1981, 157 - Marktregelungsvertrag Schi und die Praxis des PA.

werbsrecht<sup>13</sup>, 830 f; auch Koppensteiner, Wettbewerbsrecht 471 f) . Während die E des OGH 18.12.1957, 3 Ob 97/55 JBl 1958, 272 eine solche Bindung mit ausführlicher Begründung verneint hat, vertrat die E 30.1.1973, 4 Ob 302/73 - Reverssystem - JBl 1974, 43 (mit abl Besprechung von Koziol = ÖBl 1973, 52,) die gegenteilige Auffassung.“

In der E OGH 18.5.1982 <sup>367</sup> wurde entschieden, dass ein Verstoß gegen § 46 Abs 1 KartG 1972 nicht per se ein Verstoß gegen § 1 UWG sei. Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung sei nicht ex lege verboten, sondern müsse erst auf Antrag einer Partei verboten werden. Sonderkonditionen, die ein Händler vom Erzeuger eine Zeit lang erhalten habe, könne man nicht mit § 1 UWG erzwingen. Der OGH stellte in diesem Fall weiter fest, dass schon wegen der Einhaltung der vom Unterausschuss der Paritätischen Kommission festgelegten Preise durch den Erzeuger, kein Verstoß gegen § 46 KartG 1972 vorläge.

In der E OLG Wien 7.3.1988 <sup>368</sup> wurde jüngst erstmals eine direkte Verknüpfung - Verstoß gegen KartG = Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG hergestellt. Das OLG Wien sprach aus:

*„Im Hinblick darauf, daß das KartG vor allem wettbewerbsregelnden Charakter hat, bewirkt der Verstoß gegen das KartG auch einen Verstoß gegen § 1 UWG.“*

Mit Ausnahme der zuletzt erwähnten E des OLG Wien zeigen alle behandelten E, dass die österreichische Judikatur einen normativen Zusammenhang zwischen kartellrechtlichen Vorschriften und Normen des UWG (besonders § 1 UWG) kaum herstellte.

#### **2.4.2.6 Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Preisschleuderei**

Die RSp zur Sittenwidrigkeit der Preisschleuderei kann in zwei Gruppen geteilt werden:

- Preisschleuderei mit Waren, die nicht Markenartikel sind und
- Preisschleuderei mit Markenartikeln.

Bei beiden Gruppen sind im historischen Überblick auch E der Preisschleuderei-Schiedsstellen zu berücksichtigen. Eine Sondergruppe stellen jene E der Preisschleuderei-Schiedsstellen dar, die Waren betrafen, die nach der GewO 1934 einer Preisregelung durch Verbände oder Genossenschaften unterlagen.

##### 2.4.2.6.1 Preisschleuderei mit Waren, die nicht Markenartikel waren

Den ersten Versuch, die Preisgestaltung von Unternehmen im Hinblick auf eine mögliche Sittenwidrigkeit hin zu untersuchen, unternahm der OGH in der E 19.10.1927 <sup>369</sup>. Ein Unternehmen äußerte gegenüber potentiellen Kunden, jedenfalls um 20 % billiger als seine Konkurrenten zu arbeiten. Dieses Verhalten wurde im Hinblick auf §§ 1 und 7 UWG untersucht. Die Entscheidung enthält jedoch keine allgemeinen Aussagen zu dem Problem, wann eine Preisunterbietung gem § 1 UWG sittenwidrig ist, da offenbar entsprechende Vorbringen fehl-

---

<sup>367</sup> ÖBl 1983, 73.

<sup>368</sup> ÖBl 1989, 23 mit einer kritischen Bemerkung von Barfuß.

<sup>369</sup> SZ 9/284 = JBl 1928, 176; Zimmler. Die drei neuesten Gesetze auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, JBl 1934, 466 (468).

ten. Der OGH zog nur in Erwägung, dass eine Preisunterbietung sittenwidrig sein könnte, wenn derjenige, der die Preise unterbietet, minderwertige Waren verwende oder wenn er nur bei einzelnen Kunden tatsächlich die Preise unterbiete, dann aber wieder entsprechende Aufschläge verrechne.

In der E OGH 23.1.1929<sup>370</sup> sprach der OGH aus, dass auch ein Verkauf unter dem Einstandspreis ein erlaubtes Mittel des Wettbewerbes sei, wenn nicht ein Lockvogelangebot bezweckt und durchgeführt wird.

Bereits mit diesen ersten E des OGH war die grundsätzlich noch immer herrschende RSp festgeschrieben. Preisunterbietungen oder auch ein Verkauf unter dem Einstandspreis sind nach dieser RSp nur dann sittenwidrig, wenn die Preisfestsetzung gesetzwidrig war oder wenn anlässlich der Preisfestsetzung ein anderes iS des § 1 UWG sittenwidriges Verhalten gesetzt wurde.

Diese RSp wurde auch von der Preisschleuderei-Schiedsstelle übernommen. Nach der E PS Wien 1.3.1935<sup>371</sup> ist das einfache Preisunterbieten nicht sittenwidrig. Erst wenn andere Verhaltensweisen dazu träten, etwa ein planmäßiges Unterschreiten von kollektivvertraglich vereinbarten Mindestlöhnen im Unternehmen des Beklagten, um entsprechende Kostenvorteile im Wettbewerb zu erwerben, könne Sittenwidrigkeit vorliegen. Die im Rahmen der gesetzlichen Pflichten erfolgende Ausnützung der Arbeitsmarktlage zur Kostensenkung und Preisenkung wurde in der E PS Wien 25.3.1935<sup>372</sup> ausdrücklich für nicht sittenwidrig erachtet. Als sittenwidrig wurde hingegen die wahrheitswidrige Anpreisung einer Unterbietung der üblichen Preise bewertet (PS Wien 6.3.1935<sup>373</sup>).

Unter Einfluss der wirtschaftspolitischen Anschauungen des Ständestaates und damit der GewO 1934 entschied die Preisschleuderei-Schiedsstelle Wien aber auch, dass die Unterbietung von Preisen, die von der Mehrheit der Marktteilnehmer verlangt werden, sittenwidrig sei.<sup>374</sup> Zimmler<sup>375</sup> kritisierte diese E vor allem mit kartellpolitischen Argumenten:

*„Wäre die obige Entscheidung im Recht, so müsste jede Unterbietung der von einem Kartell, dem die Mehrzahl der Branchegenossen (kommt hier nur die Zahl oder auch die Bedeutung in Betracht?) angehört, vorgeschriebenen Preise - übrigens auch jede andere Nichtbefolgung der ihm zugrunde liegenden Vereinbarungen - durch einen Außenseiter um deswillen als sittenwidrig gelten. Es hätten also viele Kartelle dadurch den Charakter und die Wirkungen von Zwangskartellen? Ein offenbar absurde Ergebnis.“*

In der E PS Graz 4.10.1935<sup>376</sup> stellte die Preisschleuderei-Schiedsstelle fest, sittenwidrige Preiserstellung liege nur dann vor, wenn „ein Unternehmer seine Leistung zu einem Preis

---

<sup>370</sup> JBI 1929, 145; Zimmler. Die drei neuesten Gesetze auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, JBI 1934,466 (468).

<sup>371</sup> JBI 1935, 151.

<sup>372</sup> JBI 1935, 214.

<sup>373</sup> JBI 1935, 415.

<sup>374</sup> JBI 1935, 238.

<sup>375</sup> JBI 1935, 239.

<sup>376</sup> JBI 1935, 459.

*anbietet, der seine Kosten nicht decken würde und den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht.“* Das lag aber nach dieser E im konkreten Fall nicht vor.

Einen anderen Maßstab erwog die Preisschleuderei-Schiedsstelle Graz in der E PS Graz 27.9.1935<sup>377</sup>. Es käme nicht auf die Unterschreitung der Selbstkosten in einzelnen Unternehmen an, sondern „auf die Kalkulation, die einem realen Kaufmann eine Existenzmöglichkeit bietet“.

In der E PS Wien 14.3.1935<sup>378</sup> entschied die Preisschleuderei-Schiedsstelle Wien, dass Preisschleuderei nicht vorläge, wenn ein Händler unter den vom Fabrikanten einseitig vorgeschriebenen Richtpreisen verkaufe, deren Einhaltung weder durch Vertrag, noch durch ein Kontrollsystem gesichert sei.<sup>379</sup>

Der Vorwurf der Preisschleuderei durch Verkauf bestimmter Waren unter dem Einstandspreis wurde wieder in der E OGH 19.2.1980<sup>380</sup> auf etwaige Sittenwidrigkeiten nach § 1 UWG hin untersucht. Der OGH lehnte aber wie schon in der E 22.1.1971<sup>381</sup> eine Sittenwidrigkeit eines solchen Verhaltens ab. Bei Fehlen einer gesetzlichen oder vertraglichen Preisbindung sei der Gewerbetreibende in seiner Preisentscheidung frei. Nur wenn andere Mittel oder Zwecke (etwa Vernichtungswettbewerb, Gläubigerschädigung durch Vermögensverschleuderung oder Kundentäuschung) zu der Preisunterbietung hinzutreten, könne der Verkauf unter dem Einstandspreis sittenwidrig sein.<sup>382</sup> Preisschleudern könne weiters dann sittenwidrig sein, wenn keine wirtschaftlichen Erwägungen dafür maßgeblich seien, sondern nur das Bestreben vorherrsche, auf jeden Fall billigere Preise zu verlangen als Mitbewerber.<sup>383</sup>

#### 2.4.2.6.2 Preisschleuderei mit Markenartikeln

Bereits die erste E zur Frage der Unterbietung von Markenartikelpreisen bei eingeführtem Reverssystem enthält alle wesentlichen Probleme dieser Entscheidungsgruppe und begründete eine RSp, die bis vor kurzem aufrechterhalten wurde.

Der OGH meinte in seiner E 4.4.1929<sup>384</sup> zwar, dass das Preisschleudern mit Markenartikeln durch Außenseiter jedenfalls den guten Sitten widerspräche, ließ aber dann erkennen, dass dies nur dann gelten solle, wenn der Erzeuger dieser Markenartikel ein lückenloses System für die Einhaltung der Preise geschaffen habe. In einer Bemerkung zu dieser E kritisierte Adler<sup>385</sup> die Aussage, das Unterbieten von Preisen von Markenartikeln durch einen Außenseiter sei jedenfalls sittenwidrig, bejaht aber das vom RG übernommene Argument, die Sittenwidrigkeit bestünde in der bewussten Ausnützung des fremden Vertragsbruches, das bereits in der

---

<sup>377</sup> JBI 1935, 478.

<sup>378</sup> JBI 1935, 260.

<sup>379</sup> Vgl auch JBI 1958, 272 - diese E betraf aber Markenartikel.

<sup>380</sup> ÖBI 198, 67 - Fotoartikel-Preisschleuderei.

<sup>381</sup> ÖBI 1972, 33 - Bundestheaterprogramme.

<sup>382</sup> Ebenso zB OGH 29.9.1986 MR 1986, 19 - Mobilheim.

<sup>383</sup> OGH 19.2.1980, ÖBI 1980, 67 und 29.9.1986, MR 1986, 134.

<sup>384</sup> RSp 1929/306 = JBI 1929, 286.

<sup>385</sup> RSp 1929, 169.

E des RG 26.10.1928<sup>386</sup> zum Ausdruck gekommen wäre.<sup>387</sup>

Die E der Preisschleuderei-Schiedsstellen brachten keine Änderung dieser Rechtsprechungspraxis. Die von der hRSp abweichende E PS Wien 22.3.1935<sup>388</sup> ist wohl als Einzelfall zu beurteilen. Die PS Wien entschied, dass es nicht sittenwidrig sei, wenn ein Außenseiter gegen eine mit einem funktionierenden Reverssystem abgesicherte Preisbindung für Markenartikel verstieß. Das Argument, der Außenseiter wäre schon seit 7 Monaten vom Bezug der stark nachgefragten Ware ausgeschlossen, wurde dafür als Begründung verwendet.

Anders wurde in der E PS Wien 15.3.1935<sup>389</sup> entschieden. Ohne die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems, das von Markenartikelherstellern errichtet wurde, zu überprüfen, wurde ein Verstoß gegen diese Preisbindung als sittenwidrig bewertet.

Nach dem Zweiten Weltkrieg verlagerte sich die Diskussion zur Preisschleuderei mit Markenartikeln in Richtung Bindung des Außenseiters an Preis und/oder Vertriebsbindungen.

#### 2.4.2.6.3 Preisfestsetzungen nach der GewO 1934

Der Vollständigkeit halber und vor allem um die deutliche Verbindung zwischen der RSp zu Wettbewerbsnormen und der jeweils herrschenden Wirtschaftspolitik zeigen zu können, seien abschließend zur Fallgruppe Preisschleuderei die E der Preisschleuderei-Schiedsstellen erwähnt, die durch die GewO-Novelle 1934 verursacht wurden.

§ 114 Abs 3 und § 139 GewO 1934 ermächtigten Berufsgenossenschaften oder Verbände unter gewissen Umständen Preise festzusetzen. Die Preisschleuderei-Schiedsstellen qualifizierten das Abweichen von solchen Preisregelungen immer als sittenwidrig.<sup>390</sup>

#### 2.4.2.7 *Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Preis- und/oder Vertriebsbindungen*

Der OGH musste relativ selten Verhaltensweisen von Außenseitern gegenüber Systemen von Preis- und/oder Vertriebsbindungen in Bezug auf deren Sittenwidrigkeit beurteilen. Die vorhandenen E der Nachkriegszeit sind jedoch für die Erforschung der Zwecke der Wettbewerbsgesetze besonders interessant, da in ihnen meist Aussagen zu wirtschaftspolitischen Grundsätzen enthalten sind und oft eine direkte Beziehung zu kartellrechtlichen Tatbeständen besteht.

Die erste hier zu behandelnde E des OGH 18.12.1957<sup>391</sup> ist aufgrund ihres Umfangs und des rechtsvergleichenden Aufwandes eine der auffälligsten E des ganzen Bereichs. Die Klage richtete sich auf Unterlassung des Verkaufs von Markenartikeln unter den vom Erzeuger den Detaillisten empfohlenen Preisen. Der Unterlassungsanspruch wurde damit begründet, dass der Beklagte die Markenartikel, die er sich gegen den Willen der Erzeugerfirma auf Umwe-

<sup>386</sup> Juristische Wochenschrift 1929, 1218.

<sup>387</sup> Vgl auch JBI 1929, 287 ebenso zum ungarischen UWG-RSp 1929/405 mit einer Besprechung von Szente.

<sup>388</sup> JBI 1935, 279 mit einer ablehnenden Besprechung von Zimmler.

<sup>389</sup> JBI 1935, 414; ähnlich PS Wien 14.3.1935 JBI 1935, 415.

<sup>390</sup> JBI 1935, 144; JBI 1935, 306.

<sup>391</sup> JBI 1958, 272.

gen verschafft hatte, zu Schleuderpreisen, dh, ohne sich an die den Detaillisten empfohlenen Verkaufspreise zu halten, verkaufte. Der Kläger behauptete, dass das ausschließlich zu dem Zweck erfolge, um Kunden in andere Abteilungen seines Kaufhauses zu locken was sittenwidrig sei und daher gegen § 1 UWG verstoße.

Das Erstgericht war der Ansicht, dass Preisunterbietungen grundsätzlich nur dann sittenwidrig seien, wenn eine rechtswirksame Preisbindung bestünde. Wären die Möglichkeiten des damals geltenden KartellG 1951 (§ 12 Abs 3, § 23 KartG 1951) zur Registrierung von Preisbindungen nicht ergriffen worden, könne die Preisempfehlung an Detaillisten nicht via § 1 UWG für verbindlich erklärt werden. Eine Preissenkung, die den Konsumenten zu Gute komme, könne nicht an sich sittenwidrig sein.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil wegen Mangelhaftigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO) unter Rechtskraftvorbehalt auf. Es müsse erst erforscht werden, ob das an sich zulässige Preisunterbieten nicht zu sittenwidrigen Praktiken ausgenützt werde.<sup>392</sup> Gegen diesen Aufhebungsbeschluss richtete sich der Rekurs der beklagten Partei.

Der OGH begann die Begründung seiner E mit umfangreichen rechtsvergleichenden Untersuchungen über die Bindung des Außenseiters an Preisbindungen. Sie endete mit dem Ergebnis, dass international gesehen, die Einstellung über die Zulässigkeit von Preisbindungen überhaupt und die Bindung von Außenseitern an diese schwankend sei und wohl von den jeweiligen wirtschaftspolitischen Anschauungen abhinge. Zum österreichischen Recht führte der OGH aus:

*„Das österreichische Recht beruht auf dem Grundsatz, daß jeder Kaufmann nach eigenem kaufmännischen Ermessen seine Preise festzusetzen berechtigt ist. Die staatliche Wirtschaftspolitik entscheidet allein darüber, ob von diesem Grundsatz Ausnahmen zugelassen werden können. Eine solche Ausnahme galt in Österreich in den Dreißigerjahren, in denen die Genossenschaften berechtigt waren, Höchst- und Mindestpreise festzusetzen, aber heute nicht mehr. War damals eine solche Preisverordnung im Sinne des § 114 lit i GewO erlassen worden, so war sie für jeden der Genossenschaft Angehörigen verbindlich. Er machte sich einer unlauteren Wettbewerbshandlung schuldig, wenn er sich über dieses Verbot hinwegsetzte. Ähnliches gilt auch heute noch, wenn ein durch einen Kollektivvertrag oder eine Satzung verpflichteter Dienstnehmer die kollektivvertraglichen (gesetzten) Löhne unterbietet.“*<sup>393</sup>

Der OGH meinte dann, dass die Sache anders läge, wenn ein Unternehmen nur vertragliche Preisabsprachen treffe. Dritte könnten an solche Absprachen nicht gebunden sein.

*„Dies zuzulassen würde bedeuten, daß jeder Kaufmann, dem es gelingt, ein System vertikaler Preisbindung aufzubauen, berechtigt wäre, die Wirtschaftspolitik des Landes zu dirigieren und den Grundsatz der freien Preisbildung zu unterbinden.“*<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> Das Berufungsgericht stützte sich dabei auf die E 21.5.1952, 2 Ob 54/52 und 4.4.1929 JBl 1929, 296.

<sup>393</sup> JBl 1959, 281.

<sup>394</sup> JBl 1959, 281.

Weiters argumentierte der OGH, eine Preisunterbietung sei auch dann nicht sittenwidrig, wenn sie gegen Preisempfehlungen praktiziert werde. Nur dann seien Preisunterbietungen sittenwidrig, wenn sie zum Zweck geschehen, einen Konkurrenten wirtschaftlich zu vernichten<sup>395</sup>:

*„Es würde das Ende der freien Wirtschaft bedeuten, wenn man die Gerichte für berechtigt erklären sollte, die Einzelpreise eines Kaufmannes auf ihre Rationalität zu prüfen“.*<sup>396</sup>

Da in der Klage weder ein ruinöses Wettbewerbsverhalten, noch die sittenwidrige Praxis Lockartikel anzupreisen, behauptet wurde, wurde vom OGH kein Anlass gesehen, das Ersturteil aufzuheben.<sup>397</sup>

Um diese von der Lehre sehr positiv bewertete E mit den folgenden E korrekt vergleichen zu können, sollen nun die wesentlichen Elemente des Sachverhalts und der rechtlichen Begründung der E 18.12.1957<sup>398</sup> nochmals hervorgehoben werden.

Zu beurteilen war eine bloße Preisempfehlung eines Markenartikelherstellers, die daher ohne Reverssystem durchgeführt wurde. Vollkommen zu Recht stellte das Erstgericht diese Tatsache unter Hinweis auf das damals geltende KartellG<sup>399</sup> an den Beginn seiner rechtlichen Würdigung. Preisbindungen wären nach KartellG 1951 nur bei Schriftlichkeit, Anmeldung, Genehmigung und Registrierung gültig. Sei aber, so schloss das Erstgericht, selbst eine reversmäßige Bindung ohne diese Kautelen nach dem KartellG unwirksam, so könne umso weniger einer bloßen Preisempfehlung Rechtswirksamkeit zukommen. Mit dieser Aussage blieb das Erstgericht vollkommen im Rahmen der alten E zu Preisschleuderei mit Markenartikeln.<sup>400</sup>

Das Berufungsgericht meinte, ebenfalls im Rahmen der alten RSp, es sei noch zu überprüfen, ob neben und im Zusammenhang mit der Preisunterbietung sittenwidrige Verhaltensweisen vorzuwerfen wären.

Der OGH wies mit Recht darauf hin, dass in der ersten Instanz keine Vorbringen erfolgten, die behaupten würden, ein anderes, möglicherweise sittenwidriges Verhalten als die nicht sittenwidrige Unterbietung einer bloßen Preisempfehlung würde vorliegen. Daher entschied der OGH wie die erste Instanz. Alle anderen Ausführungen des OGH betreffen eigentlich nicht den Fall. Die besonders umfangreichen rechtsvergleichenden Ausführungen müssen daher einen anderen, nicht mehr nachvollziehbaren Grund gehabt haben.

Im Fall OGH 30.1.1973<sup>401</sup> war darüber zu entscheiden, ob das Preisunterbieten und Vertreiben von Markenartikeln durch einen Wettbewerber, der an einem Preiskartell nicht beteiligt war, sittenwidrig ist. Ein Erzeuger von Markenartikeln, der mit ca 500 Händlern Preis- und

---

<sup>395</sup> Der OGH bezog sich dabei auf die RSp zum Boykott.

<sup>396</sup> JBl 1958, 282.

<sup>397</sup> Anders wurde diese Frage bei der Preisbindung im Buchhandel gesehen, ÖBl 1985, 153.

<sup>398</sup> JBl 1958, 272.

<sup>399</sup> KartG 1951, BGBl 1951/173.

<sup>400</sup> OGH 4.4.1929 RSp 1929/306 = JBl 1929, 286.

<sup>401</sup> JBl 1974, 43 mit einer ablehnenden Besprechung von Koziol.

Vertriebsabsprachen abgeschlossen hatte und diese mittels Reverssystem bestärkt hatte, beantragte dem Beklagten aufzutragen, den An- und Verkauf der betreffenden Produkte zu unterlassen, in eventu den Verkauf unter den Mindestpreisen und letztlich in eventu das Verbot des Verkaufs unter Gewährung eines 3 % übersteigenden Rabattes zu untersagen.

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren statt, der Beklagte kannte oder hätte die Kartellvereinbarung kennen müssen und sah in der Preisunterbietung durch den Außenseiter eine Sittenwidrigkeit iS des § 1 UWG. Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs teilweise Folge und sprach nur das zweite Eventualbegehren (Verbot des Verkaufs mit mehr als 3 % Rabatt) zu. Die Hauptbegehren wurden abgewiesen, da die praktische Lückenlosigkeit des Reverssystems im Provisorialverfahren nicht als bescheinigt angenommen werden konnte. Der OGH schloss sich der Entscheidung zweiter Instanz mit der Begründung an:

*„Sorgt jedoch der Produzent nicht für eine lückenlose Durchführung des Reverssystems und halten sich die Mitbewerber selbst nicht an die Vereinbarung, dann kann auch dem Außenseiter nicht zugemutet werden, die Vereinbarung zu beachten, denn er darf in seinem wettbewerblichen Verhalten nicht strenger beurteilt werden als die vereinbarungsgebundenen Mitbewerber.“*

Die wesentlichen Unterschiede im Sachverhalt der beiden referierten E, aus denen sich meiner Meinung nach die unterschiedlichen Ergebnisse der Judikatur zwanglos und widerspruchsfrei erklären lassen, liegen auf der Hand: Im ersten Fall wurde eine bloße Preisempfehlung eines Markenartikelproduzenten unterboten (E OGH 18.12.1957<sup>402</sup>). Der OGH entschied in diesem Fall, dass aus dem wettbewerbspolitischen Zweck der §§ 12 Abs 3 und 23 KartG 1951 nur die dort vorgesehene Art der Preisbindung gegen Außenseiter zu schützen und das Unterbieten einer solchen Preisempfehlung nicht sittenwidrig sei. Im zweiten Fall bestand eine kartellrechtlich erlaubte Preisbindung und der OGH entschied, dass bei Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems das Preisunterbieten durch einen Außenseiter in diesem Fall sittenwidrig sein könne.

Ein Widerspruch dieser beiden E ist daher bei Berücksichtigung des unterschiedlichen Sachverhalts nicht vorhanden. Dennoch stellte Koziol in einer ablehnenden Stellungnahme zu dem zweiten Urteil fest, der OGH sei in seinem zweiten Urteil ohne Not von der wohlbegründeten E OGH 18.12.1957 abgegangen und gefährde damit die Rechtssicherheit.<sup>403</sup> Es bestünde eine tiefe Kluft zwischen den beiden E. Ausdrücklich ist hier festzuhalten, dass meine Argumentation nicht auf das Problem der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte<sup>404</sup> eingeht, sondern nur die aus den E des OGH zu Preis- und Vertriebsbindungen zu entnehmenden Aussagen zu den Zwecken des § 1 UWG berücksichtigt.

Die dritte in dieser Reihe zu besprechende E OGH 27.2.1985<sup>405</sup> hatte die Durchbrechung eines vertraglich gesicherten lückenlosen Vertriebsbindungssystems in Bezug auf § 1 UWG hin zu beurteilen. Es betraf die sog „*Grundig-Vertriebsbindung*“, die durch ein umfangreiches Vertragssystem europaweit gesichert und in Bezug auf ihre Entsprechung mit den jeweils

---

<sup>402</sup> JBI 1958, 272.

<sup>403</sup> JBI 1974, 43.

<sup>404</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967), 191 f. GRURInt 1986, 211.

<sup>405</sup> ÖBI 1985,68 = GRURInt 1986, 210 mit einer Besprechung von Kaniak.

anzuwendenden Kartellrechten eingehend überprüft wurde. Der Beklagte, kein Vertragspartner des Erzeugers, versuchte seit langem ein Loch in diesem Vertriebssystem zu finden. Endlich wurden ihm von einem österreichischen Händler ein größerer Posten von Geräten angeboten. Diese Fernsehgeräte wurden vom Beklagten angekauft und zu wesentlich geringeren Preisen, als von den Vertragshändlern verlangt, weiterverkauft. Aufgrund der Fabrikationsnummern konnte der Kläger feststellen, dass diese Geräte in Österreich erzeugt worden waren und über Grundig-Brüssel an einen belgischen Großhändler gingen, der sie einem anderen belgischen Großhändler weiterverkaufte. Dieser hatte die Geräte an ein nicht vertriebsgebundenes österreichisches Unternehmen reexportiert, obwohl er sie nach der Vertriebsbindung nur an einen ebenfalls vertriebsgebundenen Händler innerhalb der EG hätte weiterverkaufen dürfen. In der Klage wurde ua beantragt, mit einstweiliger Verfügung zu untersagen *„Fernseh- und andere Geräte der Marke Grundig anzukünden, zu bewerben und zu verkaufen“*.

Der Sachverhalt ist dem der E OGH 30.1.1973<sup>406</sup> zugrundeliegenden eng verwandt, wenn gleich es in der E OGH 27.2.1985 um eine bloße Vertriebsbindung ging, in der E OGH 30.1.1973 um eine Preis- und Vertriebsbindung. Dementsprechend entschieden die Unterinstanzen im Wesentlichen wie der OGH im vorerwähnten Fall. Der Revisionsrekurs war aber trotzdem im Wesentlichen erfolgreich. Der OGH bezog sich ausdrücklich auf die Kritik Koziols ua an der E OGH 30.1.1973 und erklärte, dass er die vertretene Rechtsauffassung nicht mehr aufrechterhalten könne.

*„Da das bürgerliche Recht schuldrechtlichen Verträgen grundsätzlich keine Drittwirkung zuerkennt, könne unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zwar das aktive Mitwirken an fremdem Vertragsbruch, nicht aber das bloße Ausnützen von Geschäftsmöglichkeiten, die sich infolge fremden Vertragsbruches ergeben, für sich allein als unlauter angesehen werden; um ein solches Verhalten wettbewerbswidrig erscheinen zu lassen, bedürfe es vielmehr bei der Vertriebsbindung – ebenso wie bei der Preisbindung - stets des Hinzutretens besonderer Umstände“* Und: *„Ein Anspruch auf Respektierung der Vertriebsbindung durch vertraglich nicht gebundene Außenseiter besteht nicht und ist vom Standpunkt der Wettbewerbsfreiheit abzulehnen. Dem Dritten, dem es gelingt, die Ware unter Umgehung der bestehenden Vertriebsbindung zu beziehen, kann ihr Verkauf nur dann untersagt werden, wenn er sich die Ware auf einem Weg beschafft hat, der - wie etwa das Verleiten eines gebundenen Händlers zum Vertragsbruch oder das Erschleichen der Belieferung durch Täuschung eines solchen Händlers - als Verstoß gegen die guten Sitten im Geschäftsverkehr angesehen werden muß.“*<sup>407</sup>

Der OGH stellte fest, dass er auch mit dieser RSp in Widerspruch zu Koziol und anderen blieb, aber mit den Grundsätzen, nach denen er die Verletzung von Alleinvertriebsbindungen durch Außenseiter beurteile, mit seiner eigenen RSp in Einklang stehe.<sup>408</sup>

---

<sup>406</sup> JBI 1974,43.

<sup>407</sup> GRURInt 1986,211.

<sup>408</sup> GRURInt 1986, 212.

In der E OGH 16.9.1986<sup>409</sup> verwies der OGH auf die hRSp, nach der nicht nur das Verleiten zu fremdem Vertragsbruch, sondern auch das planmäßige Fördern und Unterstützen eines solchen Vertragsbruches sittenwidrig sei. Er führte seine RSp insofern weiter, als der Umstand, dass durch die Respektierung des fremden Vertrages ein Oligopol oder Monopol entstehen könnte, kein Grund sei, einen Konkurrenten zum Vertragsbruch zu verleiten.

Der E OGH 14.10.1986<sup>410</sup> lag ebenfalls ein Fall der Verleitung zum Vertragsbruch zugrunde. Ein solches Verhalten wurde als sittenwidrig angesehen, auch wenn eine Respektierung des fremden Vertrages durch den nicht beteiligten Dritten rechtlich nicht geboten sei. Der OGH wies in dieser E auf die E Grundig-Vertriebsbindung hin.

In der Klage, die mit E OGH 19.5.1981<sup>411</sup> letztinstanzlich entschieden wurde, wurde vorgebracht, die Unterbietung von Kartellpreisen sei auch dann sittenwidrig, wenn weder ein lückenloses Reverssystem, noch eine Verleitung zum Vertragsbruch nachgewiesen werden könne. Obwohl dieser Teil des Klagebegehren vor allem aus formellen Gründen abgewiesen wurde, wurde vom OGH doch obiter ausgesprochen, dass

*„grundsätzlich davon auszugehen sei, daß jeder Mitbewerber, soweit keine gesetzliche oder vertragliche Preisbindung besteht, seine Ware so billig abgeben darf, wie er will. Nur unter besonderen Umständen ist das Unterbieten der Preise der Mitbewerber sittenwidrig iS des § 1 UWG (OGH 30.11.1976, 4 Ob 386/76 - 2000 S billiger als jede Konkurrenz - ÖBl 1977, 118; OGH 19.2.1980, 4 Ob 303/80 - Fotoartikel-Preisschleudern - ÖBl 1980, 67 ua).“*

Auch in diesem Zusammenhang ist auf den Sonderfall der Preisbindung im Buchhandel hinzuweisen. Der OGH erkannte in der E OGH 2.4.1985<sup>412</sup>, dass die Festsetzung von Ladenpreisen durch den Verleger in Österreich Handelsbrauch sei. Obwohl der OGH bereits ausgesprochen hätte, dass ein Handelsbrauch ohne vertragliche Bindung nicht genüge, um eine Preisunterbietung sittenwidrig zu machen, stellte er aber im Fall der Buchpreisbindung Sittenwidrigkeit deswegen fest, weil eine gesetzliche Interessenvertretung befugtermaßen den bestehenden Handelsbrauch der festen Ladenpreise mitteilte und dessen Nichtbeachtung mit Strafsanktionen bedrohte. Der Wettbewerbsvorsprung, den sich ein Mitgliedsunternehmen durch Nichteinhaltung des Handelsbrauches gegenüber den standestreuen Mitbewerbern verschafft, sei wettbewerbswidrig iS des § 1 UWG.

Zusammenfassend kann zur Fallgruppe „Durchbrechen von Preis- und/oder Vertriebsbindungen durch Außenseiter“ gesagt werden, dass nach der letzten E des OGH das Durchbrechen solcher Systeme nur mehr dann als sittenwidrig angesehen wird, wenn dem Außenseiter ein subjektiv vorwerfbares Verhalten nachweisbar ist, dh wenn Schleichbezug oder Verleitung zum Vertragsbruch vorliegt.

Damit geht die RSp in eine Richtung, die auch bei der Fallgruppe Sittenwidrigkeit durch Gesetzesverletzung festzustellen ist. Sie entfernt sie sich nämlich dabei von Grundsätzen, die

---

<sup>409</sup> ÖBl 1987, 45 – Bezirksjournale.

<sup>410</sup> ÖBl 1987, 17 = MuW 1986, 20 - Guerlain-Depositärvertrag.

<sup>411</sup> ÖBl 1981, 157 - Marktregelungsvertrag Schi.

<sup>412</sup> ÖBl 1985, 153 - Baedekers Reiseführer.

noch in JBl 1958, 272 und JBl 1974, 43 deutlich sind, nämlich die Berücksichtigung der kartellrechtlichen Tatsache einer weitreichenden Publizität genehmigter Vertriebs- und/oder Preisbindungen. Es ist fraglich, ob eine Ausnützung fremden Vertragsbruchs in tatsächlich relevanten Fällen ohne Kollusion überhaupt denkbar ist, wenn die Publizität des Kartellregisters mitberücksichtigt werden würde?

#### 2.4.2.8 Die Rechtsprechung zu § 14 UWG

Das volkswirtschaftliche Ziel des UWG, die Wettbewerbspolitik zu unterstützen, wurde bei den Vorarbeiten zum UWG und in den Materialien zu den UWG-Novellen, besonders durch die Einführung von Verbandsklagen betont.

Erstaunlicherweise findet diese Tatsache in der RSp keine unmittelbare Entsprechung. Die Judikatur zu § 14 UWG hat folgende Schwerpunkte: Die Klagebefugnis der Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmen ist vor allem an deren satzungsmäßigen Aufgabenbereich zu messen.<sup>413</sup> Erforderlich zur Klagslegitimation ist für diese Vereinigungen nach der RSp zusätzlich die auch nur abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung der von der betreffenden Vereinigung vertretenen Interessen.<sup>414</sup> Nicht notwendig ist für solche Vereinigungen nachzuweisen, dass sie tatsächlich Mitglieder hat, die iS des § 14 UWG Mitbewerber des Beklagten sind.<sup>415</sup> Dies wird anhand des Inhalts der jeweiligen Satzung überprüft. Bei Beurteilung der Klagebefugnis des ÖAKT, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und des ÖGB sind noch keine vergleichbaren Überlegungen angestellt worden, obwohl auch deren Berechtigung zur Klagsführung nach § 14 UWG durch die entsprechenden Errichtungsgesetze oder die Vereinssatzung begrenzt wird.<sup>416</sup>

Eine Änderung der RSp zur Klagslegitimation von Vereinen von Unternehmern scheint sich anzubahnen.<sup>417</sup> Bei Beurteilung missbräuchlicher Klagsführung durch sog Klagsvereine (allerdings zu § 12 Abs 1 RabattG aber mit ausdrücklichem Hinweis auf den diesbezüglich gleich zu beurteilenden § 14 UWG) ging der OGH von der abstrakten Beurteilung der Legitimierung durch die Satzung ab und beurteilte die praktische Zielrichtung der klagsführenden Vereinigung als Kriterium für die Klagslegitimation. Der OGH begründete diese Änderung seiner RSp damit, dass der Gesetzgeber (er verwies dazu auf die RV zum UWG 1923.<sup>418</sup>) beabsichtigte, mit Zuerkennung der Klagslegitimation an Vereinigungen und Verbände, *„die als solche nicht unmittelbar von der wettbewerbswidrigen Handlung betroffen sind, zwar der Tatsache Rechnung tragen wollte, daß gewisse Begehungsarten unlauteren Wettbewerbs nicht bloß ein einzelnes Unternehmen beeinträchtigen, sondern gleichzeitig die Interessen aller im Wettbewerb stehenden Unternehmen bedrohen.“*

Abgesehen davon, dass der OGH bei dieser E wohl die Eindämmung der rechtlich und auch

---

<sup>413</sup> ZB ÖBl 1960, 68; ÖBl 1972, 36; ÖBl 1974, 65; ÖBl 1975, 89.

<sup>414</sup> ZB ÖBl 1960, 68 und ausführlich ÖBl 1975, 89.

<sup>415</sup> ZB ÖBl 1960, 11 und 50; ÖBl 1974, 65 und Schönherr in seiner Bemerkung zu ÖBl 1960, 68 (69).

<sup>416</sup> ZB in ÖBl 1983, 127 und ÖBl 1984, 123 hätte eine solche Frage nach der Klagsbefugnis releviert werden können.

<sup>417</sup> OGH 10.12.1985 RdW 1986, 80.

<sup>418</sup> 464 BlgNR 1 GP, 13.

volkswirtschaftlich unerwünschten Praxis der sog Klagsvereine vor Augen hatte, enthält sie einige wertvolle Klarstellungen zur Auslegung des § 14 UWG, die auch hier von Interesse sind.

Die Klagsmöglichkeit von Vereinen wird durch diese neue RSp dadurch beschränkt, dass nicht nur der Inhalt der Satzung zu prüfen ist, sondern auch die tatsächlichen Verhaltensweisen der Vereinigung. Die Überprüfung dieses Faktums soll aber - und dies ist ein wesentlicher Unterschied zur früheren RSp - daran gemessen werden, ob durch die Tätigkeit des Vereins „eine den Zielsetzungen des Gesetzgebers entsprechende Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im Interesse der Wirtschaft gewährleistet und nicht nur im Eigeninteresse des Verbandes oder im Anwaltsinteresse“ erfolge. Diese Zielsetzung sei nach den zitierten Beschlüssen jedenfalls dort gewährleistet, wo entweder nur Unternehmer Mitglieder des Vereins sind oder dem Verein auch „öffentlich-rechtliche Körperschaften oder deren Gremien oder ähnliche Institutionen“ angehörten.

Dh also mit anderen Worten: Der OGH stellte mit dieser E unter ausdrücklichem Hinweis auf die RV zum UWG 1923 fest, dass das wesentliche Wertungskriterium für § 14 UWG die dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im „*Interesse der Wirtschaft*“ sei. Ferner wies er darauf hin, dass - anders als nach deutschem Recht - die Interessen der Konsumenten in Österreich ausschließlich von den in § 14 zweiter Satz UWG genannten Institutionen wahrgenommen werden sollen.<sup>419</sup> Er blieb also bei seiner Ansicht<sup>420</sup>, Vereinigungen iS des § 14 erster Satz UWG könnten keine Verbraucherinteressen geltend machen.

Zusammenfassend lässt sich somit zur Judikatur des OGH zu § 14 UWG im Hinblick auf Aussagen zur Verfolgung volkswirtschaftlicher Interessen durch Unterlassungsklagen sagen, dass der OGH die Klagebefugnis der Vereinigungen nach § 14 erster Satz UWG insoweit eng fasst, als diese nur dann unter Hinweis eines allgemeinen Interesses an Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs klagsberechtigt sind, wenn dies ihre Satzung ermöglicht. Die Prüfung der Statuten erfolgt dabei offenbar nicht, um die Rechtsfähigkeit des Vereines im konkreten Fall festzustellen<sup>421</sup>, sondern in Auslegung der Worte „*die durch die Handlung berührt werden*“ in § 14 UWG. Ein Nachweis, dass konkrete Vereinsmitglieder aus dem satzungsgemäß zu betreuenden Wirtschaftsbereich von den bekämpften Wettbewerbshandlungen betroffen sind, wird von dieser RSp nicht verlangt. Es genügt, wenn eine Betroffenheit durch die konkret zu prüfenden Wettbewerbshandlungen auch nur denkmöglich ist.

Im Gegensatz zu dieser differenzierenden Rechtsprechung zu den Klagsberechtigten gem § 14 erster Satz UWG, sind Überlegungen zu etwaigen Grenzen der Klagebefugnis der in § 14 zweiter Satz UWG genannten Körperschaften und Vereinen von der RSp noch nicht angestellt worden.

---

<sup>419</sup> E OGH 10.12.1985, 4 Ob 382/85 S 18 - dieser Teil der E ist in RdW 1986, 80 nicht veröffentlicht.

<sup>420</sup> ZB ÖBl 1974, 65 - Markenartikelverband.

<sup>421</sup> Aicher, in Rummel, Kommentar<sup>1</sup>, 88.

### 2.4.3 Berücksichtigung der Interessen der Konkurrenten

Die bis jetzt dargestellte Auswahl aus der RSp zum UWG bemüht sich, die wesentlichen Aussagen zu den volkswirtschaftlichen Zwecken des UWG herauszuarbeiten.

Abschließend sei idF jene Entscheidungsgruppe mit einigen Beispielen behandelt, die vor allem den Schutz des einzelnen Konkurrenten gegen unlautere Praktiken eines Wettbewerbers zum Ziel haben. Oft liegen diesen E aber auch Wertungen zugrunde, die den Interessen der gesamten Volkswirtschaft zugerechnet werden können. Ein solches Interesse ist zB jenes zum Schutz der Vertragstreue. Es dient sowohl dem Interesse eines Konkurrenten, als auch dem Interesse der gesamten Volkswirtschaft. Die bereits im Abschnitt zur Berücksichtigung von Interessen der Volkswirtschaft behandelten E zu Vertriebs- und/oder Preisbindung gehören in diese Gruppe von E.

Zu der Gruppe von E, die dem Ziel der Einhaltung von abgeschlossenen Verträgen dienen sollen, gehört auch die RSp zu den Konkurrenzverboten.<sup>422</sup> Regelmäßig wird in diesen E nicht auf den Einfluss von Konkurrenzverboten auf die allgemeine Wettbewerbssituation Bezug genommen, sondern nur das Interesse der direkt Betroffenen bewertet, obwohl auch die volkswirtschaftliche Komponente solcher Vereinbarungen berücksichtigt werden sollte.

Andere Schutzzwecke, die sowohl zur Gruppe der Berücksichtigung von Interessen von Wettbewerbern, als auch jener der volkswirtschaftlichen Ziele des UWG gehören, seien hier nur zusammenfassend erwähnt:

- Täuschungshandlungen gegenüber Mitbewerbern oder Abnehmern,
- das sog Ausbeuten fremder Leistung wie zB die sog sklavische Nachahmung von Produkten
- personenbezogene Werbung, die mit "*Gehäßigkeit*" oder mit andern unlauteren Mitteln vorgetragen wird
- unlautere Kundenwerbung wie zB die Ausnützung des sog psychologischen Kaufzwanges.

Auf gleiche Weise können die Tatbestände der Irreführung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, der Herabsetzung eines Unternehmens oder des Missbrauchs von Kennzeichen eines Unternehmens, der Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten oder der Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen gewertet werden. Alle diese Normen dienen den Interessen der einzelnen Wettbewerber, aber auch dem gesamtwirtschaftlichen Zwecke, möglichst gleichförmige Grundlagen für die am geschäftlichen Verkehr Beteiligten herzustellen.

Alle diese Formen des unlauteren Wettbewerbs sind strukturell mit § 879 ABGB verwandt. Sie sollen aber im Rahmen von Lauterkeitsregeln nicht wie § 879 ABGB vor allem die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung sichern, sondern das Verhältnis zwischen den Markt-

---

<sup>422</sup> SZ 14/173; SZ 24/150 = ÖBl 1953, 63; ÖBl 1953, 65; SZ 36/58 = JBl 1964, 33 mit einer Bemerkung von Gschnitzer; ÖBl 1960, 60; EvBl 1960/221; ÖBl 1966, 63.

teilnehmern, mit denen meist keine Vertragsbeziehungen besteht, regeln.

#### 2.4.4 Ergebnis

Die Verfolgung des Schutzes der Konkurrenten, der Verbraucher und der Interessen der gesamten Volkswirtschaft durch das UWG konnte mit Rechtsprechungsbeispielen nachgewiesen werden. Zahlenmäßig sind sicherlich die E, die zum Schutz der Wettbewerber ergingen, in der Überzahl. Die RSp hat auf dieses Ziel nicht in allgemeiner Form Bezug genommen, weil das UWG seit 1923 primär diesem Ziel ausdrücklich dienen sollte. Oft sind die Interessen der einzelnen Mitbewerber und die der gesamten Volkswirtschaft gleich gerichtet. Das trifft zB für das Interesse an der Einhaltung geschlossener Verträge zu, aber auch für die Bekämpfung von Täuschungshandlungen gegenüber Mitbewerbern oder Abnehmern etc.

Interessen der Konsumenten wurden in der RSp zum UWG bereits relativ früh berücksichtigt, obwohl die RV zum UWG 1923 diesen Schutzzweck nicht ausdrücklich anführte. Die frühe RSp zu Konsumenteninteressen sah, wie es der damals zugrundeliegenden Rechtslage entsprach, aber die Konsumenteninteressen meist als Teil der Interessen der gesamten Volkswirtschaft an. Die Interessen des „*Publikums*“ sind daher eigentlich keine Konsumenteninteressen iS des heutigen Verständnisses, es wird kein rechtlich besonderer Schutz dieser Bevölkerungsgruppe angestrebt, sondern es geht meist um die Berücksichtigung der Interessen der Nachfragenden im volkswirtschaftlichen Sinn. In manchen Fällen kommen auch in dieser frühen RSp sozialpolitische Erwägungen im Interesse der Konsumenten zum Ausdruck (zB Gewährleistung eines möglichst niederen Preises für lebensnotwendige Lebensmittel).

Eine wesentliche Entscheidungsgruppe, die auch der Wahrung der Interessen der Verbraucher zugerechnet werden kann, ist jene, die wesentliche Grundbedürfnisse der Bevölkerung mit Hilfe des UWG aufrechterhalten will (zB Volksgesundheit; Pressefreiheit; ausreichende Versorgung mit Kulturgütern).

Einen besonderen Platz nehmen selbstverständlich die E zu § 2 UWG ein. Der Schutz der Verbraucher vor Irreführung auf dem Markt ist schon immer ein Anliegen des Lauterkeitsrechts gewesen, das besonders dem Konsumenten dient. Die Änderung des § 2 UWG hat diese Tendenz verstärkt. Die RSp hat aber im Gegensatz zur später anzuführenden Lehre noch nie erwogen, einzelnen Verbrauchern oder bestimmten Verbrauchergruppen Ansprüche nach dem UWG zuzubilligen.<sup>423</sup>

Es konnte eine relativ große Anzahl von E vorgestellt werden, die sich ausdrücklich oder mittelbar mit volkswirtschaftlichen Zwecken, denen das UWG dienen soll, auseinandersetzen. Die frühe RSp, die die volkswirtschaftlichen Interessen als eine Art Sittenkodex der Gesellschaft deuten wollte, ist heute nicht mehr relevant.

Aus heutiger Sicht ist die RSp zum Verstoß gegen § 1 UWG wegen Verstoßes gegen ein an-

---

<sup>423</sup> Zur Aufgliederung verschiedener Arten von Konsumenteninteressen: zB Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher (Hrsg), Das Recht der Werbung (1984), 215 (228, FN 71); Hanreich, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht in FS Wenger (1983), 539 (558).

deres Gesetz als das UWG für die Feststellung von gesetzesübergreifenden Zwecken für das Thema dieser Arbeit am interessantesten. Aus dieser RSp ist nämlich abzuleiten, dass die in anderen Wettbewerbsgesetzen zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen auch für die Auslegung des UWG heranzuziehen sind. Man darf diese RSp nicht formal sehen und meinen, dass in ihr nur zum Ausdruck kommen soll, der Gesetzesverstoß für sich sei als Verstoß gegen § 1 UWG relevant, der Inhalt der anderen Norm, gegen die verstoßen wurde, sei hingegen gleichgültig. Gerade die RSp, die unterschiedliche Konsequenzen an einen Verstoß gegen Wettbewerbsnormen und sog wertneutrale Ordnungsvorschriften knüpfte, beweist das Gegenteil. Auch die jüngsten Urteile zum Verhältnis NVG - UWG geben signifikant Auskunft über die Bedeutung des Inhalts der verletzten Norm. Das nunmehr für die Erfüllung des Tatbestandes der Sittenwidrigkeit vorauszusetzende Unrechtsbewusstsein bei Verletzung einer anderen Norm als des UWG, weist ebenfalls darauf hin, dass der Inhalt und das Ziel, das mit dieser Norm erreicht werden soll, auch für die Auslegung von UWG-Vorschriften von Bedeutung ist.

Eine weitere Gruppe volkswirtschaftlicher Gründe, die in der RSp zum UWG berücksichtigt wurde, ist jene, die sich mit verschiedenen Arten von Wettbewerbsbehinderungen auseinandersetzt. Diese Gruppe besteht im Wesentlichen aus 3 Untergruppen:

- Der RSp zum Boykott und der Liefersperre;
- der RSp zum Verhältnis Kartell/UWG und
- einer Restmenge von E zu verschiedenen anderen Wettbewerbsbehinderungen.

Die Judikatur zum Boykott und zur Liefersperre fällt wegen ihres Umfangs und ihrer Geschlossenheit auf. Grundsätzlich sind Boykott und Liefersperre nach dieser RSp nicht sittenwidrig, sie dürfen aber nicht zu einer Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Bekämpften führen. Auch die Verteidigung eines zugelassenen Kartells rechtfertigt eine solche Maßnahme nicht per se.

Die RSp zur Sittenwidrigkeit von Kartellen bezieht sich meist auf Kartellpreise. Erst eine jüngst ergangene E eines Berufungsgerichtes, die aber leider nicht weiter bekämpft wurde, brachte entscheidende Bewegung in dieses Thema. Diese E setzte nämlich in die Formel: Verstoß gegen ein WettbewerbsG = Verstoß gegen § 1 UWG, das KartG als wesentliches WettbewerbsG ein und kam zum sicherlich konsequenten Ergebnis: Verstoß gegen eine Vorschrift des KartG kann auch mit den Mitteln des § 1 UWG bekämpft werden.

Die anderen von der RSp ausgesprochenen Grundsätze bei der Behandlung von Fällen der Wettbewerbsbehinderung sind:

- Ausübung von Gebietsschutz kann unter bestimmten Voraussetzungen sittenwidrig sein. Keine Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn die Ausübung des Gebietsschutzes kartellrechtlich zulässig ist. Widerspricht die Ausübung von Gebietsschutz dem KartG, käme man auch über die gerade erwähnte Formel: Verstoß gegen KartG = Verstoß gegen § 1 UWG zum selben Ergebnis.
- Sog Behinderungswettbewerb wird erst dann sittenwidrig, wenn der betroffene Wett-

bewerber seine Leistung auf den Markt überhaupt nicht mehr oder nicht mehr „rein“ zur Geltung bringen kann. Grundsätzlich wird damit dieselbe Wertung vorgenommen, wie bei der RSp zum Boykott.

- In diese Gruppe von E kann auch noch die RSp einbezogen werden, die den Monopolisten von Bedarfsgütern des täglichen Lebens Kontrahierungszwang auferlegt.

Auch Vertriebs- und/oder Preisbindungen beschränken den Wettbewerb. In der Tat entwickelte der OGH auch zu diesen Fällen eine RSp, die den anderen Formen der Wettbewerbsbehinderung vergleichbar ist. Er stellte nämlich in diesen Fällen immer die Verbindung zum Kartellrecht her. Eine Voraussetzung für die erfolgreiche Abwehr von Außenseitern durch den Vertriebs- oder Preisbinder ist nämlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung kartellrechtlich zulässig ist und auch tatsächlich (lückenlos) vollzogen wird. Andererseits wurde aber von dieser RSp nur eine qualifizierte Bekämpfung solche Vereinbarungen durch Außenseiter als sittenwidrig anerkannt. Nur das Verleiten, planmäßige Fördern oder Unterstützen fremden Vertragsbruches wurde als sittenwidrig angesehen. Das Ausnützen fremden Vertragsbruches ohne eigenes Dazutun, reichte nicht zur Sittenwidrigkeit des eigenen Verhaltens aus. Ein Sonderfall stellte in diesem Zusammenhang die Preisbindung von Büchern dar. In diesem Fall wurde von der Österreichischen RSp, wie in vielen vergleichbaren Staaten Europas und grundsätzlich auch wie in den EG, das kulturelle Interesse an einer möglichst großen Vielfalt von Büchern dem volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb auf diesem Markt vorgezogen.

Eine eigene, ziemlich konsistente Gruppe bilden die E zur Preisschleuderei. Grundsätzlich wurde das Recht und die Pflicht des Anbieters seine eigene Kalkulation durchzuführen, immer betont. Nur wenn andere sittenwidrige Ziele zur Preisschleuderei hinzutreten (zB Vernichtungswettbewerb, Gläubigerschädigung durch Vermögensverschleuderung etc) kann Preisschleuderei sittenwidrig sein. Es ist abzuwarten, ob sich die jüngste RSp zur Sittenwidrigkeit des Verstoßes gegen die Normen zum Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis (§ 3a NVG) auf die Beurteilung der Preisschleuderei gem § 1 UWG auswirken wird.

Die RSp zu § 14 UWG fördert das Interesse volkswirtschaftlicher Zwecke mit den Mitteln des UWG zu verfolgen ganz grundsätzlich. Die Klagslegitimation der in § 14 UWG genannten Körperschaften und Vereine ermöglicht nämlich in vielen Fällen erst eine gezielte Prozessführung zur Wahrnehmung volkswirtschaftlicher Interessen.

## 2.5 Wissenschaftliche Äußerungen

Die für diese Arbeit relevanten österreichischen Arbeiten nach 1945<sup>424</sup> können im Wesentlichen in 3 Gruppen geteilt werden<sup>425</sup>:

- In die pragmatische Position, die die 50er und 60er Jahre beherrschte und die selbst-

---

<sup>424</sup> Wie die Analyse der Rechtsprechung, sind auch die folgenden Ausführungen im Wesentlichen auf Arbeiten zum österreichischen UWG beschränkt. Nur nach Abgrenzung eines fassbaren Bereiches ist es möglich, mit vertretbarem Aufwand die Wechselverhältnisse zwischen Wirtschaftspolitik und Rechtsordnung darzustellen.

<sup>425</sup> Eine ähnliche Unterscheidung vertritt Damm, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung, JZ 1986, 913 (920).

verständlich noch immer bedeutende Anhänger hat.

- In die stark vom Verbraucherschutzgedanken dominierte Sicht, die in den 70er Jahren ihren Ausgang nahm und
- in eine Richtung, die versuchte, unter Beachtung des Verbraucherschutzes eine ausgewogene Berücksichtigung aller Schutzzwecke des UWG zu erreichen.

### 2.5.1 Die pragmatische Sicht der 50er und 60er Jahre

Hohenecker / Friedl, beginnen ihren Kommentar „*Wettbewerbsrecht*“<sup>426</sup> mit Ausführungen zur Wettbewerbstheorie und zur österreichischen Wettbewerbspolitik. Das Ziel des „*Wettbewerbsrechts*“<sup>427</sup> sei „*die Erhaltung des echten Leistungswettbewerbs*“. Zu diesem Wettbewerbsrecht i.e.S. stünde das Wettbewerbsrecht i.w.S. = das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, im Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit und Einwirkung<sup>428</sup>. Die wesentlichen Aussagen zu den Zwecken des UWG und dessen Auswirkung auf die Anwendung des Gesetzes finden sich bei Hohenecker / Friedl im Zusammenhang mit den Ausführungen zu den guten Sitten i.S. des § 1 UWG<sup>429</sup>. Offenbar versuchten Hohenecker / Friedl eine pragmatische Synthese der Auslegungsversuche zu § 1 UWG der Vorkriegszeit im Bereich zwischen dem „*was die billig und gerecht Denkenden*“ als lauterer Wettbewerb ansehen und der „*sozialrechtlichen Funktion*“ des Wettbewerbs. Als Maßstab für die Feststellung guter Sitten i.S. des § 1 UWG dienen nach dieser Analyse ganz grundsätzlich das sittliche Anstandsgefühl der durchschnittlichen Gewerbetreibenden gleicher oder verwandter Branchen (der Mitbewerber). Dies gilt auch, wenn die zu beurteilende Handlung „*Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der Konsumenten*“ betrifft. Auch dann sei bevorzugt das Anstandsgefühl dieser betroffenen Verkehrskreise zu berücksichtigen.

Das von Hohenecker / Friedl einleitend festgestellte Ziel durch das Wettbewerbsrecht i.e.S. den „*echten Leistungswettbewerb*“ zu erhalten, kann somit, jedenfalls mit den Mitteln des § 1 UWG, nur mittelbar erreicht werden. Auch wenn die „*anständigen Gebräuche im Handel und Gewerbe*“ oder „*die sittliche Auffassung der durch die Handlung angesprochenen Verkehrskreise*“ den Intentionen des Leistungswettbewerbes zuwiderlaufen, sollen diese Kriterien nach Ansicht von Hohenecker / Friedl offenbar vorgehen. Der Versuch, wirtschaftspolitische Argumente (Erhaltung des „*echten Leistungswettbewerbs*“) in eine herkömmliche Dogmatik der guten Sitten einbauen zu wollen, ist damit aber zum Scheitern verurteilt. Die „*anständigen Gebräuche im Handel und Gewerbe*“ haben erfahrungsgemäß meist nicht die Durchsetzung von Leistungswettbewerb zum Ziel, sondern primär die Wahrung der Interessen der jeweiligen Berufsgruppe. Hohenecker / Friedl sagen zur Auslegung des § 1 UWG konsequent zu ihrem Ansatz: „*wirtschaftspolitische Erwägungen haben bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit außer Betracht zu bleiben*“<sup>430</sup>.

Mayer-Maly behandelt in seinem Aufsatz, „*Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und*

<sup>426</sup> Wettbewerbsrecht (1959).

<sup>427</sup> Das ist nach Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 3: UWG, Zugaben-, Rabatt- und Markenschutzrecht.

<sup>428</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 3.

<sup>429</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 14ff.

<sup>430</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 16.

*Lebensmittelrecht bei der Entwicklung von Herkunftsangaben zu Gattungsbezeichnungen*“<sup>431</sup>, das Problem der Beziehungen zwischen Wettbewerbsrecht und öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die auch wettbewerbsrechtlichen Inhalt haben, zwar nur ansatzweise, aber doch nach mM vorbildlich. Obwohl Mayer-Maly zuerst von der herkömmlichen und formalen Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht ausgeht, legt er seine Überlegungen zu den Herkunftsangaben und Gattungsbezeichnungen, deren Inhalt hier nur mittelbar interessieren, die Aussage zugrunde, dass öffentlich-rechtliche Normen mit wettbewerbsrechtlichem Inhalt (hier: Lebensmittelrecht und Weinrecht) und Wettbewerbsvorschriften in einem engeren Sinne einander wechselseitig bedingen und beeinflussen. In einer für das Wirtschaftsrecht überhaupt bedeutsamen Aussage, betont er:

*„Privatrechtliches und Öffentlich-rechtliches darf gerade hier nicht im Gegensatz gesehen und mit dem Vorurteil der Antinomie belastet werden, es muß vielmehr der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zum Tragen kommen. Für das Verhältnis zwischen Lebensmittelrecht und Wettbewerbsrecht positiviert § 6 Abs 3a UWG diesen Gedanken klar und unmißverständlich. Diese Norm fordert, daß Lebensmittelrecht und Wettbewerbsrecht als sinnvoll zusammenwirkende Ordnungskräfte verstanden werden.“*<sup>432</sup>

Im Rahmen seiner Arbeit *„Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte“*<sup>433</sup> untersucht Koziol auch die Beeinträchtigung fremder Forderungsrecht als sittenwidrige Schädigung und unlauteren Wettbewerb.<sup>434</sup> Er stellt mit Genugtuung fest, dass in Österreich bei Auslegung des Begriffes der „guten Sitten“ außerhalb des UWG ein wohlthuendes Abweichen von der Überspannung des Begriffes der Moral in der deutschen RSp zur Sittenwidrigkeit zu bemerken sei und erinnert daran, dass nach österreichischem Recht keine ethische Missbilligung mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit verbunden sein muss. Nach herrschender Auffassung werde die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens vor allem als ungeschriebenes Recht verstanden.<sup>435</sup> Unterschiedlich davon sei die Situation bei der Beurteilung einer Handlung nach § 1 UWG. Im österreichischen Wettbewerbsrecht werde im Gegensatz zum ABGB bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit überwiegend auf die Moral abgestellt<sup>436</sup>, was Koziol als Auswirkung des Einflusses der deutschen Judikatur auf die österreichische RSp zum UWG deutet. Tatsächlich werde aber in der österreichischen RSp oft auch von wirtschaftspolitischen und Zweckmäßigkeitserwägungen ausgegangen.<sup>437</sup> Koziol unterstützt diese Praxis der RSp und meint unter Bezug auf die von ihm als vorbildlich bezeichnete E OGH 18.12.1957<sup>438</sup>, dass der OGH auch in anderen wettbewerbsrechtlichen Fällen mehr auf wirtschaftspolitische Gesichtspunkte und aus der Gesamtrechtsordnung abgeleitete Grundprinzipien, hier va das Prinzip des freien Wettbewerbs, eingehen solle. Damit könne auch eine Annäherung an die RSp zu den guten

---

<sup>431</sup> JBl 1968, 57.

<sup>432</sup> Mayer-Maly, Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Lebensmittelrecht, JBl 1968,57 (61).

<sup>433</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967).

<sup>434</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967), 43 ff.

<sup>435</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967), 51 und 59f.

<sup>436</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 62 und FN 101.

<sup>437</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967), 62.

<sup>438</sup> JBl 1958, 272 GRURInt 1959, 243.

Sitten iS des ABGB erreicht werden.<sup>439</sup>

Schönherr<sup>440</sup> stellt sich die Frage nach den Zielen des UWG in Zusammenhang mit dem Klagerrecht nach § 14 UWG. Obwohl die Vorschrift über die aktive Klagslegitimation nach § 14 UWG inzwischen geändert wurde,<sup>441</sup> sind Schönherrs Gedanken dennoch aktuell. Schönherr zitiert zur Auslegung des § 14 UWG zuerst die Erl zur RV des UWG 1923<sup>442</sup>, dann Hohenecker / Friedl<sup>443</sup> und Baumbach / Hefermehl.<sup>444</sup> Er schließt sich der Meinung an, das „Klagerrecht“ des § 14 UWG diene neben den Wettbewerbern „dem öffentlichen Interesse“ oder zumindest dem Interesse einer Branche und dem damit „vereinten privaten und öffentlichen Interesse an Ausschaltung der unlauteren Wettbewerbshandlungen“. Er fügt nur den Gedanken hinzu, der Staat „verdient“ gleichsam an Wettbewerbsprozessen, da die von den Parteien zu zahlenden Prozesskosten den Aufwand des Staates für die RSp übersteigen würden und der Staat sich außerdem eigene Maßnahmen zur Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbes erspare. Alle diese Erwägungen führen Schönherr zu dem Schluss, dass kein Anlass bestünde, § 14 UWG restriktiv auszulegen. Auch die Tatsachen der im Verhältnis zur Rechtslage in der BRD beschränkten Klagslegitimation der „Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen vom Unternehmen“ (§ 14 UWG) gegenüber „Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen“ (§ 13 Abs 1 Satz 1 dUWG) und der ausdrücklich genannten Körperschaften und des Vereins im § 14 UWG, gegenüber den Verbraucherverbänden des § 13 Abs 1 a Satz 1 dUWG, spräche ebenfalls dagegen, die Klagslegitimation restriktiv zu interpretieren. Schönherr kommt abschließend zu folgendem Ergebnis:

*„An Unterlassungsklagen von Unternehmern und Interessenverbänden, die den Voraussetzungen des § 14 öUWG (und des § 13 dUWG) entsprechen, sind keine strengeren Anforderungen zu stellen als an Unterlassungsklagen, die ein durch einen Verstoß gegen das UWG unmittelbar Betroffener erhebt. Nur dann, wenn ein gem § 1 UWG Belangter nachweist, daß durch sein Verhalten ausschließlich individuelle Interessen eines Unternehmers oder einzelner Unternehmer berührt werden, fehlt anderen Mitbewerbern ebenso wie Interessenvertretungen die Aktivlegitimation zur Unterlassungsklage.“*

Das heißt, Schönherr sieht, jedenfalls auf die Bestimmung zur Klagslegitimation bezogen, die verschiedenen Interessen, Unlauterkeiten im Wettbewerb zu bekämpfen, als gleichbedeutend an. Eine für die Erörterung der Zwecke des UWG wohl bedeutende Aussage, die hier im Zusammenhang mit prozessualen Erwägungen gezogen wird.

In einer Glosse zur E OGH 7.9.1976<sup>445</sup> sagt Schönherr zu dem immer wieder behandelten Problem des Verstoßes gegen § 1 UWG durch Verstoß gegen ein anderes Gesetz, das UWG sei ein Gesetz, „das die unterschiedlichsten Ziele verfolge und sich in Wahrheit kaum auf einen gemeinsamen Nenner bringen lasse. Alle Probleme, die daraus entstünden, könnten

<sup>439</sup> Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967), 70.

<sup>440</sup> Zur Klage nach § 14 UWG, ÖBl 1976, 61, früher auch in einer Glosse zu OGH 29.3.1960, ÖBl 1960, 68, 69.

<sup>441</sup> Besonders für die UWG-Novelle, BGBl 1971/74.

<sup>442</sup> 464 BlgNR I.GP.

<sup>443</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959) 92,

<sup>444</sup> Baumbach / Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht<sup>11</sup> (1974) zu § 13 Anm 1.

<sup>445</sup> ÖBl 1977, 157,159.

aber dadurch gelöst werden, daß jeder bewußte Verstoß gegen ein wettbewerbsregelndes Gesetz, der dazu erfolgte, einen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern, zu erlangen, als sittenwidrig iS des § 1 UWG anzusehen sei.<sup>446</sup>

In einer weiteren Glosse führt Schönherr seine Meinung zu diesem Problem ebenfalls aus<sup>447</sup>:

*"Meiner Überzeugung nach enthält jeder Verstoß gegen § 1 UWG notwendig ein subjektives Element; dieser wesentliche Unterschied zu den Sondertatbeständen sollte nicht verwischt werden."*

Es steht außer Zweifel, dass diese kurze Bemerkung die bezeichneten Probleme nicht ein für alle Mal lösen kann, zumal seine Befolgung selbst zu den verschiedensten Problemen führen kann. Schönherr macht aber die Interessenvielfalt, die mit den Vorschriften des UWG berücksichtigt werden soll, deutlich. Aus den verstreuten und kurzen Äußerungen Schönherrs ergibt sich somit, dass er die verschiedenen vom UWG zu schützenden Interessen als grundsätzlich gleichwertig angesehen hat und die jeweilige Gerichtsentscheidung pragmatisch am Einzelfall orientiert sehen wollte. Dabei ist nach seiner Meinung bei der Bewertung von Verhaltensweisen eines Wettbewerbers nach § 1 UWG immer zu berücksichtigen, dass dieser Person zumindest ein Rest subjektiven Unrechtsbewusstseins nachzuweisen ist.

Die häufigste literarische Befassung mit den Zwecken des UWG erfolgte in den 70er Jahren wohl im Zusammenhang mit dem Werberecht. Auch Kramer kommt im Zusammenhang mit der Erörterung der Zulässigkeit vergleichender Werbung auf die Ziele des UWG zu sprechen.<sup>448</sup> Er stellt eingangs fest, dass der Gesetzgeber durch die UWG-Novelle 1971 „*expressis verbis Gesichtspunkte in das Wettbewerbsrecht*“ eingeführt habe, die „*von grundsätzlicher Bedeutung sind, nämlich die des Konsumentenschutzes und der Markttransparenz, womit gleichzeitig die Frage nach dem Schutzzweck der Generalklausel des § 1 UWG neu gestellt ist*“<sup>449</sup>. Kramer zieht bei Darstellung der RSp des RG zum dUWG<sup>450</sup> eine hier interessierende Verbindung zwischen sich verändernder Wirtschaftspolitik und der RSp zur vergleichenden Werbung. Er stellt fest, dass das RG bis 1931 die Ansicht vertreten habe, dass wahrheitsgemäße vergleichende Werbung nicht gegen die guten Sitten verstoße. Diese Meinung hätte dem um die Jahrhundertwende herrschenden wirtschaftlichen Liberalismus entsprochen, „*mußte aber gerade deswegen in dem Maße fraglich werden als ein erster Konzentrationsprozeß in der Industrie und das starke Vordringen der Kartelle... zu einer Milderung des... rauhen Wettbewerbsklimas*“ führten.<sup>451</sup> Dementsprechend sprach auch die damals hL<sup>452</sup> davon, ein „*Gezänk*“ zwischen den Produzenten sei zu vermeiden: „*Es wäre eines vornehmen Kulturvolkes nicht würdig*“. Auch die RSp des OGH hätte eine vergleichbare Entwicklung durchgemacht. In Fortführung dieses Gedankens kommt Kramer dann zum Zwischenergebnis, die Beantwortung der Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der vergleichenden

<sup>446</sup> Ebenso: Schönherr in einer Glosse ÖBI 1981, 19.

<sup>447</sup> ÖBI 1977, 33.

<sup>448</sup> Die vergleichende Werbung im österreichischen Wettbewerbsrecht, GRURInt 1974, 195.

<sup>449</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 1.

<sup>450</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 197.

<sup>451</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 198.

<sup>452</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 198, FN 42.

Werbung sei „von der grundsätzlichen Vorentscheidung über den Schutzzweck des Wettbewerbsrechtes und - damit notwendig zusammenhängend - der inhaltlichen Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG“ abhängig.<sup>453</sup>

Nach kurzer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Einstellung zu den Schutzzwecken des UWG kommt Kramer zur UWG-Novelle 1971 und meint, dass erst die gleichwertige Berücksichtigung der Konsumenteninteressen im UWG zur Vermeidung von Inkonsistenzen in den Zielvorstellungen des UWG führen könne und erst diese Änderung in der Einstellung dazu hinleite, „die Institution des Leistungswettbewerbes und die durch ihn bedingten Wettbewerbsfunktionen als eigentlichen Schutzzweck des UWG zu interpretieren“.<sup>454</sup> Er fährt fort:

„Durch die hier befürwortete Sicht wird aber nicht nur die Wertungseinheitlichkeit innerhalb des UWG erreicht, sondern gleichzeitig auch dessen Verhältnis zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vor allem zum Kartellrecht erhellt. Während das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Institution des Wettbewerbs unter dem Aspekt der Freiheit schützt, schützt das UWG Rechte unter dem Aspekt der Lauterkeit“.<sup>455</sup>

Kramer stellte fest, dass das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Kontrolle der Marktmacht die Voraussetzungen für Leistungswettbewerb garantieren solle. Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb solle mit Mitteln, die der Konkurrenzwirtschaft konform sind, die Handhabung des Leistungswettbewerbs überwachen. Das Schutzobjekt beider Rechtsbereiche sei daher identisch, der Leistungswettbewerb werde aber jeweils gegen andere Gefahren abgesichert: Einmal gehe es um das „ob“, das andere Mal um das „wie“ der Betätigung in wirtschaftlicher Freiheit.<sup>456</sup> Kramer vertrat die Meinung, dass diese Entwicklung der Auslegung des UWG dazu führen müsse, die Ableitung der Sittenwidrigkeit aus dem „Standesethos“ des „durchschnittlichen Gewerbetreibenden“ vollständig zu verdrängen.<sup>457</sup> „Das Leitbild des Leistungswettbewerbes“ sei nun gemäß der sozialrechtlichen Zielsetzung des Wettbewerbsrechtes für das Sittenwidrigkeitsverdikt entscheidend“.<sup>458</sup>

Jud behandelt in Zusammenhang mit dem Werberecht das Problem des Verhältnisses von Konsumenteninteressen zu den anderen Zwecken des UWG nicht <sup>459</sup>. Auch Jud ist der Meinung, dass ein wesentliches Schutzobjekt des UWG die Gewährleistung der Institution des Leistungswettbewerbes sei. Daher sei auch § 1 UWG so zu interpretieren, dass die Generalklausel diesem Schutzzweck dienen könne.

Auch Harrer <sup>460</sup> ist der Ansicht, dass bei Auslegung des § 1 UWG nicht eine alternative Berufung auf das Anstandsgefühl bestimmter Personengruppen oder auf die Gewährleistung des Leistungswettbewerbes erfolgen dürfe. Harrer kommt bei Bearbeitung seines Themas jedoch

---

<sup>453</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 200.

<sup>454</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 201.

<sup>455</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 201, FN 91 bezieht sich dazu auf Baumbach / Hefermehl<sup>10</sup> (1971), 125.

<sup>456</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 201.

<sup>457</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 204.

<sup>458</sup> Kramer, Die vergleichende Werbung, GRURInt 1974, 204.

<sup>459</sup> Jud, Wettbewerbsrechtliche Probleme aktueller Werbeformen, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 289.

<sup>460</sup> Normverstoß und § 1 UWG, ÖBl 1981, 89.

nicht zu einer tatsächlichen Begründung dieser These, sodass die Arbeit in diese Richtung hin weniger ergiebig ist.

## 2.5.2 Das UWG als Verbraucherschutzrecht

Die Betonung der Verbraucherrechte als Maßstab für das Wettbewerbsrecht, nimmt in Österreich für das UWG mit dem programmatischen Beitrag Hefermehls, „*Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht*“, ihren Anfang.<sup>461</sup> Hefermehls Anliegen wird bereits in seiner einleitenden Bemerkung deutlich:

*„Kennzeichnend für die Entwicklung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb ist der allmählich vollzogene Wandel von einem Wettbewerbsrecht, das aus individualrechtlicher Sicht den einzelnen Mitbewerber und die Gesamtheit der Mitbewerber schützt, zu einem Wettbewerbsrecht, das aus sozialrechtlicher Sicht auch die Interessen der von einer Wettbewerbsbehandlung sonst betroffenen Verkehrskreise schützt. Es sind dies die Marktpartner, unter ihnen die Abnehmer, ein Personenkreis, der sowohl Wiederverkäufer als auch gewerbliche und private Verbraucher umfasst. Ihre Interessen sind untereinander sehr verschieden gelagert. Die wichtigste Gruppe der Abnehmer ist, sozialrechtlich betrachtet, die der privaten Verbraucher. Auch sie verfolgen unter sich kein einheitliches Interesse; aber ihre Interessen bilden den Gegenpol zu den Interessen der Unternehmer, der Hersteller und Händler, woraus sich ihre besondere Schutzbedürftigkeit ergibt.“*

Hefermehl erklärt als zentralen Gegenstand seiner Erörterungen den Schutz der Verbraucher im Rahmen des Wettbewerbs. Seine Aussagen zur besonderen Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern besonders bei Auslegung von § 1 und § 2 UWG und § 14 UWG relativiert er jedoch damit, dass er meint:

*„Würde man die Verbraucherinteressen schlechthin in den Schutz des Wettbewerbsrechts einbeziehen, so würde man die Struktur des Gesetzes verkennen, da es kein Gesetz zum Schutz der Verbraucher, sondern ein Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs unter dem Aspekt der Lauterkeit ist.“*

Die weiteren Erörterungen zu den §§ 1 und 2 UWG entfernen sich zum Teil wieder von dieser grundsätzlichen Einstellung und sind nach meiner Meinung oft nicht in ein einheitliches Konzept zu bringen. Die Notwendigkeit der Abwägung der verschiedenen schutzwürdigen Interessen wird zwar betont, die Anleitung wie dies nach Ansicht Hefermehls zu geschehen habe, ist aber nur sehr schwer nachvollziehbar.<sup>462</sup>

Letztlich kommt Hefermehl zum Ergebnis:

*„Die Generalklausel des § 1 UWG besitzt daher den Charakter einer Ermächtigung für den Richter, das im Wettbewerb sittlich-rechtlich Geforderte aus den allgemein anerkannten*

---

<sup>461</sup> In FS Kastner (1972), 183. Auch Kramer, Die vergleichende Werbung im österreichischen Wettbewerbsrecht, GRURInt 1974, 195, bezeichnet den verstärkten Bezug auf Konsumenteninteressen als „*Umbruch*“ und bezieht sich als Beispiel auf die E OGH: ÖBl 1971, 122; ÖBl 1972, 10, 88, 90 im Gegensatz zu ÖBl 1971, 100.

<sup>462</sup> Hefermehl, Verbraucherschutz im Wettbewerb, 187.

*Grundsätzen des geltenden Rechts und aus der Sicht eines die sittliche Ordnung des Ganzen bedenkenden Menschen für den jeweiligen Fall zu erschließen. Dabei stellt das Rechtsprinzip der Freiheit des Wettbewerbes heute den Ausgangspunkt für die Beurteilung jeder Wettbewerbshandlung dar.“<sup>463</sup>*

Als ein weiteres Ergebnis, das hier wesentlich ist, führt Hefermehl an:

*„Der Schutz der Verbraucherinteressen beschränkt sich demnach aus der Sicht des Wettbewerbsrechts nicht allein auf den Schutz gegen Irreführung, sondern erstreckt sich auch auf den Schutz gegen Praktiken, die den Verbraucher belästigen, überrumpeln oder unter psychologischen Druck setzen und dadurch seine freie Willensentschließung spürbar beeinträchtigen. Diese Gesichtspunkte sind bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen zu beachten, die sich, wie Werbe- und Absatzmaßnahmen, in Richtung auf den zu gewinnenden Verbraucher vollziehen.“<sup>464</sup>*

Hefermehl schließt mit der zum Teil nichtssagenden zum Teil erstaunlichen Zusammenfassung:

*„Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die Interessen der Verbraucher im Wettbewerbsrecht den ihnen zukommenden Raum finden. Allerdings können sie nur im Wertungsbereich des Wettbewerbsrechts geschützt sein. Volks- und betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte scheiden für die Beurteilung des Unwertcharakters eines wettbewerblichen Verhaltens aus. Diese Wertungen fallen in den Bereich der Wirtschaftsgesetzgebung, nicht aber in die Zuständigkeit des Richters bei Anwendung der Generalklausel. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb steht daher in einem deutlichen Gegensatz zu den Gesetzen, die, wie das Lebensmittel-, Wein- oder Arzneimittelgesetz, primär die Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit schützen. Ein Verstoß gegen solche Gesetze ist nicht per se auch wettbewerbswidrig.“<sup>465</sup>*

Die Ausführungen Sacks, der ebenfalls Auslegungsversuche zum dUWG auf das österreichische UWG umlegt, sind in ihren Zielvorstellungen klarer gefasst. Er publizierte seinen im Rahmen eines Seminars über „Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes“ an der Universität Innsbruck bei den Professoren Kramer und Mayerhofer gehaltenen Vortrag in 2 Fassungen.<sup>466</sup> Die folgenden Ausführungen gehen von der überarbeiteten Fassung aus.<sup>467</sup> Sack geht von der These, dass das UWG auch den Schutz des Verbrauchers bezweckt, aus. Er will vor allem untersuchen, welche rechtlichen Möglichkeiten der einzelne Verbraucher hat, gegen verbraucherbezogene Unlauterkeiten im Wettbewerb vorzugehen. Im Zentrum steht, „ob der einzelne Verbraucher Schadenersatzansprüche gegen einen unlauteren Wettbewerber hat, dessen Opfer er geworden ist“.<sup>468</sup> Nachdem er § 14 UWG nicht als Einschränkung der Klagebefugnis,

<sup>463</sup> Hefermehl, Verbraucherschutz im Wettbewerb, 188.

<sup>464</sup> Hefermehl, Verbraucherschutz im Wettbewerb, 196.

<sup>465</sup> Hefermehl, Verbraucherschutz im Wettbewerb, 199.

<sup>466</sup> Sack, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309; Sack, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher, in Kramer / Mayerhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 99.

<sup>467</sup> Kramer / Mayerhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977).

<sup>468</sup> Sack, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309; Sack, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher, in Kramer / Mayerhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 104 =

sondern als Erweiterung der Anspruchsberechtigung wertet, kommt Sack zum Ergebnis, dass das UWG auch den Schutz des einzelnen Verbrauchers vor rechtswidrigem Wettbewerb bezwecke, da „*verbraucherbezogene Unlauterkeiten im Wettbewerb immer und ausschließlich den einzelnen Verbraucher treffen*“.<sup>469</sup> Sack behauptet, dass der Gesetzgeber bei Beschränkung des Klagerechts zur Geltendmachung von Verbraucheransprüchen nicht die Möglichkeit des einzelnen Verbrauchers, Schadenersatzansprüche einzuklagen, meinte und argumentiert dann weiter, dass derjenige, der im Fall eines Schadens auf Schadenersatz klagen kann, sich nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktrechts auch bereits gegen drohenden Schaden mit Unterlassungsanspruch wehren kann. So kommt Sack unter Außerachtlassung des § 14 UWG zu einer völligen Gleichstellung zwischen Mitbewerber und Verbraucher im UWG.

Ganz anders als Sack geht Kramer im selben Seminar an die Probleme Verbraucherschutz durch oder im Rahmen des UWG heran.<sup>470</sup> Von ökonomischen Überlegungen ausgehend, zieht er die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen in verschiedenen Bereichen des Wirtschaftsrechts heran, um dann zum Thema Konsumentenschutz durch UWG zu kommen.<sup>471</sup> Die Behandlung dieses Themas beginnt er mit der These, jedenfalls nach der UWG-Novelle 1971 <sup>472</sup> müssten Konsumenteninteressen bei Interpretationen „*direkt und gleichgewichtig*“ einbezogen werden. Vorsichtig schließt sich Kramer dann der bereits beschriebenen These Sacks an,<sup>473</sup> „...*das UWG, in concreto das Verbot des § 2 UWG, als Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher zu interpretieren, bei dessen Verletzung dem geschädigten individuellen Verbraucher ein deliktischer Schadenersatzanspruch zugestanden werden müsste wie im übrigen ausdrücklich im Art. 2 Abs 2 des schweizerischen UWG des Jahres 1943 anerkannt ist*“<sup>474</sup>

Schuhmachers Aussagen zu den Zwecken des UWG haben, vom Thema seiner Arbeit „*Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung*“ bestimmt, vor allem den Verbraucherschutz vor Augen.<sup>475</sup> Einen bedeutenden Teil seiner Arbeit nimmt die Untersuchung des Stellenwerts des Rechts der Werbung für den Verbraucherschutz ein. Seine Erwägungen zum UWG gehen daher von § 2 UWG aus. Der aus § 2 UWG entwickelte Grundsatz, dass Werbung wahr sein soll, ist für Schuhmacher die „*selbstverständliche Voraussetzung eines funktionierenden Marktverkehrs*“.<sup>476</sup> Er ist der Ansicht, dass deswegen, weil es bei Anwendung von § 2 UWG stets darauf ankomme, zu überprüfen, ob die gemachten Angaben zur Irreführung geeignet seien, die Ermittlung der Verkehrsauffassung ein wesentliches Instrument zum Schutz von

---

ÖJZ 1976, 311.

<sup>469</sup> Sack, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309; Sack, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher, in Kramer / Mayrhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 107.

<sup>470</sup> Kramer, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechtes in Kramer / Mayrhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 9.

<sup>471</sup> Kramer, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechtes in Kramer / Mayrhofer, 18 ff.

<sup>472</sup> BGBl 1971/74.

<sup>473</sup> „*Dürfte dem Vorschlag Sacks doch genügend Plausibilität zukommen*“, Kramer, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechtes in Kramer / Mayrhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 25.

<sup>474</sup> Kramer, Prinzipienfragen eines Österreichischen Konsumentenschutzrechtes, in Kramer / Mayrhofer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 25.

<sup>475</sup> Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983).

<sup>476</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 228.

Konsumenteninteressen bilde.<sup>477</sup> In einer kritischen Beurteilung der RSp zu § 2 UWG spricht Schuhmacher mittelbar das Problem an, wie im Rahmen des Zieles Verbraucherschutz die Interessen von bestimmten Gruppen von Verbrauchern berücksichtigt werden könnten. Er erwähnt nämlich das Problem, dass verschiedene Gruppen von Konsumenten besser oder in anderer Art vorgebildet seien und durch die jeweils zu beurteilende Werbeaussage nicht irreführt, sondern zusätzlich informiert werden könnten.

Er betrachtet letztlich auch das Problem des Verhältnisses zwischen den einzelnen zu berücksichtigenden Zielen unter dem Aspekt „*daß das Irreführungsverbot - wie jede andere wettbewerbsregelnde Norm - prinzipiell zunächst einmal den Wettbewerb beschränkt.*“<sup>478</sup> Schuhmacher kommt dann zum Ergebnis, dass man die Gefahr sehen müsse, mit Hilfe des § 2 UWG statt Konsumentenschutz lediglich Mitbewerberbehinderung zu betreiben und schließt diesen Gedankengang mit der Bemerkung:

*„Der Schutz vor Irreführung ist eben ein Optimierungs- kein simples Maximierungsproblem; er unterliegt wie sein Regelungsobjekt - die Werbung - letztlich dem Gesetz abnehmenden Grenznutzens bei steigenden Grenzkosten.“*<sup>479</sup>

Schuhmacher untersucht dann eine Reihe anderer wettbewerbsrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Vorschriften in Richtung Konsumentenschutz bei Vertragsanbahnung. Wie Koppensteiner nähert sich auch Schuhmacher dem § 1 UWG über die Spezialtatbestände des UWG und die sogenannten wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze. Auch § 1 UWG wird ausschließlich unter dem Blickwinkel der Suche nach verbraucherschützenden Funktionen hin untersucht. Das Ziel der Monografie, möglichst umfangreichen Verbraucherschutz aus dem vorgefundenen Gesetzesmaterial zu gewinnen, führt insgesamt gesehen, dazu, die anderen Ziele des UWG weniger zu berücksichtigen.

Schuhmacher stellt fest, dass sich durch die österreichische RSp der rote Faden ziehe, „*der Verbraucher solle seine Vertragsentscheidung frei von „unsachlichen“ Beeinflussungen... treffen*“ können. Manchmal, und das wird von Schuhmacher offenbar kritisiert, trete in den Begründungen der E des OGH neben dem Schutz der Individualinteressen der Verbraucher noch eine „*Zusatzerwägung*“ zu Tage.<sup>480</sup> Schuhmacher bringt nun diese „*Folgerwägungen*“ nicht mit den Aufgaben des UWG in Zusammenhang, bei jeder Anwendung des Gesetzes auch volkswirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen, sondern meint, diese Erwägungen entstünden nur aus dem Bewusstsein des OGH, im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gesetzgeberähnliche Stellung zu besitzen.<sup>481</sup> Dementsprechend meint Schuhmacher,

---

<sup>477</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 230.

<sup>478</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 238.

<sup>479</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 239.

<sup>480</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 408.

<sup>481</sup> Aus dieser Erwägung zieht Schuhmacher auch den meiner Meinung nach unzutreffenden Schluss: „*daß Folgenerwägungen von der Rechtsprechung nur beschränkt angestellt werden, führt zwingend zu der Schlussfolgerung, daß es für sie 3 Arten von Wettbewerbshandlungen gibt: zulässige, unzulässige und unerwünschte, die im Einzelfall zwar hinzunehmen sind, in ihrer Summierung jedoch die Qualität des Unzulässigen erlangen, bei ihnen schlägt gewissermaßen Quantität in Qualität um*“. Wie bei der Darstellung der RSp zu den Zwecken des UWG gezeigt werden konnte, geben teleologische Argumente in vielen Fällen den Ausschlag, die hier vorgenommene systematische Zusammenstellung soll auch eine Verstärkung dieses Aspekts der RSp zum UWG bewirken. Gegen

die Judikatur zu § 1 UWG sei nicht konsistent, weil der OGH über den Maßstab für die Konkretisierung der „guten Sitten“ uneinig sei.<sup>482</sup> Vor allem wirft er dem OGH vor, den „vom Gesetzgeber initiierten Paradigmenwechsel von einer individualrechtlichen, den Mitbewerberinteressen verpflichteten zu einer verbraucherorientierten Betrachtungsweise“ nicht nachvollzogen zu haben.

Ergebnis der Arbeit ist zuletzt, „intersubjektiv nachvollziehbare Entscheidungsvorschläge“ anzubieten. Dazu will Schuhmacher vorerst Klarheit über den Maßstab einer Entscheidung gewinnen.<sup>483</sup> Dieser Maßstab würde für die Erforschung der Zwecke des UWG besonders interessieren. Schuhmacher weist die Praxis der RSp, auch auf das „Anstandsgefühl“ der betroffenen Verkehrskreise zurückzugreifen, unter Bezug auf Kramer, Rummel und Koppensteiner<sup>484</sup>, als unbrauchbar zurück. Schuhmacher ist der Meinung, dass die Kriterien „an denen Werbung und andere Vertragsanbahnungsmethoden zu messen sind, ausschließlich von den Funktionsvoraussetzungen von Wettbewerb her zu entwickeln sind.“<sup>485</sup> Gleich darauf erklärt Schuhmacher auch, wie er die „Funktionsvoraussetzungen von Wettbewerb“ versteht:

*„Zu betonen ist ferner, daß die hier befürwortete Sichtweise keine Hintansetzung von Verbraucherinteressen, sondern gerade deren Positionierung an vorderster Stelle mit sich bringt: denn die Herrschaft des Leistungsprinzips im Wettbewerb ist identisch mit der Herrschaft des Konsumenten.“<sup>486</sup>*

Verstreut in den Äußerungen zu den einzelnen von ihm behandelten Werbemethoden und anderen Arten der Vertragsanbahnung finden sich weitere grundsätzliche Ansichten Schuhmachers zu den Zielen des UWG. So kommt im Zuge der Beurteilung vergleichender Werbung zum Ausdruck, dass im Rahmen der Werbung gerade auf die schlechtere Leistung eines Konkurrenten hingewiesen werden solle, da „nur so der Markt - dh die Gesamtheit der Konsumenten - eine ihm zukommende Auslesefunktion erfüllen“ könne<sup>487</sup>. Schuhmacher zieht als Kriterium der Beurteilung der Zulässigkeit vergleichender Werbung offenbar nur die Verbraucherinteressen heran: Unzulässig sollte daher nur die „reine“ Rufausbeutung, also die nichtinformative, pauschale Bezugnahme auf bekannte Marken und Firmen, die Ausnutzung der mit ihnen verbundenen „Images“ sein. Schuhmacher führt aus:

*„Sie bringt dem Verbraucher ebensowenig wie pauschale Herabsetzungen von Konkurrenten ohne Mitteilung der „Datenbasis“ und ist den gleichen Grundsätzen zu unterstellen.“<sup>488</sup>*

Auch zur Beurteilung der Zulässigkeit von Vorspannangeboten soll nach Schuhmacher das Verbraucherinteresse entscheiden. Unter Berufung auf die deutsche Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher seien Vorspannangebote nicht negativ zu beurteilen, solange sie keine Irrefüh-

---

diese Ansicht Schuhmachers auch Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, 253.

<sup>482</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 420.

<sup>483</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 421.

<sup>484</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 422, FN 2.

<sup>485</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 424.

<sup>486</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 433.

<sup>487</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 433.

<sup>488</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 436.

zung der Verbraucher bewirkten, denn sie dienten dem preisgünstigen Warenangebot für den Verbraucher. Dieses Argument allein solle für die Zulässigkeit von Vorspannangeboten entscheidend sein.<sup>489</sup>

In der Fallgruppe „*produkt-differenzierende Wort-/Bildwerbung*“ trete nach Schuhmacher zur Beurteilung der Unlauterkeit des Vorgehens hingegen die „*Gefahr für den Bestand und die Ordnungsfunktion des Wettbewerbs*“ in den Vordergrund. Aus den vorher behandelten Beurteilungskriterien gehe aber hervor, dass offenbar auch bei Auslegung des § 1 UWG in Richtung produkt-differenzierende Wort-/Bildwerbung die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit der Konsumenten im Vordergrund zu stehen habe.

Letztlich findet die Auseinandersetzung mit den Zwecken des UWG bei Schuhmacher ohne Aussagen über das Verhältnis der verschiedenen Ziele zueinander in der Bemerkung ein jähes Ende:

*„Denn Verbraucherschutz war und wird immer auf das Engste mit dem Schutz des Wettbewerbes selbst verbunden sein.“*<sup>490</sup>

Ebenfalls von der Analyse des Wettbewerbsrechts her kommend, beschäftigt sich Aicher mit Fragen der Ziele des UWG<sup>491</sup>. Auch Aicher betont bei der Auseinandersetzung mit den rechtlichen Grenzen der Werbung deutlich die Interessen der Verbraucher. Bei Erwähnung verbraucherschutzrechtlicher Normen, die im Laufe der 70er Jahre geschaffen wurden, wird zB auch die Einführung des Tatbestandes „*Ankündigungskartell*“ in § 1 Abs 1 Z 5 KartG angeführt und nur auf das Argument hingewiesen, dass dieser Tatbestand dem Schutz des Letztverbrauchers vor Irreführung über die tatsächliche Preisgestaltung dienen solle.<sup>492</sup> Der Hinweis Aichers, dass die EB zur KartG-Novelle nur Konsumentenschutzgründe für die Schaffung des § 1 Abs 1 Z 5 KartG anführen, ist korrekt, doch darf bei einer umfassenderen Beurteilung dieser Bestimmung nicht der systematische Zusammenhang und der Sinn der anderen Normen des KartG vergessen werden. Sicherlich dient nämlich die Einbeziehung des „*Ankündigungskartells*“ in die ausdrücklich aufgezählten Kartellarten auch den Interessen der Letztverkäufer, die auf diese Weise durch die Werbung des Erzeugers nicht zu bestimmten und einheitlichen Preisen bestimmt werden sollten und ferner dem gesamtwirtschaftlichen Interesse an einer bestimmten Funktion und Art des Wettbewerbes. Tatsächlich anerkennt Aicher an anderer Stelle auch diese Funktionen des § 1 Abs 1 Z 5 KartG. Aicher meint daher, der Zweck des § 1 Abs 1 Z 5 KartG, die Verbraucher vor irreführender Werbung zu schützen, führe dazu, dass diese Bestimmung des KartG eigentlich überflüssig sei, weil der Schutz vor Irreführung auch durch § 2 UWG erreicht werden könne.<sup>493</sup> Dieses Argument ist in Bezug auf die Interessen der Konsumenten richtig. Wie gerade ausgeführt, dient § 1 Abs 1 Z 5 KartG aber auch

<sup>489</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 440.

<sup>490</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 474, Mit diesem Satz endet die Abhandlung.

<sup>491</sup> Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 215.

<sup>492</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 223 mit Hinweis auf die EB zur KartG-Nov 1972, 473 BlgNR 13. GP, 27.

<sup>493</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 239.

und sicherlich nicht zu geringem Teil dem Schutz der Händler vor einem Preisdiktat der Erzeuger. Dieser Schutz könnte vom UWG wohl nicht gewährleistet werden.

Zu den Novellen des UWG, die zu einer Verstärkung der Berücksichtigung von Verbraucherinteressen geführt haben, führt Aicher vorerst durchaus ausgewogen aus, dass diese Neuerungen zu einer gleichgewichtigen Sicht der Verhältnisse der Mitbewerber und der Abnehmer führen solle. Aicher bestimmt das Verhältnis zwischen Verbraucherinteressen und anderen durch das UWG zu befriedigenden Interessen so:

*„War ehemals der Schutz der Verbraucher bloß (erwünschter) Reflex des primären Mitbewerberschutzes, ist er heute als gleichwertiger Schutzzweck des UWG anerkannt.“<sup>494</sup>*

Aus diesem Grund empfindet Aicher - wie Schuhmacher - zB die RSp zu Vorspannangeboten als zu sehr an den Mitbewerberinteressen orientiert.<sup>495</sup> Im Gegensatz zu Schuhmacher spricht Aicher aber sofort das dahinter liegende Problem an:

*„Die hier geäußerte Reserve (ergänze: gegen die Wahrnehmung von Interessen einer Mittelstandspolitik in dieser RSp) gegenüber der Verfolgung strukturpolitischer Zwecke qua UWG darf nicht als Plädoyer für die anfechtbare These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG in dem Sinne mißverstanden werden, daß mit Hilfe des UWG nicht Funktionsstörungen des Wettbewerbs bekämpft werden können.“<sup>496</sup>*

Aichers Lösung dieser Fragen kann heute nicht mehr ganz überzeugen. Er führt nämlich danach aus:

*„Festzuhalten ist aber daran, daß dem österreichischen UWG der Schutz des Mittelstandes - anders als der des Verbrauchers - nicht zugewachsen ist und keinen Niederschlag in der Novellengesetzgebung gefunden hat, wenngleich diese Zielrichtung nicht nur vom RabG, sondern wohl auch von der AusverkaufsVO schon seit jeher und durch das NVG, insbesondere nach der Einfügung des Verbotes des Verkaufes unter Einstandspreisen durch die Novelle 1980 in § 3a, seit neuerer Zeit verfolgt wird. Sofern daher Interessen des Mittelstandsschutzes mit Verbraucherinteressen bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung konfliktieren, überwiegen bei der Lauterkeitsprüfung der inkriminierten Handlung nach UWG die Konsumenteninteressen. Die stärkere Orientierung des UWG am Schutz der Verbraucher führt aber nicht nur im Bereich der Unlauterkeitstatbestände zu einer verbraucherschutzorientierten Interpretation. Angesichts der Tatsache, daß mehrere Bestimmungen des UWG, insbesondere die §§ 1 und 2, jedenfalls auch den Schutz des Verbrauchers intendieren, sollte am Schutznormcharakter dieser Bestimmungen iS des § 1311 ABGB zugunsten des einzelnen Verbrauchers kein Zweifel bestehen; deren Verletzung ist daher auch geeignet, einen Schadenersatzanspruch des durch eine unlautere Wettbewerbshandlung geschädigten Verbrauchers zu be-*

---

<sup>494</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 225.

<sup>495</sup> ZB: Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 226 in FN 61.

<sup>496</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 227.

gründen."<sup>497</sup>

Gerade die von Aicher angeführten Rechtsnormen, nämlich zB das NVG in der jetzt gültigen Fassung, sprechen nach meiner Meinung dafür, im Rahmen der Beurteilung konkreter Fälle auch andere als die Interessen der Verbraucher zur Beurteilung eines Verhaltens im Wettbewerb heranzuziehen. Es ist dabei durchaus auch der Fall denkbar, dass wirtschaftspolitische Zwecke, wie zB der Mittelstandsschutz, aus solchen Normen abgeleitet, den Verbraucherinteressen vorzuziehen sind.

Die von Aicher bloß in einer Fußnote angestellten Überlegungen zu den Zielen des UWG sind für meine Arbeit hervorzuheben.<sup>498</sup> Er warnt davor, in der alten RSp und Lehre zum UWG die Verbraucherinteressen mit den dort sogenannten Interessen „der Allgemeinheit“, des „Publikums“, gleichzusetzen. Die Gefahr dieser Sicht sei, dass die Schutzrichtung damit gleichsam „entpersonalisiert“ werden würde. Demgegenüber sei zu betonen, dass der von einer Norm intendierte Schutz der Allgemeinheit es nicht ausschließe, auch den Individualschutz des einzelnen Verbrauchers zu bezwecken. Letzteres genüge für den Schutzgesetzcharakter des UWG.<sup>499</sup> Zur Diskussion über die Eigenschaft des UWG als Schutzgesetz ist hier nicht einzugehen. Die Erkenntnis, dass es nebeneinander unterschiedliche Arten von Verbraucherinteressen geben kann, ist hingegen besonders bedeutsam.<sup>500</sup>

Das Problem der möglichen Differenziertheit von Verbraucherinteressen beschäftigt Aicher auch im Zusammenhang mit der Erörterung des Umfangs der Verkehrskreise, die irreführt werden müssen, um Unlauterkeit nach § 2 UWG zu bewirken. Er schließt sich dabei Schuhmacher an, und meint, der „Minderheitenschutz“ dürfe nicht so weit getrieben werden, dass anderen Konsumenten wichtige Informationen vorenthalten werden. Wie Schuhmacher schließt auch Aicher seine Ausführungen mit Bemerkungen, die den Eindruck aufkommen lassen, auch volkswirtschaftliche Interessen hätten bei Auslegung des UWG einen bedeutenden Platz. Er führt aus:

*„In einer substitutionshemmenden Verwirrung der Markttransparenz auf Märkten homogener Güter ist eines jener marktbezogenen Unlauterkeitselemente zu erblicken, die den in der angebotdifferenzierenden Werbung gelegenen Nichtleistungswettbewerb wegen der damit verbundenen negativen gesamtwirtschaftlichen Folgen, die von (künstlichen) Marktzutrittschranken bis zu konzentrationsfördernder Marktsegmentierung reichen, als sittenwidrig in des § 1 UWG erscheinen lassen.“<sup>501</sup>*

---

<sup>497</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 228.

<sup>498</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 228 in FN 71.

<sup>499</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 229 mit einem Verweis auf Rummel, in Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>I</sup> II (1975), 204, FN 50.

<sup>500</sup> Hanreich, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht, in FS Wenger (1983), 539 (559).

<sup>501</sup> Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher, Das Recht der Werbung (1984), 269.

### 2.5.3 Die gleichseitige Berücksichtigung verschiedener vom UWG berücksichtigter Interessengruppen

Im Zusammenhang mit der Frage, ob im UWG Normen enthalten sind, die als Schutzgesetz iS von § 1311 ABGB angesehen werden müssen, behandelt Rummel<sup>502</sup> kurz die Schutzzwecke des UWG. Unter Bezugnahme auf Hohenecker / Friedl und Baumbach / Hefermehl<sup>503</sup> stellt Rummel fest, das Wettbewerbsrecht schütze Mitbewerber und die Allgemeinheit. Er kommt zum Ergebnis, dass solche Vorschriften des UWG, die „*unmittelbar dem Schutz einzelner Abnehmer*“ dienen, auch Schutzgesetze iS des § 1311 ABGB seien. Beispiele für solche Normen des UWG führt er jedoch nicht an, sondern meint, solche Bestimmungen aufzufinden, sei ein Interpretationsproblem.

Bei der Auseinandersetzung mit der Generalklausel des § 1 UWG gelingt Rummel eine knappe und überzeugende Problemdarstellung und Lösung, die in die Zukunft weist. Gleich zu Beginn seiner Ausführungen stellt er fest, dass bei Auslegung des § 1 UWG „*eine Orientierung an den in der gesamten Wettbewerbsordnung zum Ausdruck kommenden Prinzipien*“ stattzufinden habe. Diese Prinzipien und nicht irgendjemandes „*Anstandsgefühl*“ sollten die Richtschnur für die Interpretation der guten Sitten im Wettbewerbsrecht liefern. Das Zusammenwirken dieser Prinzipien in der konkreten Auslegung würde am besten im Rahmen eines „*beweglichen Systems im Sinne Wilburgs*“ erfolgen.<sup>504</sup> Die Orientierung am Anstandsgefühl des durchschnittlichen Gewerbetreibenden „*könne zu keinem befriedigenden Ergebnis führen*“.<sup>505</sup> Obwohl sich die Auslegung des § 1 UWG an den Prinzipien der Wettbewerbsordnung orientieren müsse, hält Rummel auch die subjektive Einstellung des Handelnden für bedeutsam. Zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches sei Verschulden zu verlangen. Für den Unterlassungsanspruch reiche objektiver Sittenverstoß aus, erfolge die Handlung aber nur versehentlich „*oder im guten Glauben an ihre Erlaubtheit oder Unschädlichkeit, so wird der Vorwurf sittenwidrigen Handelns nur bei objektiv schwerer wiegenden Verstößen gegen die Grundregeln lauterer Wettbewerbes gerechtfertigt sein.*“<sup>506</sup>

Rummel zeigt damit bereits alle Grundsätze auf, die auch nach meiner Meinung zu verfolgen sind, nämlich: Gesamtschau des Wettbewerbsrechtes, Orientierung an der Wettbewerbsordnung, die nach meiner Anschauung selbstverständlich auch mit der Wirtschaftspolitik korreliert; Nutzung dieser Ergebnisse in der konkreten Auslegung mit den Mitteln eines beweglichen Systems.

Koppensteiner erweiterte die Sicht auf das Problem Verbraucherschutz durch UWG auf das Thema Verbraucherschutz durch das gesamte Wettbewerbsrecht.<sup>507</sup> Schon einleitend geht er

---

<sup>502</sup> Koziol, österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II, 259, FN 23.

<sup>503</sup> Rummel, in Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II, 259, FN 23.

<sup>504</sup> Rummel, in Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984), 266 unter Berufung auf Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 198 f und mit Hinweis auf österreichische RSp.

<sup>505</sup> Darin folgt ihm Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 231.

<sup>506</sup> Rummel, in Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984), 267. Zu Recht kritisiert M. Bydlinski, Rabattverbot und Vertragsrecht, JBl 1988, 701 (704) die E OGH 16.1.1986, SZ 59/11 = ÖBl 1986, 106 = JBl 1986, 106. Die von M. Bydlinski für das RabattG ausgeführten Erwägungen zum Problem der Ungültigkeit eines Vertrages, der gegen das Rabattverbot verstößt, sind auch auf dasselbe Problem bei Verstößen gegen das UWG anzuwenden.

<sup>507</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981) und Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, Unlauterer Wettbewerb(1987).

davon aus, dass es nicht sinnvoll sei, die Aufgabe, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu verhindern, nur dem Kartellrecht, und die Aufgabe, wettbewerbsfremde Kampfmittel zu verhindern nur dem UWG zuzuteilen. Auch das UWG erfülle Aufgaben des Bestandschutzes, während das Kartellrecht auch Normen kenne, die dem lautereren Verhalten im Wettbewerb dienen.<sup>508</sup> Koppensteiner analysiert dann die Österreichische Wettbewerbspraxis unter Berücksichtigung der relevanten wirtschaftsrechtlichen Vorschriften, besonders des Preisrechts. Aus den Materialien zum UWG 1923 zieht er den üblichen Schluss, dass ursprünglich die Interessen der Abnehmer vom UWG nicht geschützt werden sollten und kritisiert diese Tatsache. Erst im Laufe der Zeit, besonders durch die Novellen 1971 und 1980 zum UWG, sei die notwendige Berücksichtigung der Verbraucher als Marktgegenseite erfolgt.<sup>509</sup>

Besonders im Zusammenhang mit § 1 UWG ist aus verschiedenen Äußerungen Koppensteiners seine Meinung zu den Zwecken des UWG erkennbar. Koppensteiner geht offenbar davon aus, dass ein ordnungstheoretischer Zusammenhang zwischen einem bestimmten volkswirtschaftstheoretischen Wettbewerbskonzept und dem UWG nicht ohne weiteres gezogen werden dürfe, sondern dass aus dem Gesetz selbst zu erforschen sei, wie dieser Zusammenhang zwischen volkswirtschaftlichem Ansatz und den anderen Zwecken des Gesetzes aufzufassen ist.<sup>510</sup> Aus dieser Aussage geht hervor, dass Koppensteiner den volkswirtschaftlichen Zielen des UWG eine starke Bedeutung auch in der praktischen Auslegung des UWG zumisst. Koppensteiner geht weiters davon aus, dass der Inhalt dieser volkswirtschaftlichen Ziele aus den Normen des UWG und anderer wettbewerbsrechtlicher Gesetze gefunden werden muss. Daher beginnt er seine Analyse bei den Spezialtatbeständen des UWG, um dann erst zu § 1 UWG zu kommen.

In einem kurzen rechtspolitischen Ausblick meint Koppensteiner, die Tatbestandsvoraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses für Klagen solle wegfallen, da „*die jeweilige Marktgegenseite, die Verbraucher, die Allgemeinheit... an der Unterbindung leistungsfremder Wettbewerbshandlungen schlechthin interessiert*“ sei. Damit könne die Durchsetzung volkswirtschaftlicher Interessen via UWG verstärkt werden.<sup>511</sup>

Koppensteiner lehnt die Auslegung des § 1 UWG als „*Anstandsformel*“ völlig ab und trachtet aus den Sondertatbeständen des UWG ua Wettbewerbsgesetze allgemeine Grundsätze des UWG zu finden.<sup>512</sup> Als Ordnungskonzept der Sondertatbestände bildet er heraus<sup>513</sup> :

- den „*Wahrheitsgrundsatz*“,
- die Gewährleistung einer „*sachgerechten Kaufentscheidung*“,
- die Verhinderung „*leistungswidriger Angriffe*“ und
- die Verhinderung von „*Marktstörungen*“.

---

<sup>508</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 12 und Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, Unlauterer Wettbewerb (1987), 15.

<sup>509</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 46 und 47 und Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II Unlauterer Wettbewerb (1987), 6 und 7.

<sup>510</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 302; ähnlich Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II. (1987), 15 und 240.

<sup>511</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 317 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 33.

<sup>512</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 480 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 231.

<sup>513</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 484 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 236.

Er spricht sich dagegen aus, ein aus dem RabG ableitbares „*Strukturkonservierungsziel*“, das als Mittelstandsschutz wirken soll, in diesen Kriterienkatalog aufzunehmen.

Neben diesen Grundsätzen, die sich aus UWG-Spezialtatbeständen und wettbewerbsrechtlichen Nebengesetzen ableiten ließen, sind nach Koppensteiner die Interessen der Konsumenten und der Allgemeinheit zu schützen. Aus diesen Teilen setzt Koppensteiner das Bild eines Wettbewerbsrechtes zusammen, das an „*wettbewerbsimmanente Maßstäbe zu orientieren*“ sei.<sup>514</sup> Bei Widerstreit der verschiedenen Interessengruppen sei nach dem Referenzsystem „*Wettbewerb*“ vorzugehen.

Außerdem sei nach Koppensteiner das UWG mit dem Kartellrecht zu verknüpfen, wobei die Einzelkonsequenzen recht unbestimmt seien. „*Aus dem Postulat lauterer Wettbewerbs läßt sich zwar entwickeln, daß es überhaupt, nicht aber wieviel Wettbewerb es geben soll.*“<sup>515</sup> Eine zu enge Verbindung zwischen den Entscheidungskriterien des UWG und des KartG sei abzulehnen, da ansonsten der „*kartellrechtliche Begriff der Sittenwidrigkeit bzw Gesetzwidrigkeit (§ 24 Abs 1 Z 5 KartG) seine Eigenständigkeit einbüßen würde*“.<sup>516</sup>

Koppensteiner teilt damit Möschels Aussage<sup>517</sup>: „*Der wettbewerbstheoretische, gemeinsame Bezugspunkt (ergänze: der verschiedenen Interessen) ist der Schutz einer freien Wettbewerbsordnung.*“

Als Ergebnis aller dieser Erwägungen, und nachdem er sich auch mit Gegenargumenten auseinandergesetzt hat, kommt Koppensteiner zum Ergebnis:

„*Die Maßstäbe sittenwidrigen Verhaltens sind - das ist als Gesamtergebnis unserer Überlegungen festzuhalten - ausschließlich aus den Funktionsvoraussetzungen von Wettbewerb zu entnehmen.*“<sup>518</sup>

Zur Feststellung der Sittenwidrigkeit ist daher „*nur die Beeinträchtigung der Funktionsmöglichkeiten von Wettbewerb*“ erheblich. Nach Koppensteiner liefe ein Ansatz, der den Inhalt der Normen des UWG nach anderen Kriterien erfassen würde, auf eine rechtlich nicht mehr zu kontrollierende Befugnis der Gerichte hinaus, Wirtschaftspolitik zu betreiben.<sup>519</sup>

#### **2.5.4 Ergebnis**

Die Methode, privatrechtliche und öffentlichrechtliche Normen des Wirtschaftsrechts in sinnvoller Zusammenschau auszulegen, kommt nach 1945 im Wettbewerbsrecht zuerst durch Mayer-Maly zur Anwendung. Auch Koziol ist der Meinung, dass bei der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fälle vor allem wirtschaftspolitische Gesichtspunkte und die aus der Gesamtrechtsordnung abzuleitenden Grundprinzipien zu berücksichtigen seien.

Bei der Beurteilung von Werbemaßnahmen nach dem Lauterkeitsrecht überwiegt in den 70er Jahren die Meinung, die Interessen der Konsumenten seien bei Beurteilung von Sachverhalten nach dem UWG

---

<sup>514</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 486 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 239 f.

<sup>515</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 489 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987) 241, hier unter Einbeziehung der Zwecke des NVG in seine Betrachtungen.

<sup>516</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 490 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 243.

<sup>517</sup> Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz (1978), 134.

<sup>518</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 494 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 247.

<sup>519</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 500 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 253.

besonders hervorzuheben (Aicher, Kramer, Schuhmacher). Hefermehl, Sack und mit gewissen Einschränkungen Schuhmacher vertreten die Meinung, die Interessen der Konsumenten müssten in allen Teilen des Wettbewerbsrechts vorrangig berücksichtigt werden. Aicher und Kramer nehmen zur Vorrangstellung der Konsumenteninteressen eine differenziertere Stellung ein. Sie sehen eine derartige Änderung in den Zielen des UWG nur iVm rechtlich erkennbaren wirtschaftspolitischen Gegebenheiten für richtig an. In Zeiten, in denen die Interessen des Konsumentenschutzes besonders gefördert werden, sei dieser Grundsatz auch im UWG stärker zu betonen. Würden sich die politischen Einstellungen ändern und würde diese Einstellungsänderung aus den Rechtsvorschriften ableitbar sein, müsse dies auch auf die Auslegung des UWG Konsequenzen haben.

Die Einbindung der Interessen der Konsumenten in einem ausgewogenen Verhältnis zu den anderen Zwecken des UWG befürworten in jüngerer Vergangenheit vor allem Koppensteiner und Rummel.

Der Hinweis auf die Tatsache, dass Gruppen von Konsumenten nicht notwendig dieselben Interessen verfolgen müssen, ist ein besonderer Verdienst Aichers und Schuhmachers. In manchen Fällen müssten daher die Interessen verschiedener Gruppen von Konsumenten ermittelt und berücksichtigt werden. Nur Sack vertritt für das österreichische Recht die Meinung, dass bei jeder UWG-Verletzung auch jedem einzelnen Konsumenten ein Schadenersatz- und Unterlassungsanspruch – natürlich unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften des Schadenersatzrechts - zustehe.

## 2.6 Die Teleologie des UWG

Die Untersuchung der den Vorschriften über unlauteren Wettbewerb zugrundeliegenden Wertvorstellungen und Zielen hat einige, gut zusammenfassbare Ergebnisse erbracht.

Bereits mit den ersten Normen gegen unlauteren Wettbewerb sollten die Interessen der Wettbewerber, der Konsumenten und der gesamten Volkswirtschaft befriedigt werden. Sowohl die rechtspolitische Diskussion als auch die wissenschaftliche Literatur der Zeit um die Jahrhundertwende lässt deutlich erkennen, dass zwar eine gleichmäßige Berücksichtigung dieser Zwecke beabsichtigt war, jedoch die Wahrung der Konkurrenteninteressen entscheidend bevorzugt wurde. Diese Bevorzugung blieb in der Struktur des UWG bis heute erhalten. Eine unverhältnismäßige Bevorzugung der Interessen der Wettbewerber und eine damit notwendig zusammenhängende Leugnung der direkten Berücksichtigung von Konsumenteninteressen durch das UWG, ist nur bei Erlassung dieses Gesetzes und in den darauffolgenden 1920er und 1930er Jahren festzustellen. Auch in dieser Zeit wurden jedoch in der RSp die Interessen des „*Publikums*“ als eigenes Ziel ausdrücklich gewahrt. In den 1970er Jahren wurde im Zusammenhang mit der damals blühenden Konsumentenschutzbewegung versucht, auch das UWG nur aus dem Blickwinkel der Verbraucher zu sehen. Die daraus folgenden, bewusst einseitigen Resultate bei Auslegung des Lauterkeitsrechts, konnten sich in der RSp nicht durchsetzen. Aus diesen Entwicklungen ist besonders der Zusammenhang zwischen allgemeinen rechtspolitischen und wirtschaftspolitischen Bestrebungen und der Auslegung bestimmter Gesetzesbegriffe im Wettbewerbsrecht deutlich erkennbar.

Die RSp hat diesen Gedanken bereits in ihre Entscheidungspraxis übernommen. Die Wahrnehmung volkswirtschaftlicher Interessen an einem leistungsgerechten, funktionierenden Wettbewerb kommt zB in der jüngsten RSp zur Sittenwidrigkeit des Verstoßes gegen § 3a NVG zum Ausdruck.

Die besonders von der Lehre immer wieder hervorgehobene Wechselwirkung zwischen den verschie-

denen wettbewerbsrechtlichen Normen kann hingegen derzeit in der Entscheidungspraxis des OGH noch nicht wahrgenommen werden. Die Übertragung inhaltlicher Wertungen aus anderen Wettbewerbsgesetzen in das UWG sollte nach meiner Meinung aber erkennbar erfolgen, um die sich ändernden wirtschaftspolitischen Einstellungen, die auch aus wirtschaftsrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers erkennbar sind, in die RSp zum UWG aufzunehmen. Auch hier könnte die RSp zu § 3a NVG ein Maßstab für künftige Entwicklungen sein.

### **3 Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

#### **3.1 Entwicklung bis zum Ende der Monarchie**

##### **3.1.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund**

Bereits in der Einleitung wurde festgehalten, dass der Beobachtungszeitraum dieser Untersuchung mit der Zeit nach 1848 beginnen soll. Dennoch ist manchmal ein Rückblick auf die vor diesem Zeitpunkt liegenden Epochen notwendig. Das ist besonders bei der Beleuchtung des wirtschaftsgeschichtlichen Hintergrunds des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen nötig, da manche Entwicklungen zur Schaffung von Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon vor diesem Zeitpunkt begonnen haben.

Die erste Hälfte des 19. Jhdts war gekennzeichnet durch das Beginnen der industriellen Revolution, die jedoch in Österreich weder auf adäquate finanzielle noch ausreichende rechtliche Strukturen aufbauen konnte. Das Fehlen der finanztechnischen Einrichtungen und damit der Möglichkeit gebundenes Kapital in Bewegung zu setzen, war sicherlich die größte Schwierigkeit dieser Industrialisierungs-Epoche entgegenstand.<sup>520</sup> Die Ausarbeitung entsprechender Rechtsregeln sowohl für die Finanzierungsaufgaben (Entwicklung der Kapitalgesellschaften) wie für die Regelung der Arbeitsverhältnisse und der Wettbewerbsverhältnisse war eine der wichtigsten Aufgaben des Staates in der damaligen Zeit.<sup>521</sup> Die Situation auf dem privaten Kreditsektor war zu Beginn des 19. Jhdts noch immer von den Gedanken des Merkantilismus geprägt. Die Finanzierung industrieller Tätigkeit war noch kaum möglich.<sup>522</sup> Die Kapitalausstattung erfolgte direkt vom Unternehmer. Das erklärt auch die anfängliche Dominanz des österreichischen Adels beim Aufbau industriell tätiger Betriebe. Der Staat unterstützte die Industrialisierung der österreichischen Wirtschaft vor allem durch Privilegien Erteilung und seine Außenhandels- und Zollpolitik. Die Gründung der österreichischen Nationalbank 1816 erfolgte vor allem, um die Sanierung der Staatsfinanzen zu versuchen und nicht um die Finanzierung der Industrialisierung zu ermöglichen.<sup>523</sup>

---

<sup>520</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josefs I - am Beispiel der k.k. priv. Österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe, (1968), 25.

<sup>521</sup> Diese rechtlichen Grundlagen sollten ua von der bereits 1763 gegründeten Schule für Polizei- und Kameralwissenschaft an der Universität Wien, die unter der Leitung von Sonnenfels stand, geschaffen werden.

<sup>522</sup> ZB März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Joseph I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe, (1968), 25; er zitiert Lorenz von Stein, Die neue Gestaltung der Geld- und Creditverhältnisse in Österreich, Wien 1855, 42-43 „Die Bank kannte die Masse des gewerblichen Volkes ebenso wenig als diese sie kannte.“

<sup>523</sup> Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 65.

Neue Finanzierungsmethoden wurden bei der Gründung von Eisenbahnunternehmen entwickelt und erprobt. Bereits die 1. Eisenbahnlinien in Österreich, die Pferdebahn Linz - Budweis und Linz - Gmunden wurde, als Geldschwierigkeiten auftraten, im Jahre 1832 von den Bankhäusern Geymüller, Rothschild und Stamatetz übernommen.<sup>524</sup> Diese für das Verhältnis der österreichischen Banken zur Wirtschaft typische Situation, dass nämlich die Banken bei Finanzierungsschwierigkeiten direkt die Führung von Wirtschaftsbetrieben übernahmen, ist auch bei Verfolgung der weiteren Geschichte des österreichischen Eisenbahnwesens zu beobachten. Zwei Drittel der erwarteten Geldmittel für die erste Dampfeisenbahnlinie wurden direkt vom österreichischen Bankhaus Rothschild aufgebracht, das bereits bei der Projektierung der Bahn direkt auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einwirkte.<sup>525</sup> Grund für die Zusammenarbeit mit dem Bankhaus Rothschild bereits in der Projektierungsphase war sicherlich auch die internationale Verflechtung der Rothschild-Banken, die über den englischen Teil der Familie Zugang zu wesentlichem Eisenbahn-Know-How bieten konnten.<sup>526</sup>

Bei der Errichtung und dem Betrieb von Eisenbahnlinien zeigte sich rasch das wettbewerbspolitische Problem, die Position von Eisenbahnunternehmen, die durch die Privilegierung die Stellung eines natürlichen Monopols erlangten, durch staatliche Wirtschaftslenkung zu steuern. So kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Konzessionären der Bahnlinie Wien - Raab, dem Bankhaus Sina und dem Bankhaus Rothschild, als dieses 1836 um eine Konzession für eine Zweiglinie der Nordbahn von Wagram nach Preßburg einkam. Die Behörde hatte den Konflikt um die Führung von zT parallel konzipierten Eisenbahnlinien so zu entscheiden, dass die volkswirtschaftlichen Interessen an einem möglichst effizienten Mitteleinsatz gewährleistet werden konnten. Die Hofkanzlei stellte sich im gegebenen Anlass auf den Standpunkt, dass keine weitere Ausdehnung der Eisenbahn im Norden erfolgen sollte, sondern zuerst eine Bahn in den Südosten geführt werden sollte.

Ein wichtiges Instrument der Wettbewerbspolitik, die Börse, bestand in Österreich bereits im Vormärz. Bereits Anfang des 19. Jhdts wurde an der Wiener Börse bedeutende Umsätze im Devisen- und Valuten Handel und im Handel mit Staatsobligationen getätigt. 1810 wurde ein Börsenregulativ erlassen, das Schutz vor Spekulationen bieten sollte.<sup>527</sup> Die Börse, als wesentliches Instrument einer liberalen Wirtschaftspolitik, war somit in ihren Grundzügen vorgebildet. Da noch keine Aktiengesellschaften gegründet werden konnten, war jedoch naturgemäß noch kein Aktienhandel möglich.

Die ersten Jahre nach 1848, aber auch noch die Zeit bis zum Börsenkrach 1873 waren vom Erproben und Ausnützen der Möglichkeiten des wirtschaftlichen Liberalismus gekennzeichnet. Die wesentlichsten wirtschaftspolitischen Aufgaben der Gesetzgebung um die 1870er Jahre waren die Bewältigung der Probleme des Arbeitsrechts<sup>528</sup>, die Regelung des gewerbli-

---

<sup>524</sup> Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 92.

<sup>525</sup> Der Prokurist der Rothschild-Bank, Wertheimstein, bereiste zusammen mit dem technischen Leiter des Projektes, Riepel, England, um wie Riepel, der die technischen Entwicklungen des Eisenbahnwesens kennenlernte, die kaufmännischen Belange dieses Wirtschaftszweigs zu studieren.

<sup>526</sup> Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 92.

<sup>527</sup> HKD vom 17.11.1810.

<sup>528</sup> Anregung des Vorarlberger Landtages vom 12.9.1868, ein Reichsgesetz zu erlassen, das die tägliche Arbeitszeit in Fabriken auf zwölf, samstags auf elf Stunden beschränken sollte; diese Anregung

chen Korporationswesens und die Schaffung von Maßnahmen gegen die Spekulation.

Die Mehrheit der Abgeordneten lehnte jeden Eingriff in „*das Gesetz der freien Bewegung*“ und daher auch die Schaffung von speziellen Sozialgesetzen, ab.<sup>529</sup> Vorschriften zu Wettbewerbsbeschränkungen galten allgemein, daher auch für die Arbeitsverhältnisse.

Das KoalitionsG 1870 war die, lange Zeit wohl wesentlichste, österreichische Vorschrift, die sich mit der Regelung von Wettbewerbsbeschränkungen befasste.<sup>530</sup> Seiner ursprünglichen Bedeutung nach, war das KoalG 1870 aber ein SozialG, mit dem das Koalitionsverbot der §§ 479, 480, 481 StGB 1857 aufgehoben wurde.<sup>531</sup> Diese Gesetzesänderung galt auch für Gewerbetreibende und beendete damit auch die Geltung von gewerberechtl. Koalitionsverboten.

Verhandlungen über eine neuerliche Reform der Gewerbeordnung schlossen sich an die Beschlussfassung des KoalG 1870 an. 1874 wurde dem Parlament ein Referentenentwurf vorgelegt, der ein Abgehen von den Zwangsgenossenschaften vorsah und auch nur mehr „freie“ Gewerbe kannte. Offenbar wollte die Regierung durch diese Zugeständnisse an die parlamentarische Mehrheit im Gegenzug einen zeitgemäßen Ausbau der Arbeiterschutzgesetzgebung erwirken.<sup>532</sup> Dieser Referentenentwurf gelangte jedoch nicht einmal in parlamentarische Behandlung.

Ein wesentliches Element der Wirtschaftspolitik im Zeitraum 1848 bis 1873 war der Versuch einer Freihandelspolitik entsprechend liberalen Grundsätzen.<sup>533</sup> Diese Politik fand jedoch bald - und besonders nach dem Handelsvertrag mit England (16.12.1865) und insb. der Nachtragskonvention (30.12.1869) mit ihren niedrigen Zöllen für Woll- und Baumwollwaren - Widerstand, der in den Kreisen der Brünnener Wollwarenfabrikanten seinen Ausgang nahm. Nach dem Börsenkrach 1873 verstärkten sich die Stimmen für eine Schutzzollpolitik. Zuletzt setzten sich die Schutzzöllner durch - es kam nach dem Scheitern der Verhandlungen mit dem deutschen Reich zum Erlass des autonomen Zolltarifs vom 27.6.1878.<sup>534</sup> Der Zeitraum einer liberalen Außenhandelspolitik ist somit noch kürzer als die liberale Wirtschaftspolitik in anderen Teilgebieten, sie dauerte nur 18 Jahre.

Die Industriebetriebe wurden in diesem Zeitraum im Wesentlichen als Aktienvereine gegründet. Die Möglichkeiten, diese Rechtsform zur Gründung und Führung von Industrieunternehmen zu verwenden, bewirkte sicherlich eine nachhaltigere Umwandlung des Wirtschaftssys-

---

fand im AH Widerhall und schon am 18.12.1868 brachten die Abg Dr Roser und Genossen den Antrag ein, die Regierung sei aufzufordern, dahin zu wirken, dass die tägliche Arbeitszeit in den Fabriken auf zehn Stunden und Kinderarbeit für Kinder erst ab 14 Jahren zuzulassen sei. Bereits 1870 entwarf die Regierung einen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Hilfsarbeitern, Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 83, FN 3.

<sup>529</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 84, FN 1 zitiert dazu den Abg Klun.

<sup>530</sup> RGBI 1870/43.

<sup>531</sup> Schulte, Das österreichische Kartellrecht vor 1938 (1980), 41 f.

<sup>532</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 87.

<sup>533</sup> Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 92.

<sup>534</sup> A. Beer, Die Finanzen Österreichs im 19. Jahrhundert (1877), 453; Waentig, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898), 93.

tems als alle damals diskutierten Änderungen der GewO herbeiführen hätten können. Die Verfügbarkeit von Geschäftsanteilen über den abstrakten Börsenhandel brachte erst jene Beweglichkeit in den privaten unternehmerischen Bereich, die eine liberale Wirtschaftsordnung ermöglichte.

Ein Spezifikum der österreichischen Situation war, dass die Banken durch ihren noch unbeschränkten Aktienbesitz eine besonders starke direkte Beteiligung an Unternehmen aufwiesen. Diese Tatsache wird meist damit zu erklären versucht, dass das österreichische Unternehmertum immer zu kapitalschwach, wenig initiativ etc war und damit gleichsam automatisch die Wirtschaftsführung den Banken zufiel.<sup>535</sup>

Es gehört nicht unmittelbar zum Thema dieser Arbeit, ich möchte aber dennoch kurz darauf eingehen, dass sicherlich nicht nur die Kapitalschwäche der österreichischen Unternehmen für die enge Verbindung der österreichischen Industrie mit den Banken verantwortlich ist, sondern auch die unternehmenspolitische Organisation des österreichischen Bankwesens seit Mitte des 19. Jhdts üblich war.

Die (wohl auch heute noch) bedeutendste österreichische Bank, die Creditanstalt, entstand nach dem Vorbild des Credit Mobilier, jener von den Brüdern Pereire in Frankreich geschaffenen Bankform, die in Anlehnung an die sozialistischen Ideen des Saint Simon die Wirtschaftsorganisation im Rahmen eines Bankkörpers versuchte. Pereire vertrat die Meinung, dass durch ein Bankwesen in Form des Credit Mobilier sogar der Konkurrenzkampf zwischen den einzelnen Betrieben ausgeschlossen und „*die Organisierung der Industrie unter Aufsicht der Banken kommen werde*.“<sup>536</sup>

Diese Organisationsform und damit verbunden auch die Unternehmensideologie wurde von Finanzminister Bruck<sup>537</sup> oder nach anderer Meinung von Rothschild<sup>538</sup> nach Österreich übernommen und, wie man sagen muss, mit nachhaltigem Erfolg durchgeführt. Es ist hier nicht zu entscheiden, ob die Idee für die Gründung einer Bank nach Vorbild des Credit Mobilier, von Rothschild oder Finanzminister Bruck geboren wurde. Sicher ist, dass Bruck intensiver Befürworter der Pläne war, sie in der Verwaltung durchsetzte, und dass die Bankgründung auch unter Beteiligung des österreichischen Hochadels erfolgte.<sup>539</sup> Im gegebenen Zusammenhang ist wichtig, dass erklärtes Ziel der Gründung der Creditanstalt einmal die Unterstützung der Nationalbank und damit die Stützung der staatlichen Finanzpolitik aber auch die direkte

---

<sup>535</sup> Auch Butschek, Die österreichische Wirtschaft 1938-1945 (1978), 23 spricht ohne Nachweise dafür anzuführen, von einem „*knappen Reservoir an unternehmerischen Begabungen*“, dessen Grund im „*soziologisch-sozialpsychologischen*“ gelegen sei.

<sup>536</sup> Zitiert nach Scheffer, Das Bankenwesen in Österreich (1924), 174; März, Die wirtschaftliche Entwicklung der Donaumonarchie im 19. Jhd., Gedanken zu einem neuen Buch von David F. Good, Wirtschaft und Gesellschaft 1985, 367.

<sup>537</sup> So März, österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968).

<sup>538</sup> So Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924).

<sup>539</sup> A. Beer, Die Finanzen Österreichs im 19. Jahrhundert, (1877), 262; März, österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 35.

Beteiligung an Industrieunternehmen war.<sup>540</sup>

Das Eisenbahnwesen erlebte vor 1873 einen weiteren, bedeutenden Aufschwung. Das Netz der Bahnen wurde im Zeitraum zwischen 1867 und 1873 um 155 % erweitert.<sup>541</sup> Damit vergrößerte sich auch das Telegraphennetz in gleichem Umfang.

Im Spekulationsboom von 1867 bis 1873 wurden 1005 neue Aktienvereine gegründet.<sup>542</sup> Im Vergleich dazu 1873 bis 1879 nur 39. Die überhitzte Spekulation in diesem Zeitraum führte zum Börsenkrach 1873, der die österreichische Wirtschaftspolitik wesentlich veränderte und das langsame Verschwinden des wirtschaftlichen Liberalismus einleitete.<sup>543</sup>

Der Börsenkrach von 1873 hatte dem wirtschaftlichen Liberalismus einen bedeutenden Stoß versetzt, von dem er sich nicht mehr erholen konnte. Die Tendenz der Zeit nach 1873 ging in Richtung staatlicher Wirtschaftsaufsicht und auch in den Reihen der Liberalen wuchs die Anzahl derer, die Staatsinterventionen zur Beherrschung der Depression befürworteten.<sup>544</sup>

Parallel zu dieser positiven Einstellung gegenüber staatlichen Interventionen vollzog sich auch ein langsamer Stimmungsumschwung in Bezug auf die Berechtigung und Notwendigkeit von Konjunkturbelebungen durch direkte staatliche Aufträge.<sup>545</sup> Obwohl die Regierung aus prinzipiellen Gründen eine Laissez-faire-Politik betrieb, wurden auch aus liberalen Kreisen Stimmen laut, die öffentliche Interventionen verlangten. Man forderte die Wiederaufnahme des staatlichen Eisenbahnbaus, die Gewährung von Darlehen an Gemeinden zur Errichtung von Schulen, Gemeindehäusern usw, konnte sich aber politisch vorerst nicht durchsetzen.<sup>546</sup> In Bezug auf den Eisenbahnbau lag dies daran, dass immer mehr Ausfallhaftungen für notleidende Bahnen schlagend wurden und der Staat leisten musste. 1876 brachte diesbezüglich einen Höhepunkt, da zu diesem Zeitpunkt 47 Millionen Gulden (das waren 5,6 % des Budgets) für staatliche Garantieleistungen aufgebracht werden mussten.<sup>547</sup>

Die schwere Depression, die der ersten Gründerzeit folgte, reichte bis in die 80er Jahre des 19. Jhdts. Sie erschütterte auch das Vertrauen der Bevölkerung in ein modernes Assoziationswesen. Zur Neugründung von Aktiengesellschaften kam es nur mehr selten. Die weiteren Bemühungen der Regierung, die Wirtschaft zu unterstützen, kamen der Bauwirtschaft (für Neubauten wurde Baugesellschaften für einige Jahre Steuerfreiheit gewährt) und dem Bau

---

<sup>540</sup> Minister Bruck in einem Vortrag vom 16.7.1855, zitiert nach A. Beer, Die Finanzen Österreichs im 19. Jahrhundert (1877), 273.

<sup>541</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 140.

<sup>542</sup> Matis, Österreichs Wirtschaft 1848-1913 (1972), 242, 244.

<sup>543</sup> März, österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 171.

<sup>544</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 178, zitiert Alexander Peez.

<sup>545</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 186.

<sup>546</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 187.

<sup>547</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 186.

von Eisenbahnen zugute.<sup>548</sup> Auch die Diskussion um eine allgemeine Steuerreform wurde begonnen, doch erst 1896, am Vorabend einer neuen internationalen Konjunktur, mit Hilfe der grundlegenden Reform der direkten Steuern durch Böhm-Bawerk, beendet.<sup>549</sup>

Entsprechend der allgemeinen Depression war auch die Lage der Banken schlecht, sofern sie nicht sogar im Strudel des Börsenkrachs untergingen.<sup>550</sup> Auch die überlebenden Banken mussten Verluste hinnehmen oder konnten nur ganz geringe Gewinne erarbeiten.<sup>551</sup>

Die in der Depression deutlich werdende Abneigung des Gewerbes gegen den wirtschaftlichen Liberalismus manifestierte sich auch im Vereinsleben der nach 1867 (Vereins- und Versammlungsgesetze) gegründeten Gewerbevereine. Neben der Arbeiterbewegung entstand somit auch eine Handwerkerbewegung.

Durch den Börsenkrach 1873 und vor allem durch die nachfolgende Depression, die besonders die Grundstoffindustrie traf, kam eine antiliberalistische Bewegung auf, die in der Schutzzollbewegung ihren Ausgang nahm. Die österreichische Industrie verstärkte ihre Streben nach weitgehender Kartellierung und Konzentration der Großunternehmen.<sup>552</sup> Matis bezeichnet diese Strömung als Kollektivismus und „organisierten Kapitalismus.“<sup>553</sup>

Die anhaltende Depression und die nicht industriefreundliche Stimmung in Regierung und Bevölkerung zwang die Industrie vorerst in Krisen- und Rationalisierungskartelle, die jedoch die Tendenz zu Dauereinrichtungen hatten.<sup>554</sup> Neben diese wirtschaftliche Zwänge traten auch ideologische Momente, die in Gegnerschaft zur „liberalistischen Anarchie“ des Wirtschaftslebens ein geordnetes System anstrebten, das ua mit Hilfe von Kartellen errichtet werden sollte.<sup>555</sup>

Diese Kartelldiskussion der 80er Jahre des 19. Jhdts berücksichtigte bereits die meisten Argumente für und wider Kartelle, obwohl das erste österreichische Kartell - das Kartell der österreichischen Schienenwalzwerke - erst 1878 gegründet wurde.

In die Kartelldiskussion wurde hingegen noch nicht ein anderes wesentliches Thema des Wettbewerbsrechts - die Konzentration der Wirtschaft - einbezogen, obwohl in der Zeit nach 1873 auch in diesem Bereich viel Bewegung herrschte. Einmal hing die Konzentrationswelle selbstverständlich mit der stark eingeschränkten Wirtschaftstätigkeit nach 1873 zusammen,

---

<sup>548</sup> Matis, Österreichs Wirtschaft 1848-1913 (1972), 312 - tatsächlich wurden meist nur Notstandsbauten errichtet, die Länge des Eisenbahnnetzes wuchs nur sehr wenig.

<sup>549</sup> Matis, Österreichs Wirtschaft 1848-1913 (1972), 312.

<sup>550</sup> Die Anzahl der Banken vermehrte sich nach 1853 um ca 502. März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 191.

<sup>551</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 191.

<sup>552</sup> Verursacht vor allem durch den dramatischen Rückgang des Eisenbahnbaus - März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. Österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 185.

<sup>553</sup> Matis, Österreichs Wirtschaft 1848-1913 (1972), 367.

<sup>554</sup> Brentano, ua in Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte, 1. Jg 1888-1889, 77.

<sup>555</sup> ZB Kleinwächter, Die Kartelle (1883).

andererseits wurde die Konzentration gezielt von den Banken betrieben. So gelang der 1880 gegründeten Länderbank durch ihren Gründer Bontoux schon 1881 durch die Initiierung von Fusionen die Schaffung eines der größten Unternehmen der Monarchie, der Österreichischen Alpen Montangesellschaft.<sup>556</sup> Auch in Böhmen (hier ebenfalls durch Bontoux und die Länderbank) und in Ungarn wurden durch Fusionen große Eisenunternehmen geschaffen. Die Konzentrierungswelle lief selbstverständlich auch in anderen Wirtschaftszweigen.

Eine andere Entscheidung der damaligen Regierung lässt ihre wirtschaftspolitische Einstellung erkennen. Ab 1881<sup>557</sup> wurde die Verstaatlichung der Bahnen betrieben. Mit der Kaiserin-Elisabeth-Westbahn wurde begonnen und bis 1909 von den damals vorhandenen 22.000 Eisenbahnkilometern 19.000 Kilometer ins Eigentum des Staates gebracht.<sup>558</sup>

Zusammengefasst kann die Wirtschaftspolitik der feudal-konservativen Epoche damit beschrieben werden, dass wirtschaftlicher Wettbewerb eher abgelehnt wurde. Die Bevorzugung der Klein- und Mittelbetriebe wurde durch Schlechterstellung der Industrie auf den Gebieten des Arbeits- und Sozialrechts und des Steuerrechts betrieben. Die Zutrittsschranken zu den Gewerben wurden wieder erhöht. Andererseits wurden gegen die Kartellierungs- und Konzentrierungstendenzen der Industrie keine Maßnahmen ergriffen. Die durch Konzernbanken und Kartelle fremd gelenkte Industrie passte zur Ideologie einer Regierung, die in der Konkurrenz eher eine ruinöse Veranstaltung als einen Selbstlenkungsmechanismus sah. Bis auf die weitgehende Verstaatlichung der Eisenbahn waren aber andererseits noch keine wesentlichen staatswirtschaftlichen Tätigkeiten erkennbar.

Am Ende der 80er Jahre des 19. Jhdts begann nach langer Pause wieder eine Konjunkturphase, die auch durch die deutsche Konjunktur angeregt war.<sup>559</sup> Der Aufschwung betraf vor allem die Montan-, Papier-, Zucker-, Erdöl-, die chemische Industrie und die elektrotechnische Industrie. Der Eisenbahnbau hatte seine entscheidende konjunkturpolitische Bedeutung verloren.<sup>560</sup> Ein langsamer Gesundungsprozess der österreichischen Schwerindustrie wurde eingeleitet. Die Schutzzölle und die Kartellabkommen wirkten dahin, dass der Preisverfall, der zwanzig Jahre andauert hatte, zum Stillstand gebracht und die Grundlage für eine gegenläufige Entwicklung in den 90er Jahren des 19. Jhdts geschaffen wurde.<sup>561</sup>

---

<sup>556</sup> Ähnlich wie bei der Gründung der Creditanstalt, war auch bei der Länderbank die Zusammenarbeit und Hilfestellung für den Staat eines der Zwecke ihrer Gründung. Französisches Kapital sollte für die österreichische Wirtschaft und den Staat gewonnen werden. Finanzminister Dunajewski begünstigte die Gründung und die gegründete Bank offensichtlich. Die Länderbank konnte dann auch den Fall des französischen Zweiges der Unternehmung ohne besondere Schäden überdauern - Benedikt, Die wirtschaftliche Entwicklung in der Franz Joseph-Zeit (1958), 112; März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 222.

<sup>557</sup> Gesetz vom 23.12.1881, RGBl 1881/14.

<sup>558</sup> Benedikt, Die wirtschaftliche Entwicklung in der Franz Joseph-Zeit (1958), 160.

<sup>559</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 249.

<sup>560</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 250.

<sup>561</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 251.

Die Wirkung der großen Kartelle jener Zeit wurde überall spürbar. Sicherlich war es eine Folge der weitgehenden Kartellierung, dass der Konjunkturverlauf Ende der 80er und Anfang der 90er Jahre des 19. Jhdts zum Teil nur langsam und auch mit manchen Rückschlägen verlief. Zum Teil wichen aber Industriezweige, nämlich die Erdöl-, die Zucker- und die elektrotechnische Industrie bedeutend von der allgemeinen Konjunkturlinie ab. Das dürfte bei der - kartellierten - Erdölindustrie wohl in der äußerst günstigen Nachfrageentwicklung gelegen sein, die elektrotechnische Industrie (anfänglich besonders in Beleuchtungstechniken tätig) dürfte in der Phase der technischen Innovation und der damit zusammenhängenden Gewinne gewesen sein (sie war nicht kartelliert) und die Zuckerindustrie wird durch erfolgreiche Durchkartellierung ihre vollen Monopolrenten lukrieren gekonnt haben.<sup>562</sup>

Eine weitere Folge der Kartellierungen dürfte es gewesen sein, dass die Anzahl der Neugründungen von Industriebetrieben sehr gering war. Die Zutrittsschranken, die durch die Kartelle, aber auch durch die Konzessionstätigkeit der Vereinsbehörde, der die Zulassung neuer Aktiengesellschaften noch oblag, bestanden haben, waren offenbar extrem hoch. Dazu kamen innenpolitische Schwierigkeiten, die aus dem Nationalitätengegensatz entstanden. Langsam bildete aber der Gesundungsprozess der bestehenden Aktiengesellschaften die Grundlage für ein wiedererwachendes Vertrauen des Publikums in Aktiengesellschaften. Die Banken blieben in der Gründungstätigkeit zunächst zurückhaltend, wohl weil sie auch gegen ihre eigenen Konzerne und die von ihnen verwalteten Kartelle keine Konkurrenz schaffen wollten.

Die mit der Depression nach 1873 einhergehende oder sie mitverursachende Austerity Politik der Regierung hatte im letzten Jahrzehnt des 19. Jhdts sicherlich positive Auswirkungen auf die Wirtschaft und war wohl ein Grund für die dann erfolgende positive Konjunkturerholung. Es konnten zum Teil beträchtliche budgetäre Überschüsse erzielt werden. 1890 betrug das Aktivum des Staatshaushaltes 22 Millionen Gulden, im Jahr 1893 29 Millionen Gulden. Da aufgrund dieser positiven Lage der Staatsfinanzen die Ansprüche des Staates an den Kapitalmarkt sehr mäßig waren, konnte Mitte der 90er Jahre des 19. Jhdts ein neuerlicher Beginn des industriellen Gründungsgeschäftes - wieder durch die Banken initiiert - erfolgen. Die Aufwärtsentwicklung hielt aber nicht lange an und war auch nicht so kräftig wie in Deutschland. Wie schon erwähnt, waren dafür nicht nur die innenpolitischen Nationalitätenprobleme, sondern auch die diskriminierende Besteuerung der Aktiengesellschaften verantwortlich.<sup>563</sup> Mit dem Umschwung der deutschen Konjunktur im Jahre 1900 wurde auch, etwas zeitverschoben, eine leichte Stagnation in Österreich spürbar. Sie dauerte von zirka 1901 bis 1904 an, erfasste auch nicht alle Sparten der Wirtschaft. Zum Teil wurde die Stagnation durch ein Eisenbahnausbauprogramm der Regierung abgefangen.

Die Gründungstätigkeit der Banken belebte sich wieder langsam und erreichte um die Jahrhundertwende ihren Höhepunkt. Die Gründe für dieses neuerliche Engagement der Banken im Gründungsgeschäft lagen wohl vor allem in der Notwendigkeit, verstärkt Anlagemöglichkeiten für das vorhandene Kapital zu finden. Dabei wurde nun der Weg beschritten, bei Neu-

---

<sup>562</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 251.

<sup>563</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 299.

gründungen zuerst eine Konsolidierung des Unternehmens abzuwarten und dann erst die Firma an der Börse einzuführen. Damit wurden aber große Mittel der Banken mittelfristig gebunden. Andererseits ergab sich für manche, von Hausbanken betreute Unternehmen, die Notwendigkeit, sich in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln.<sup>564</sup> Ein weiterer Grund für den Erwerb von bedeutenden Beteiligungen an Unternehmen war die Politik mancher Banken, unmittelbar auf den Erwerb von Beteiligungen in bestimmten Wirtschaftssparten hinzuwirken. So engagierte sich zB die Creditanstalt besonders in der Maschinenindustrie und erwarb Beteiligungen, die zum Teil bis vor kurzem zu den Konzernbetrieben der CA-BV gehörten.<sup>565</sup>

Entsprechend dieser hier nur an willkürlich ausgewählten Beispielen beschriebenen Beteiligungs- und Konzentrationspolitik der Banken nahmen diese auch Kartellfunktionen wahr und gelangten so Einfluss auf ganze Sparten der Wirtschaft.<sup>566</sup> 1914 gründeten die Großbanken die Österreichische Kontrollbank als „zentrale Überwachungsstelle für die Kartelle, deren Tätigkeit sich im Wesentlichen auf die Führung von Syndikaten, Zentralverkaufsbüros und Kontrollbüros“ zur Überwachung der Vereinbarungen der Kartelle und von Vermittlung von Handelsgeschäften zwischen Erzeugern und Händlern erstreckte.<sup>567</sup> Endpunkt dieser Entwicklung war, dass die Großbanken vor Beginn des Ersten Weltkrieges wahrscheinlich rund die Hälfte des Kapitals der österreichischen Aktiengesellschaften kontrollierten und ihr Anteil an der Grundstoff-, Investitionsgüter- und Zuckerindustrie über 50 % hinausging.<sup>568</sup>

Vor diesem Hintergrund einer weitreichend durch Kartelle und Bankenkonzerne bestimmten Wirtschaft entwickelte sich die Konjunkturphase 1904-1908 und ging die Monarchie in den Ersten Weltkrieg.

Das beschriebene Bild jener Epoche wäre unvollständig, wiese man nicht auf die umfangreiche Kartelldiskussion dieser Zeit hin. Im Abgeordnetenhaus wurde die Regelung des Kartellwesens von der Regierung gefordert, doch kam es zu keiner Initiative der Regierung für ein einschlägiges Gesetz.<sup>569</sup> Die Regierung wollte in das Kartellwesen nicht eingreifen und keine

---

<sup>564</sup> ZB die E. Skoda AG, deren Aktienkapital mit 25 Mio Kronen festgelegt wurde, wovon Emil von Skoda selbst 13 Mio Kronen übernahm, die Creditanstalt 6,6 Mio Kronen und die Böhmisches Eskomptebank 5,4 Mio Kronen.

<sup>565</sup> ZB Maschinenfabrik A.G. Heid (März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 303). Auch auf dem Gebiet der Textilindustrie war zB die Creditanstalt tätig. Die erfolgreiche Gründung der österreichischen Fez-Fabriken 1891 geht auf ihr Konto (März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 304).

<sup>566</sup> E. Beer / Ederer, Industriepolitik der österreichischen Banken, Wirtschaft und Gesellschaft 1987, 353 (155 f). Zur Creditanstalt näher: März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 306 ff.

<sup>567</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 371; Matis, Österreichs Wirtschaft 1848-1913 (1972), 370.

<sup>568</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 75; Reik, Die Beziehungen der österreichischen Großbanken zur Industrie, Wien 1932; Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924); Krizek, Die wirtschaftlichen Grundzüge des österreichisch-ungarischen Imperialismus in der Vorkriegszeit (1908-1914) (1963).

<sup>569</sup> Zusammenstellung der Initiativen: 189 StenProt, 14. Sess 1898, Blg 1.

wirksame staatliche Industriepolitik betreiben, sondern nur den gewerblichen Klein- und Mittelbetrieben ihren besonderen Schutz angeeignet lassen.

Zuletzt muss noch erwähnt werden, dass die Regierung auch die Landwirtschaft durch protektionistische Maßnahmen gegenüber dem Ausland schützte. Die dadurch entstehenden hohen Inlandspreise verringerte die Kaufkraft der Bevölkerung wesentlich. Dadurch entfielen wiederum wesentliche Käuferschichten für industrielle Produkte.<sup>570</sup> Namhaften Einfluss auf die wirtschaftliche Situation hatte auch die kontinuierliche und bedenkliche Erhöhung des Militär- und Rüstungsaufwandes des Staates seit der Annexionskrise 1908.<sup>571</sup> Sicherlich waren diese Ausgaben auch Auslöser für den Wirtschaftsaufschwung dieser Zeit aber ebenso Grund für inflationäre Entwicklungen, steigende Zinssätze und zunehmende Verschlechterung der Liquidität der führenden Banken.

Aus der Praxis der Kriegswirtschaft des 1. WK seien nur 2 Tatsachen, die für das Thema bedeutsam sind, herausgegriffen. Das ist einmal der Hinweis, dass die schon vor Kriegsausbruch gegründeten Kartelle und besonders auch die weitgehende Beherrschung der Industrie durch die Großbanken die Basis für die Organisation der Kriegswirtschaft abgeben konnte.<sup>572</sup> Zweitens, dass die wirtschaftsrechtlichen Eingriffe des Staates während des Krieges nicht das Ziel hatten, Wettbewerb herzustellen oder zu sichern, sondern ganz im Gegenteil in vielen Sparten eine zentralverwaltete Wirtschaft einführen wollten.<sup>573</sup> Zur Begründung dieser These seien einige Bemerkungen zur Wirtschaftspolitik der Kriegsjahre angefügt.

Der erste Schritt in Richtung Kriegswirtschaft war, die Waffen- und Munitionsfabriken, Kohlengruben und andere Industrieunternehmen unter Kriegsrecht zu stellen, wobei ein militärischer Leiter einen Rang über dem jeweiligen zivilen Leiter eingesetzt wurde. Weitere Maßnahmen wurden, vor allem aus dem Glauben an ein nur kurzes Andauern der kriegerischen Ereignisse, vorerst nicht getroffen. Erst nach der Berliner Konferenz vom 24.9.1914 wurde eine Zusammenarbeit mit dem Deutschen Reich auch auf kriegswirtschaftlichem Gebiet aufgenommen und nach dem Beispiel der deutschen Kriegsrohstoffgesellschaften, auch in der Monarchie Rohstoffzentralen gegründet. Die Durchführung dieser kriegswirtschaftlichen Rohstoffverteilung, die in der Folge auch die Nahrungsmittelversorgung der Bevölkerung mit einschloss, wich in manchen Aspekten vom deutschen Modell ab, schloss aber wie dieses an vorhandene Organisationen, wie Kartelle uä an. Unterschiedlich war einmal, dass für jede Reichshälfte eine eigene Rohstoffzentrale gebildet wurde und dass sich der Staat nicht wie das Deutsche Reich an den Kriegsrohstoffgesellschaften direkt an den Rohstoffzentralen beteilig-

---

<sup>570</sup> März, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - am Beispiel der k.k. priv Österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968), 374.

<sup>571</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 44.

<sup>572</sup> Gleiches gilt für Deutschland: Schäfer, Kartelle in der Zeit des Ersten Weltkrieges; Funktionen im Rahmen von Kriegswirtschaft und Sozialisierung, in Pohl (Hrsg), Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 81.

<sup>573</sup> Daher sind die kriegswirtschaftlichen Neuregelungen für die Entwicklung der Wirtschaftslenkung und des Preisrechts besonders bedeutend. Wenger, Organisationsgrundlagen und Instrumentarium der direkten Wirtschaftslenkung in Österreich, in Korinek - Rill (Hrsg), Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts (1982), 3 (15 f).

te<sup>574</sup>, sondern die Hauptfinanzierung der Rohstoffzentralen den Banken oblag.

Erst am 27.2.1915, als mit der „Kriegsgetreide-Verkehrsanstalt“ die totale Bewirtschaftung des Brotgetreides erreicht werden sollte, übernahm der Staat für ein etwaiges Defizit dieser Anstalt eine Ausfallhaftung.<sup>575</sup> Entsprechend der finanziellen Beteiligung an den Rohstoffzentralen übernahmen die führenden Persönlichkeiten der Großbanken auch Funktionen in diesen Gesellschaften. Mit Fortdauer des 1. Weltkrieges mussten immer mehr Betriebe auf Rüstungsaufgaben umstellen. Ein Teil der bedeutenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Nachkriegszeit war auf diese Entwicklung zurückzuführen.<sup>576</sup>

### 3.1.2 Rechtspolitische Bestrebungen zur Erlassung kartellrechtlicher Vorschriften

Das KoalG 1870<sup>577</sup> ist das erste österreichische Gesetz, das bei Bestehen einer liberalen Wirtschaftsordnung Vorschriften über Zusammenschlüsse enthielt. Es wurde noch in einer Zeit erlassen, in der liberale Wirtschaftspolitik betrieben werden sollte, konnte aber nur die kürzeste Zeit seiner Existenz dieser Wirtschaftspolitik dienen und war lange Zeit politisch bekämpftes Relikt der liberalen Epoche. Aber, und dies wird aus der zu referierenden RSp deutlich werden, das KoalitionsG war auch Grundlage einer vollkommenen Spaltung zwischen der rechtlichen Behandlung von Kartellen durch die RSp und der wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Einstellung zu Kartellen in Österreich. Dazu kommt, und das muss immer wieder betont werden, dass das KoalitionsG zuallererst ein sozialpolitisches Gesetz war.<sup>578</sup>

#### 3.1.2.1 Die Schaffung des KoalG im Rahmen einer liberalen Wirtschaftspolitik

Der AB zum KoalG<sup>579</sup>, der bezeichnenderweise mit: „Bericht des Ausschusses zur Regelung der Arbeiterverhältnisse“ überschrieben ist, legte die wirtschaftspolitische Einstellung, die dem KoalG zugrunde liegen, offen. Er führte aus:

*„Das Gesetz der freien Bewegung ist gerade beim Arbeitslohn in seiner wirtschaftlichen Nothwendigkeit am sichersten nachweisbar, und maßregelnde Eingriffe auf diesem Gebiete, mochten sie vom Staate oder von den Arbeitern gemacht werden, haben niemals zu dem beabsichtigten Ziele geführt. Es dürfte wohl kaum bestritten werden, daß die in dem Coalitionsverbote liegenden bedingten Lohnbestimmungen auf durchwegs falschen Vorstellungen vom Verkehrsleben beruhen und als Eingriffe in das Eigentum bezeichnet werden könnten. Denn die Arbeit ist eine Waare, die ihren Werth und ihren Preis hat; der Preis regelt sich bekanntlich nach dem Gesetze der Nachfrage und des Angebotes. Über den jeweiligen Preis dieser Waare hat ihr Eigenthümer - der Arbeiter - unbestreitbar das freie Verfügungsrecht. Zu diesem freien Verfügungsrechte gehört auch die Befugnis alle Mittel anzuwenden, um sein Eigentum bestmöglichst zu verwerthen, insoferne durch diese Mittel die Freiheit eines anderen oder der Gesellschaft überhaupt nicht beeinträchtigt oder verletzt wird. Wo aber jeder Einzelne auf bestmöglichste Verwerthung seiner Arbeitskraft innerhalb der gesetzlichen Schranken hinarbeiten darf, dürfte schwer-*

<sup>574</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 – 1923 (1981), 127, FN 23.

<sup>575</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 – 1923 (1981), 128.

<sup>576</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 – 1923 (1981), 138.

<sup>577</sup> RGBl 1870/43.

<sup>578</sup> Jüngst sehr ausführlich zum Werden des KoalG: Ebert, Die Einführung der Koalitionsfreiheit in Österreich, in Stourzh / Grandner, Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986), 69.

<sup>579</sup> 46 Blg StenProt AH, V. Sess, 606.

*lich ein allgemeiner, plausibler Rechtsgrund zu finden sein, weshalb eine Vereinigung in der bezeichneten Weise und zu dem erwähnten Zwecke nicht stattfinden dürfte. Die Vereinigung, die Association, auf die Lohnverhältnisse angewendet, bedingt somit die Coalitionsfreiheit, und der Ruf nach Coalitionsfreiheit ist ein berechtigter. Die Aufhebung der durch die Gewerbeordnung und das Strafgesetz auferlegten Beschränkung ist demnach eine nicht länger hinauszuschiebende Nothwendigkeit.*

*Indem der Ausschuß die Principien des freien Verkehres, der wirtschaftlichen Freiheit anerkennt, erachtet er es als eine Pflicht der Gesetzgebung, das noch bestehende Coalitionsverbot im Interesse der Arbeiter und der Arbeitgeber sofort aufzuheben"*

und weiter:

*"eine gesunde wirtschaftliche Politik kann Eingriffe in das Gesetz der freien Bewegung niemals gestatten, sie kann nur an die bessere Einsicht appellieren."*

Grenze dieser Freiheiten sei aber der Missbrauch, durch Drogen oder Macht die freie EntschlieÙung des einzelnen zu beeinträchtigen,

*" denn die Freiheit des Einen darf die Freiheitsgrenze des Anderen nicht überschreiten, das gleiche Maß persönlicher Freiheit muß im Rechtsstaate einem jeden Individuum gewährleistet werden, und es ist Pflicht der Staatsgewalt, dafür zu sorgen, daß Niemand in dem Gebrauche seiner individuellen Freiheit gehindert werde. Gleiches Recht für Leben - Gleichheit vor dem Gesetz - dies ist eine berechnigte Forderung im Rechtsstaate."*

Weiters:

*"Klärung der Begriffe zur Erzielung besserer Einsicht in die allgemein gültigen Grundsätze einer gesunden Volkswirtschaft ist Aufgabe der Gesetzgebung; kräftige Durchführung der Gesetze ist Aufgabe der Staatsverwaltung."*

Zum hier eigentlich interessierenden § 4 KoalG führte der AB nur aus:

*"§ 4 des Gesetzentwurfes ist eine im Geiste der vorausgegangenen §§ vorgenommene Umarbeitung des § 479 des StrafG und wird somit vom Ausschusse ebenfalls in unveränderter Fassung dem Hohen Hause zur Annahme empfohlen."*

Die darauffolgende Diskussion im Abgeordnetenhaus<sup>580</sup> brachte bis auf die abschließenden Äußerungen von Justizminister Herbst<sup>581</sup> keine für das Thema interessanten Aussagen. Herbst analysierte die Normen des KoalG juristisch und kam zum Ergebnis, dass die Koalitionsvereinbarungen zu natürlichen Verbindlichkeiten führten, um dem einzelnen auch jederzeit die Freiheit zu geben, sich aus der Vereinbarung wieder zu lösen. Gerechtfertigt wurde diese Konstruktion va mit sozialen Gründen im Rahmen von Arbeiterkoalitionen. Nach der Rede Minister Herbsts wandte Abg von Mayrhofer<sup>582</sup> noch die Aufmerksamkeit auf § 4 KoalG und warf ein Problem auf, das nach wie vor rechtspolitisch ungelöst geblieben ist, nämlich die Frage nach exakter Abgrenzung der Vereinbarungen, die vom Geltungsbe-

<sup>580</sup> 46 Blg StenProt AH, V. Sess, 248 ff.

<sup>581</sup> 46 Blg StenProt AH, V. Sess, 359.

<sup>582</sup> 46 Blg StenProt AH, V. Sess, 364.

reich der kartellrechtlichen Normen erfasst werden sollen, von anderen Verträgen die nur schuldrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Inhalt haben. Er kritisierte, dass das beabsichtigte Wort „*Verabredung*“ zu weit sei und schlug anstelle dessen das Wort „*Verbindungen*“ vor.<sup>583</sup> Minister Herbst negierte in einer kurzen Antwort<sup>584</sup> das Problem überhaupt und in der Abstimmung unterlag der Antrag von Mayrhofers.

Sieht man von einem nicht sehr ausführlichen mündlichen Vortrag Minister Herbsts an Kaiser Franz Joseph ab, sind mir keine anderen offiziellen Äußerungen zu § 4 KoalG aus der Zeit seiner Erlassung bekannt. Herbst meinte in diesem Vortrag, es werde zu keinen oder nur wenigen Koalitionen von Gewerbetreibenden kommen, weil die Gewerbefreiheit diese verhindern würde. Weiters vertrat er die Meinung, die RSp würde § 4 KoalG nur zurückhaltend anwenden, „*weil kaufmännische und auf Gemeinsamkeit beruhende Unternehmungen nicht leicht in Frage gestellt werden dürfen.*“<sup>585</sup> Insgesamt meinte Herbst, der § 4 KoalG 1870 sei eine unwesentliche Bestimmung, auf die man, wenn es das Parlament wünsche, verzichten könne. Die kommenden Entwicklungen bestätigten, wie idF gezeigt werden wird, diese Erwartungen nicht.

Es war im Zeitpunkt der Schaffung des KoalG 1870 klar, dass die damals herrschenden wirtschaftspolitischen Anschauungen den Inhalt dieses Gesetzes bestimmten.<sup>586</sup> Erst diese Tatsache macht den § 4 KoalG zu einer wettbewerbsrechtlichen Norm im heutigen Sinn.

ZB fasste Kleinwächter die „*älteren Koalitionsverbote*“, dh jene vor dem KoalG und vor der Gewerbefreiheit ergangenen vergleichbaren Normen, als notwendige Konsequenz der damaligen Gewerbeverfassung auf. Er meinte, dass dann, wenn bei der Verleihung von Gewerbekonzessionen auf den Ortsbedarf Rücksicht genommen wurde, der Staat von der Anschauung ausgehen dürfe,

*„daß die beschränkte Anzahl der Gewerbekonzessionen den Unternehmern eine genügend gesicherte Stellung gewähre, daß man daher den Gewerbetreibenden nicht gestatten könne, sich zusammzutun und ihre Stellung durch eigenmächtiges Handeln noch mehr zu kräftigen. Derselbe Grundsatz durfte damals gegenüber Handwerksgesellen angewendet werden, weil die Zahl derselben infolge der Beschränkung der Lehrlingszahl gleichfalls eine beschränkte war. Dagegen waren die Koalitionsverbote gegenüber den eigentlichen Fabrikarbeitern eine Ungerechtigkeit.“*<sup>587</sup>

Kleinwächter führte danach aus, dass daher die Koalitionsverbote mit der Einführung der Gewerbefreiheit ihre Berechtigung verloren hätten. Er kritisierte aber den Inhalt des KoalitionsG, der zwar das Koalitionsverbot aufhob, der Koalitionsvereinbarung aber die rechtliche Durchsetzbarkeit vorenthielt. Diese nach Kleinwächters Meinung inkonsequente Regelung bestärkte auch seine Haltung, die vollständige Zulässigkeit der Kartellvereinbarung zu fordern.

---

<sup>583</sup> Somit ist dokumentiert, dass die noch immer ungelöste Frage des „*gemeinsamen Interesses*“ bereits 1870 bei Erlassung des KoalG bewusst war!

<sup>584</sup> 46 Blg StenProt AH, V. Sess, 365.

<sup>585</sup> Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, k.k. Justizministerium, Nr 15143, 11.12.1869, Faszikular IKI 38; Schulte, Das österreichische Kartellrecht vor 1938, 42.

<sup>586</sup> ZB Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 170.

<sup>587</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 171.

### 3.1.2.2 Die weitere rechtspolitische Diskussion über die „Kartellfrage“

Das KoalG konnte die Probleme mit Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen selbst im Zeitpunkt seiner Erlassung nicht lösen. Im Parlament wurden verschiedene Anträge und Interpellationen eingebracht, um punktuelle Probleme durch gesetzliche Maßnahmen zu beherrschen.<sup>588</sup> Die Bestrebungen gingen bald dahin, Regeln zur Beaufsichtigung der Kartelle, sowie die gesetzliche Bekämpfung von sog Spekulationsringen zu erlassen. Aus der Formulierung dieser Anträge geht die damals gebräuchliche Unterscheidung zwischen auf Spekulation gerichteten Ringen (Händlerabsprachen) und eher positiv bewerteten Kartellen der Erzeuger hervor.<sup>589</sup> Besonders die Existenz des Zucker- und Petroleumkartells gab Anlass zu vielen Antragstellungen. Diese parlamentarischen Aktivitäten führten zur RV für ein „Gesetz über Kartelle in Beziehung auf Verbrauchsgegenstände, die einer mit der industriellen Produktion in enger Verbindung stehenden individuellen Abgabe unterliegen“.<sup>590</sup>

Diese Vorlage verstand sich als Spezialvorschrift zum KoalG (§ 3 Entw) und wollte für Unternehmer, die „durch solidarisches Vorgehen, insbesondere durch einverständliche Beschränkung oder Beseitigung des freien Wettbewerbes auf die Produktion-, Preis- oder Absatzverhältnisse solcher Verbrauchsgegenstände bestimmend einzuwirken, die, wie Zucker, Branntwein, Bier, Mineralöl, Salz, einer mit der industriellen Produktion in enger Verbindung stehenden indirekten Abgabe unterliegen,“ eine staatliche Aufsicht über ihr wirtschaftliches Verhalten einführen.

Die Beschränkung der Regelung auf einige Bereiche der Wirtschaft wurde mit der Neuartigkeit der Materie begründet.<sup>591</sup> Außerdem sollten jene Industriezweige hervorgehoben werden, „wo die Cartellierung vom Standpunkte des Abgabewesens und der socialen Massenwirkungen von besonderer Bedeutung ist... Hier zeigte es sich mit voller Deutlichkeit, daß die Kartelle die Verwirklichung der steuerpolitischen Zwecke, die für die Höhe des Steuersatzes bestimmter indirecter Abgaben maßgebend sind, ernstlich gefährden können, ja auf diesen Gebieten wichtige Interessen des Staatsschatzes und breiter consumirender Schichten der Bevölkerung bereits empfindlich beeinträchtigt haben“.<sup>592</sup>

Die Regierung hielt es für ihre „ernste Pflicht“, zu einem Zeitpunkt, zu dem die indirekten Steuern erhöht werden sollten, „dafür zu sorgen, daß nicht über die nothwendige Last der Steuergelder hinaus die Leistungsfähigkeit der Bevölkerung durch private Vereinbarungen in Anspruch genommen werde, die thatsächlich die Belegung der Consumption mit Zwangsleistungen nach Art der indirecten Steuern zum Inhalte haben.“<sup>593</sup>

Mit anderen Worten, ein Zweck dieser RV war es, Steuereinbußen zu verhindern. Monopolistische Unternehmer sollten nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Verbraucher zu Lasten des Fiskus schmälern.

Trotz dieser aus heutiger Sicht eigenartigen Beschränkung der Maßnahmen zur Wirtschaftsaufsicht auf Industriebetriebe, die Produkte, die einer bestimmten Verbrauchsteuer unterlagen, zu beschränken, ent-

---

<sup>588</sup> Verzeichnis der praktischen Anregungen zum Kartellwesen: 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, Blg I, 43.

<sup>589</sup> Es war dies auch der erste Versuch zu einer Unterteilung in volkswirtschaftlich erwünschte und unerwünschte Kartellarten.

<sup>590</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898.

<sup>591</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 10: Außer der amerikanischen Gesetzgebung gäbe es keinen Vergleich.

<sup>592</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 11.

<sup>593</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 11.

sprechen die wesentlichen Inhalte dieses KartG-Entwurfes den heutigen Vorstellungen über ein KartG. Man bemühte sich, Kriterien für „gute und schlechte“ Kartelle zu finden. Am Beginn solcher Überlegungen stand die Ablehnung von sog. „Ringgen“. Darunter wurden Kartelle von Händlern, gleichsam Nachfolger des in vergangenen Jahrhunderten immer wieder verbotenen „Fürkaufes“, verstanden. Die Grenze zwischen positiv und negativ bewerteten Kartellen wurde danach durch den „Endzweck“ der Kartellvereinbarung bestimmt. Die Ausnützung von Marktmacht zu Lasten der gesamten Volkswirtschaft und des einzelnen Verbrauchers sollte verhindert werden. Es sei eine Prüfung der Kartelle nach ihrem „wirtschaftlichen Endzweck“ notwendig. Nach diesem Endzweck könne man sie einteilen:

„1. In solche, die die aus dem freien Wettbewerbe entstehenden unwirtschaftlichen Verhältnisse (als Überproduction, Schleuderconcurrentz, zu weitgehende Unterbietungen bei der Übernahme von Aufträgen, übermäßige Kosten der Reclame und dgl) und deren Folgeübel (Capitalsverluste der Unternehmungen, Absatzstockungen, Herabdrückung von Arbeitslöhnen, Arbeitsentlassungen usw) auf wirtschaftliche, das ist der jeweiligen wirtschaftlichen Sachlage entsprechende Verhältnisse - dies gilt besonders von den Preisen - zurückzuführen streben, und

2. in solche, die eine factische Monopolstellung zu dem Zwecke anstreben, um der wirtschaftlichen Sachlage nicht entsprechende übermäßige Gewinne, übermäßige Preise zu erzielen oder um die Gütererzeugung in unwirtschaftlicher Weise einzuschränken.“<sup>594</sup>

Außer auf steuerpolitische Gründe, auf die im Entwurf immer wieder als Gesetzeszweck hingewiesen wurde, wurde argumentiert, dass auch allgemeine wirtschaftspolitische Gründe für das Eingreifen des Staates in Kartellangelegenheiten sprächen. Die RV stellte fest, dass die Kartelle das Streben nach Beschränkung oder Beseitigung des freien Wettbewerbes, dieses nach der herrschenden wissenschaftlichen Anschauung wesentlichen Grundsatzes der damaligen Wirtschaftsordnung, als gemeinsames Merkmal kennzeichneten.<sup>595</sup> Bei einer ungehinderten Kartellentwicklung lasse sich ferner eine gewisse Besorgnis für die Nutzbarmachung der technischen Produktionsfortschritte im Interesse der Allgemeinheit nicht abweisen.<sup>596</sup> An einer Reihe der volkswirtschaftlich nachteiligen Folgen der Kartelle hafte die gemeinsame Nebenwirkung der Verminderung des Reizes und der Gelegenheit zur Verwendung von Kapital in industriellen und sonstigen Unternehmungen.<sup>597</sup> Zuletzt wurde als Grund für Normen auf dem Gebiet des Kartellrechts noch angeführt, dass die „Freiheit der Arbeitsgelegenheit“ der Arbeiter noch mehr beschränkt würde, wenn sie sich einer kartellierten Branche gegenüber sehen würden. Die Arbeiter würden in eine größere Abhängigkeit von den Unternehmern gelangen, wodurch die Klassengegensätze noch bedenklich verschärft werden könnten.<sup>598</sup> Aus allen diesen Gründen sei eine staatliche Intervention auf diesem Gebiet gerechtfertigt.

In der Diskussion über die Möglichkeiten, Missbräuche von Kartellen mit staatlichen Maßnahmen zu verhindern, wurde ausgeführt, dass das KoalG, „wie allgemein bekannt sei, keine wirksame Handhabe zur Bekämpfung gemeinschädlicher Ausschreitungen der Unternehmervverbände“, böte.<sup>599</sup> Sowohl die strafrechtlichen als auch die zivilrechtlichen Möglichkeiten dieses Gesetzes seien nicht ausreichend,

---

<sup>594</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 13.

<sup>595</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 18.

<sup>596</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 19.

<sup>597</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 19.

<sup>598</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 20.

<sup>599</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 22.

obwohl durch die damals neue ZPO<sup>600</sup> die Praxis, durch Vereinbarung von Schiedsgerichten an sich nicht durchsetzbare Ansprüche aus dem Kartellvertrag doch durchzusetzen, unterbunden wurde.<sup>601</sup> Daher schlug die RV erstmals vor, auch verwaltungsrechtliche Mittel zur Bekämpfung von Kartellmißbräuchen einzusetzen. Damit wurde zum ersten Mal diskutiert, wie die „*Gemeinschädlichkeit*“ von Kartellen festgestellt und mit verwaltungsrechtlichen Mitteln verhindert werden kann. Die Erl zur RV stellten fest, dass die Wahrnehmung und Unterbindung gemeinschädlichen Verhaltens von Kartellen zweifellos Teil der Wirtschaftspolitik sei und daher zu jenen Aufgaben zu rechnen sei, die im modernen Staate der Verwaltung im eigentlichen Sinne zufallen.<sup>602</sup> Ausdrücklich berief sich die RV dazu auf Menzel und dessen Ausführungen vor dem Verein für Socialpolitik im Jahre 1894, der dort verwaltungsrechtliche Maßnahmen zur Kontrolle der Kartelle gefordert hatte.<sup>603</sup>

Aus allen diesen Erwägungen erarbeitete die damalige Regierung einen Entwurf, der "*Elemente des Anzeige- und Verbotssystems zu einem System verwaltungsrechtlicher Regelung vereinigt, dieses aber zugleich mit Bestimmungen strafrechtlichen und civilrechtlichen Inhalts combinirt. Diese Combination ist das im Entwurfe verkörperte System der Anzeigepflicht, des staatlichen Aufsichts- und Verbotsrechtes, mit den Sanctionen civilrechtlicher Ungiltigkeit und strafrechtlicher Verantwortung.*"<sup>604</sup>

Bis auf die eigenartige Beschränkung des sachlichen Geltungsbereiches auf Vereinbarungen in Bezug auf bestimmte Verbrauchsgegenstände, die einer individuellen Abgabe unterliegen, war der Entwurf ein erster und brauchbarer Versuch ein Kartellgericht in Österreich einzuführen und Kartelle staatlich zu beaufsichtigen. Er wurde vor den Bestrebungen im deutschen Reich unternommen, das Kartellproblem durch Gesetz zu lösen.<sup>605</sup>

Diese RV wurde in der zeitgenössischen Literatur begrüßt.<sup>606</sup> Auch der Industrierat<sup>607</sup> befasste sich mit der Materie. Er setzte in seiner II. Plenarversammlung am 13.11.1899 ein Kartellkomitee ein und ging in seinen Beratungen über den Inhalt der RV hinaus. Die Arbeiten des Industrierates gingen sofort in Richtung völliger Ablösung des KoalG durch ein zeitgemäßes KartG. In beeindruckender Weise wurde das Kartellproblem ausführlich behandelt und diskutiert. Auch in diesem Gremium standen Überlegungen über die positiven und negativen Seiten von Kartellen im Mittelpunkt der Beratungen.<sup>608</sup> Man ging da-

---

<sup>600</sup> RGBI 1895/113.

<sup>601</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 24.

<sup>602</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 25.

<sup>603</sup> Abschnitt 3.1.4.2.

<sup>604</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 29.

<sup>605</sup> Vgl auch Landesberger, Der österreichische Cartellgesetzentwurf, GrünhutsZ 1897, 575. Er betonte einleitend, dass Österreich unter allen europäischen Staaten als erster die gesetzliche Regelung des Kartellwesens in Angriff genommen hätte. Kartellenquete 1902-1905 des Reichsamts des Inneren; Pohl, Einleitung, in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 14.

<sup>606</sup> Landesberger, Der österreichische Cartellgesetzentwurf, GrünhutsZ 1897, 575; Ofner, Der Cartellgesetzentwurf, ZBl 1897, 634. Die Staatsaufsicht müsse Grundlagen für eine zielbewusste Kartellpolitik sein (Landesberger, 600). Ofner war der Ansicht, dass die Kartellaufsicht nicht von einem Minister durchgeführt werden sollte, sondern von einem eigenen Amt nach Muster des Patentamtes. Ähnlich wie beim Patentamt, sollte dort eine „*Verwaltungsabteilung*“ und eine „*Erkenntnisabteilung*“ eingerichtet werden. Bei der „*Erkenntnisabteilung*“ sollte jeder Betroffene die Möglichkeit haben, die Gefahren eines Kartelles nachweisen zu können und dann das Verbot eines Kartelles erwirken können (639). Die Beschränkung der RV auf bestimmte Produkte wurde jedoch kritisiert, Landesberger, Der österreichische Cartellgesetzentwurf, GrünhutsZ 1897, 607.

<sup>607</sup> Aufgaben und Konstruktion des Industrierates: Mayerhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst<sup>5</sup> VI (1900), 783.

<sup>608</sup> ZB einleitende Bemerkungen zur Beurteilung der in der Kartellfrage in Betracht kommenden Gesichtspunkte,

von aus, dass bestimmte Kartellvereinbarungen aus Gründen des öffentlichen Wohls ausdrücklich verboten werden sollten, die anderen Kartelle unter Aufsicht einer Behörde gestellt werden sollten, da es gewiss sei, dass „*Ausschreitungen der Kartelle vorkommen können, durch welche die Konsumenten und die die Kartellprodukte weiterverarbeitenden Industriellen schwer geschädigt werden.*“<sup>609</sup>

Zwei Referenten – Reich und Urban - wurden beauftragt, dem Kartellkomitee des Industrierates Berichte über die Frage der Regelung des Kartellwesens vorzulegen. Reich tat dies samt einem ausgearbeiteten, vorbildlichen Gesetzentwurf (Referentenentwurf genannt), Urban, ohne einen solchen eigenen Entwurf, <sup>610</sup> Reich definierte das Kartell als „*Vereinigung von Unternehmern, die den Zweck verfolgen, die freie Konkurrenz zu beseitigen und den Markt durch bindende gegenseitige Festsetzungen zu regulieren.*“<sup>611</sup> Er ging an seine Aufgabe mit der Einstellung heran, die „*zahlreichen Vorteile*“ der Kartelle „*nach Möglichkeit unangetastet zu lassen, gegenüber allen Ausartungen jedoch Repression zu üben.*“<sup>612</sup>

Schon aus diesem Programm ersieht man, dass im Industrierat - was nicht verwundert - eine positivere Einstellung gegenüber Kartellen vorherrschte, als in der RV von 1898. Entgegen dem Plan der RV sollte nach Reich die Kartellaufsicht nicht vom Finanzministerium, sondern vom Handelsministerium übernommen werden. Dem Handelsministerium sollte eine Reihe von Befugnissen zukommen, die Kartelle und monopolähnliche Unternehmungen zum Nachgeben veranlassen oder auf deren monopolistische Preisgestaltung mäßigend einwirken sollten.<sup>613</sup> Diese Befugnisse, die durch Verordnungen wahrgenommen werden sollten, erstreckten sich auf das Gebiet der Zollpolitik, der Tarifpolitik, der Unterstützung von Konkurrenzunternehmungen, besonders solchen, die von Konsumenten, gemeint waren damit vor allem die gewerblichen Nachfrager von Vorprodukten, selbst betrieben werden <sup>614</sup>. Weiters die Unterstützung der Organisation der meist unternehmerischen Nachfrager, insbesondere Einkaufsgenossenschaften etc. Die Festlegung von „*Gewinnmaxima oder Preistaxierungen*“ für kartellierte oder monopolisierte Produkte lehnte Reich ab, da sie sich in der Praxis noch nie bewährt hätten.<sup>615</sup>

Insgesamt legte Reich einen hervorragenden, in den meisten Punkten noch immer aktuellen Entwurf vor, der für alle Kartelle gelten sollte und auch eine Monopolaufsicht vorsah (§ 1 Abs 2 Entwurf Reich). Reich beachtete auch bereits die Beeinflussung des Wettbewerbs durch Patent, Marken und Musterrechte (§ 1 Abs 4 und 5 Entwurf Reich). Die Kartelle sollten einer Anzeigepflicht unterliegen. Die Staatsaufsicht sollte von einem Kartellrat beim Handelsminister wahrgenommen werden. Der von Kartellen direkt wirtschaftlich beträchtlich Betroffene sollte die Möglichkeit erhalten, Beschwerden an den Kartellrat zu erheben (§ 8 Entwurf Reich). Auch ohne Beschwerde sollte sich der Kartellrat bei Bedarf mit einzelnen Kartellen auseinandersetzen dürfen und Enqueten über den Bestand, die Zusammensetzung und Wirkungsweise von Kartellen veranstalten.

---

dem Kartellkomitee des Industrierates vom k.k. Handelsministerium in der 2. Sitzung vom 26.6.1900 vorgelegt, Die Kartellfrage in Österreich (oJ).

<sup>609</sup> Einleitende Bemerkungen zur Beurteilung der in der Kartellfrage in Betracht kommenden Gesichtspunkte, dem Kartellkomitee des Industrierates vom k.k. Handelsministerium in der 2. Sitzung vom 26.6.1900 vorgelegt, Die Kartellfrage in Österreich (oJ).

<sup>610</sup> Die Kartellfrage in Österreich (oJ).

<sup>611</sup> Bericht Reich, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 21.

<sup>612</sup> Bericht Reich, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 22.

<sup>613</sup> Bericht Reich, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 25.

<sup>614</sup> Offenbar eine Vorwegnahme der Idee der „*countervailing powers*“.

<sup>615</sup> Bericht Reich, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 26.

Stärker als Reich scheint Urban in seinem Bericht von einer grundsätzlich positiven Beurteilung der Kartelle auszugehen. Unter Eindruck einer Phase der Überproduktion in der Industrie und dem faktischen Erstarken der Kartellbewegung sieht Urban in der Kartellierung nicht die Gefahr einer Dezimierung, sondern die Chance der Erhaltung der kleinen und mittleren Unternehmen. Das sei auch ein Protest gegen jene sozialdemokratische Doktrin, welche als das Endziel der ökonomischen Entwicklung den Ersatz des privaten Unternehmerbetriebes durch eine öffentlich-rechtliche Gemeinwirtschaft hinstellt.<sup>616</sup>

Nach seiner Meinung zerfällt „das wirtschaftliche Problem, dessen Lösung versucht wird, in zwei Teile, in dem einerseits eine Gesetzgebung über die Kartelle in Angriff genommen werden muß, um diesen Organisationen eine rechtliche Grundlage zu geben, andererseits müssen aber gesetzliche und administrative Maßnahmen gegen alle faktischen Monopole gefordert werden, ohne Rücksicht auf die ihnen zugrunde liegenden Unternehmungsformen.“<sup>617</sup>

Er schloss sich den Bedenken gegen die RV eines KartG an und führte aus:

„Es wurde zunächst beanstandet, daß die Bekämpfung der Kartelle nur dort eintritt, wo für den Fiskus ein unmittelbares finanzpolitisches Interesse besteht, wegen der „unangenehmen Konkurrenz, welche die Industrie dem Staate bei der Belastung der Konsumenten bereitet“ (Wittelshöfer<sup>618</sup>). Auch müsse ein Kartellgesetz, welches nur für die eine Reichshälfte gilt, zur Entwicklung der ungarischen Konkurrenz beitragen, ins solange als in Ungarn nicht ein ähnliches Gesetz in Wirksamkeit tritt. Auch die übergroße Machtfülle, welche der Entwurf in die Hand einer Verwaltungsbehörde legte, begegnete heftiger Opposition, so insbesondere das der Behörde eingeräumte Recht, in die Tätigkeit der Kartelle direkt einzugreifen und deren Bestand zu untersagen.“<sup>619</sup>

Daher meinte Urban, es sei unwahrscheinlich, dass dieser Entwurf einer parlamentarischen Behandlung unterzogen werden würde. Er behielt damit Recht. Urban vertrat die Meinung, eine künftige Regelung der rechtlichen Stellung der Kartelle könne nur unter Einbeziehung der wirtschaftspolitischen Behandlung aller privaten Monopole erfolgen.<sup>620</sup>

Der Gedanke, man solle die Kartelle nicht isoliert betrachten, sondern eigentlich eine zusammenhängende Politik gegen jeglichen Monopolmissbrauch betreiben, war in der damaligen volkswirtschaftlichen Lehre verbreitet.<sup>621</sup> Urban begründete seine Ansicht damit, dass sowohl bei den „gemeinschädlichen“ Kartellen<sup>622</sup>, als auch bei anderen Monopolen immer zu überprüfen sei, ob ein übernormaler, durch die objektive wirtschaftliche Sachlage nicht gerechtfertigter Preis gefordert werde.<sup>623</sup> Bei Beantwortung dieser Frage müsste man imstande sein, „beurteilen zu können, ob ein Unternehmergeinn an sich angemessen oder unbescheiden ist, in welchem Verhältnisse das augenblickliche Preisniveau zur mittleren

<sup>616</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 41.

<sup>617</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 42.

<sup>618</sup> Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 1899, 140.

<sup>619</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 49.

<sup>620</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 50.

<sup>621</sup> ZB Philippovich, Monopole und Monopolpolitik, Vortrag vor der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1914 (Jahrbuch 1914); Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie<sup>5</sup>, II (1910), 194, 200.

<sup>622</sup> Der Gedanke, man solle die Kartelle nicht isoliert betrachten, sondern eigentlich eine zusammenhängende Politik gegen jeglichen Monopolmissbrauch betreiben, war in der damaligen volkswirtschaftlichen Lehre verbreitet. 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898, 13.

<sup>623</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 50.

*Höhe der Erzeugungskosten steht, in welchem Grade die Weltmarktpreise, die gegenwärtigen und die bevorstehenden Konjunkturen die Preise zu beeinflussen vermögen“.*

Da die rechtliche und besonders die privatrechtliche Überprüfung dieser Fakten praktisch unmöglich sei, werde man nach Urban daran denken müssen, „den Übelständen des Kartellwesens, doch nicht nur diesen sondern monopolistischen Mißbräuchen überhaupt, durch wirtschaftspolitische Maßnahmen entgegenzutreten.“<sup>624</sup>

Er führte weiter aus:

*„Lassen sich aber als Palliativmittel gegen gemeinschädliche Kartelle geeignete Maßnahmen auf wirtschaftspolitischem Gebiete in Anwendung bringen, so erscheint es vom gesamtwirtschaftlichen Standpunkte aus umso mehr geboten im Interesse der zahlreichen wirtschaftlich ersprießlichen Seiten der Tätigkeit der Kartelle deren Entwicklung durch ihre Anerkennung als rechtliche Organisationen zu fördern und sie dementsprechend in eine rechtliche Form zu kleiden.“*

Neben solchen wirtschaftspolitischen Maßnahmen gegen „gemeinschaftliche“ Kartelle und Monopole sei aber auch die Schaffung von Rechtsinstrumenten zum Schutz des Einzelnen gegen Kartelleingriffe denkbar und gerechtfertigt.<sup>625</sup> Weiters führte Urban aus, dass alle Kartelle der Registrierungspflicht unterliegen sollten. Zur Durchführung des Registrierungsverfahrens regte Urban die Einrichtung eines Gerichts und eines Kartellamts nach dem Muster des Patentamtes und des Patentgerichtshofes an.<sup>626</sup>

Auch Urban sah ein Konzept zur Bekämpfung „gemeinschaftlicher Kartelle und Monopole“ im Aufbau von Gegenverbänden durch den Staat oder durch staatlich geschützte Institutionen.<sup>627</sup>

Urban fasste seinen Bericht mit folgenden Anträgen zusammen:

- „1. Die Kartelle werden als rechtliche Organisationen anerkannt und sollen demgemäß in eine gesetzliche Form gebracht werden.*
- 2. Jedes Kartell soll verpflichtet sein, seinen Bestand, beziehungsweise seine Gründung bei einem Kartellamte anzumelden, das im allgemeinen als Gerichtsbehörde gedacht ist, der auch die Registrierung der Kartelle obliegt.*
- 3. Dieses Kartellgericht hätte auch als Gerichtsinstanz zur Austragung aller aus dem Bestande und der Tätigkeit der Kartelle entstandenen privatrechtlichen Streitigkeiten zu fungieren.*
- 4. Zur Bekämpfung der durch die Beseitigung und Beschränkungen der freien Konkurrenz auf ungebührliche Preiskonkurrenz gerichteten monopolistischen Tendenzen sollen in der Zollgesetzgebung, auf dem Gebiet des Tarifwesens sowie durch Förderung kartellgegnischer Vereinigungen entsprechende Maßnahmen getroffen werden.*

---

<sup>624</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 51.

<sup>625</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 51.

<sup>626</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 52.

<sup>627</sup> Als Beispiel führt er Russland an, das 1892/93 über eine Bank eine gewisse Menge Zucker importierte und an die inländischen Händler weiterveräußerte, um zwar die Preispolitik der russischen Zuckerindustrie zu beeinflussen, den Bestand dieser Industrie aber nicht zu gefährden, Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 55.

5. Zum Zwecke der Beratung und Entscheidung über die einschlägigen Maßnahmen der Verwaltung soll ein Monopol- und Kartellrat eingesetzt werden, welcher als Konsultationsorgan des Handelsministeriums gedacht ist.<sup>628</sup>

Die Berichte von Reich und Urban wurden im Industrierat diskutiert, im Komitee jedoch nicht zum Abschluss gebracht. Die Verhandlungen wurden vertagt und beschlossen, die beiden Referenten einzuladen, unter Mitwirkung des Büros des Industrierates und anhand der Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen einen gemeinsamen Bericht zu erstatten und Grundzüge festzustellen, nach denen ein zukünftiges Kartellgericht aufzubauen wäre. Ein solcher Bericht wurde jedoch nicht erstattet und das Kartellkomitee trat in den nächsten Jahren auch nicht mehr zusammen.

Neun Jahre lang blieben die Verhandlungen des Industrierates zur Kartellfrage unterbrochen, bis 1910 das Handelsministerium den Industrierat wieder einlud, sich mit der Frage der Kartelle zu beschäftigen. Grund für die lange Pause in den Beratungen zu einem Kartellgesetz war wohl die wirtschaftspolitische Position der Regierung, keine eigene Industriepolitik betreiben zu wollen. Weiters sicherlich das Interesse der Industrie selbst, die Kartellierung der Wirtschaft voranzutreiben. Grund für die Wiederaufnahme der Arbeiten an einem KartG war dann ua eine allgemeine Teuerung.<sup>629</sup>

Wieder wurde Reich und diesmal Kuffler anstelle von Urban ersucht, geeignete Anträge für eine Diskussion zu erstellen. Inzwischen hatte die Regierung den Entschluss gefasst, eine umfassende Enquete über das Österreichische Kartellwesen einzuberufen. Den zur Vorbereitung auszuarbeitenden Fragebogen sollte der Industrierat erstellen. Die Beratungen des Industrierates beschränkten sich dann auf die Ausarbeitung dieses Fragebogens. Er wurde in der 23. Plenarversammlung des Industrierates am 4.12.1911 genehmigt.<sup>630</sup>

Vom Handelsministerium wurde als Grund für die Wiederaufnahme der Beratungen im Industrierat angeführt, dass „*mittlerweile aber aus Kreisen, die der Industrie nicht angehören, der Ruf nach einer Kartellgesetzgebung sagen wir vielleicht richtiger, nach einer Antikartellgesetzgebung lauter und lauter geworden*“ sei.<sup>631</sup> Auch unter den Mitgliedern des Industrierates war die Einstellung für die Kartelle nicht einmütig. Obwohl wahrscheinlich in der Minderheit, gaben doch einige Mitglieder des Industrierates deutliche Äußerungen gegen Kartellbildungen ab.<sup>632</sup>

Der Industrierat begrüßte die Veranstaltung der Enquete und richtete an das Handelsministerium die Aufforderung

„... nicht nur kartellmäßige Produkte, sondern auch kartellmäßige Vereinbarungen bezüglich land- und

---

<sup>628</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 56.

<sup>629</sup> Bericht des Referenten Kuffler betreffend die Regelung des Kartellwesens samt Entwurf eines Fragebogens für die Kartellenquete, 19, Die Kartellfrage in Österreich (oJ).

<sup>630</sup> Bericht Urban, Die Kartellfrage in Österreich (oJ), 56.

<sup>631</sup> Sektionschef Dr Brosche in der 5. Sitzung der III Abteilung des Industrierates, 15.2.1910, Die Kartellfrage in Österreich (oJ).

<sup>632</sup> ZB vom Mitglied des Industrierates Singer: „... auch in den Kreisen der Industrie sind Stimmen gegen die Kartelle laut geworden“ und: „In der Zeit der Freiheit des Individuums und des Schutzes der Schwachen ist eine neue Leibeigenschaft eingetreten. Wir haben eine neue Hörigkeit: Das Kartell. Nicht allein, daß man die Preise bestimmt, man bestimmt auch schon, wer eine Ware bekommen soll und wer nicht, man maßt sich an, das Entstehen von Unternehmungen zu unterbinden, zu erlauben oder nicht zu erlauben.“

*forstwirtschaftlicher Produkte, des Warenhandels und Warentransportes, des Versicherungswesens und kartellmäßige Vereinbarungen über Leistungen der freien Berufsarten in den Rahmen dieser Enquete einzubeziehen, und zwar sowohl*

- a) Vereinbarungen zum Zwecke der Herabsetzung der Erzeugungskosten,*
- b) Vereinbarungen zum Zwecke der Regelung der Produktions- und Verkaufsmengen,*
- c) Vereinbarungen zur Festsetzung der Zahlungs- und sonstigen Verkaufsbedingungen,*
- d) Preisvereinbarungen,*
- e) Betriebs- und Verkaufsgemeinschaften“.<sup>633</sup>*

Weiters empfahl der Industrierat dem Handelsminister auftragsgemäß einen Fragebogen. Der Auftrag zur Ausarbeitung des Fragebogens für die Enquete des Handelsministeriums war wohl ein Rückschritt für die Vorhaben und Forderungen des Industrierats. Es existierten ja bereits die 1901 vorgetragenen Referate von Reich und Urban. Reich hatte seinem Vortrag sogar einen Entwurf für ein Kartellgesetz angeschlossen. Der Fragebogenentwurf von 1911 hingegen war weitgehend unbestimmt und ohne eigene Meinungsäußerung des Industrierates. Wahrscheinlich hatte sich auch die Einstellung der Mitglieder des Industrierates zu Kartellen inzwischen geändert und diesen Meinungsumschwung verursacht.

Der offenbar immer zurückhaltender werdenden Meinung des Industrierates zu einem Kartellgesetz standen vermehrte Initiativen des Parlaments gegenüber. Mit Beschluss des Hohen Hauses vom 17.10.1911 wurden dem Teuerungsausschuss die Anträge zur Abwehr des Preiswuchers der Kartelle zugewiesen.<sup>634</sup> Eine ganze Anzahl von Anträgen von linker Abgeordneter wurde eingebracht und diskutiert.<sup>635</sup> Folgende Gruppe von verteuerten Waren wurden dabei als volkswirtschaftlich besonders relevanten genannt: Zucker, Spiritus, Kohle und Petroleum. Dem Antrag wurde auch eine Liste der damals dem Parlament bekannten Kartelle angeschlossen.

Auch der volkswirtschaftliche Ausschuss des Parlamentes beschäftigte sich mit der Kartellfrage und bestellte in der Sitzung vom 28.7.1911 ein Subkomitee zur genaueren Behandlung der einschlägigen Fragen.<sup>636</sup> Dieses Subkomitee hielt 13 Sitzungen ab. Es wurde ein umfassender Orientierungsbericht ausgearbeitet und vom Referenten Krek ein Gesetzentwurf vorgelegt.

Der Orientierungsbericht an das Subkomitee des volkswirtschaftlichen Ausschusses ist für diese Untersuchung deswegen von großem Interesse, weil darin ein weiterer Fortschritt im Erkennen der Wirkungen und Auswirkungen von Kartellen und zu den Aufgaben von gesetzlichen Regelungen zu Kartellen deutlich wird. Der Bericht stellt die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Beurteilung von Kartellen in den Vordergrund. Die Rechtsform der Vereinbarung sei nebensächlich, es gehe vor allem darum, die schädlichen Auswirkungen eines monopolistischen Wirtschaftsgebildes, sei es nun ein Kartell oder ein einzelnes Unternehmen durch gesetzliche Maßnahmen zu verhindern.

---

<sup>633</sup> Beschlüsse des Industrierates betreffend die Veranstaltung einer Kartellenenquete und den Fragebogen für diese Enquete.

<sup>634</sup> 873 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911.

<sup>635</sup> 975 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911.

<sup>636</sup> 1665 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1912.

Es ging bei dieser Initiative des volkswirtschaftlichen Ausschusses nicht darum, ein absolutes Verbot von Kartellen einzuführen, sondern um die Verhinderung von Missbräuchen. Der Orientierungsbericht ging davon aus, dass nicht zwischen guten und schlechten Kartellen unterschieden werden solle. In einer Einzeluntersuchung wurde festgestellt, dass die Existenz von Kartellen die Produktionsbedingungen in der untersuchten Sparte verbesserten. Damit sei aber eine immer größere Abhängigkeit von Banken, die meist die Kartelle anführten, als Repräsentanten des konzentrierten Kapitals, verbunden. Den verbesserten Finanzierungsbedingungen stünde jedoch negativ die Preispolitik der Kartelle gegenüber. Vor dem Abschluss einer Kartellvereinbarung und im Kampf der Kartelle gegen Outsider würden die Preise zwar fallen, „nach dem Kartell sich aber bedeutend heben und so die Kartelle nach ihrem Siege von den Konsumenten eine unangemessene Bestreitung ihrer Kriegskosten einheimen“.<sup>637</sup>

Der Orientierungsbericht stellte weiter fest, dass sich die Existenz von Erzeugerkartellen in der Regel auch auf den Handel negativ auswirke. Der Handel drohe allmählich zum Angestellten, zum Beamten der Kartelle zu werden.<sup>638</sup> Auch den Arbeitern sei gegen die Übermacht des konzentrierten Kapitals wirksamer Schutz zu gewähren.<sup>639</sup> Die Konsumenten müssten ebenfalls gegen Kartelle geschützt werden, wengleich Kartelle auf die Qualität der Waren positiv Einfluss nähmen.<sup>640</sup>

Aus dieser Analyse der Auswirkungen von Kartellen folgte der Orientierungsbericht, der Staat hätte das Recht und die Pflicht, die gemeinschädlichen Auswirkungen von wirtschaftlichen Monopolen hintanzuhalten.<sup>641</sup>

Es folgte eine kurze Zusammenfassung des Standes der Wissenschaft und der Meinungen der politischen Entscheidungsträger der Monarchie zum Problem Kartell und eine rechtsvergleichenden Betrachtung. Danach fasste der Referent Krek seine Ideen zusammen und schloss einen vollständig ausgearbeiteten Entwurf für ein Kartellgesetz an.

Die wesentlichen Grundsätze dieses Vorschlages waren:

- Zulassung der Kartellbildung verbunden mit Publizität und Auskunftszwang;
- Maßnahmen gegen krasse Übergriffe von Kartellen und anderen Monopolisten „auf das allgemeine Volkwohl oder auf eine gesunde Entwicklung des wirtschaftlichen Lebens einzelner Personen und Klassen“;
- Staatsaufsicht durch eine Kommission. Die Kommission (volkswirtschaftliche Zentralkommission - § 4 Entwurf Krek) sollte die Befugnis haben, Kartellbeschlüsse zu untersagen, „wenn sie geeignet sind, in einer durch die objektive wirtschaftliche Lage des betreffenden Unternehmenszweiges (namentlich durch die jeweilig für die Preisbildung und die Konkurrenzverhältnisse oder sonst für die Konjunktur maßgebenden Umstände) nicht begründeten und die Bevölkerung oder einzelne Berufskreise offenbar schädigenden Weise die Preise einer Ware oder Leistung zum Nachteile der Abnehmer oder Besteller zu steigern oder zum Nachteile der Erzeuger oder Leistenden, insbesondere auch durch billige Auslandsverkäufe, herabzudrücken, oder wenn sie

<sup>637</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 6.

<sup>638</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 7

<sup>639</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 7, 8; Denkschrift des österreichischen Metallarbeiterverbandes, in den Materialien zur Kartellenquete, VIII; Eisenindustrie.

<sup>640</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 9

<sup>641</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 11.

*geeignet sind, eine Verschlechterung der Ware herbeizuführen, den freien Bezug der Waren zu sperren oder die Produzenten einer Ware auf bestimmte Abnehmer oder einen bestimmten Abnehmerkreis zu beschränken, und von der Lieferung an andere als die in der Verabredung bezeichneten, oder an außenstehende Unternehmungen auszuschließen. Nicht zu beanstanden sind Kartellbeschlüsse, durch welche einer wirtschaftlichen Überproduktion oder einer Schleuderkonkurrenz entgegengetreten, Reklame, Rabatte und Kreditgewährung auf ein berechtigtes Maß reduziert, der Kundenfang verboten oder irgendeine andere Art illegaler Konkurrenz eingeschränkt wird.“<sup>642</sup>*

- Letztlich sollte die Kommission folgende umfassenden Befugnisse haben: „Ebenso kann der Bestand eines Kartells selbst sowie die Abänderung eines Kartellstatuts untersagt werden, wenn das Kartell einen der im vorigen Absatze bezeichneten Zwecke verfolgt.“ (§ 10 Abs 4 Entwurf Krek).<sup>643</sup>
- Der Entwurf enthielt weiters, wie seine Vorgänger, die Möglichkeit der direkten Antragstellung unmittelbar Betroffener an die Zentralkommission: „Wer sich beim Bezuge oder Absatze oder der Herstellung von Waren durch Kartelle oder die im § 1 bezeichneten, bezüglich ihrer Geschäftshandlungen der Staatsaufsicht unterliegenden Unternehmer in seinem Vermögen oder Erwerb geschädigt fühlt, kann diese Schädigung dem Zentralkommissär zur Kenntnis bringen, der nach eigenem Ermessen endgültig, eventuell nach Vorladung des Beschwerdeführers, zu entscheiden hat, ob die Beschwerde iS des zweiten Absatzes § 11 oder iS des Absatzes 1 des § 10 zu erledigen oder abzuweisen ist.“ (§ 9 Abs 4 E Krek)<sup>644</sup>

Die Beratungen im volkswirtschaftlichen Ausschuss zu diesem umfangreichen und zukunftsweisenden Bericht endigten lediglich mit dem Beschluss:

*„Das Hohe Haus wolle folgende Vorfragen entscheiden: Ist in das zu schaffende Gesetz betreffend die Staatsaufsicht über Kartelle, bloß der Register- und Auskunftszwang oder auch die Möglichkeit der Repression von schädlichen Maßnahmen der Kartelle aufzunehmen.“<sup>645</sup>*

Der Entwurf Krek war der letzte Versuch in einem Unterausschuss des Abgeordnetenhauses ein KartG zu entwerfen. Die Kartellenquete 1912 brachte lediglich eine Fülle von Einzelinformationen zu den damals bestehenden Kartellen, es kam aber nicht mehr zu einer inhaltlichen Bearbeitung dieses Materials.<sup>646</sup>

### **3.1.2.3 Rechtspolitische Bestrebungen und gesetzliche Maßnahmen zum Zuckerkartell**

Von manchen <sup>647</sup> wurde schon der Entwurf für ein Gesetz gegen das Zuckerkartell als die erste Initiative, in Österreich ein Kartellgesetz zu erlassen, bezeichnet.<sup>648</sup> Als die Beratungen zur RV zu einem KartG im Parlament völlig ins Stocken gerieten, versuchte die Regierung offenbar, das Problem des Zuckerkartells isoliert zu lösen. Sie brachte eine RV zu einem „Gesetz betreffend das Verbot der Rüben-

<sup>642</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 28, 29.

<sup>643</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 36.

<sup>644</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 37.

<sup>645</sup> 1665 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1912, 4.

<sup>646</sup> Orientierungsbericht 1165 Blg StenProt AH, XXI. Sess 1911, 36.

<sup>647</sup> Landesberger, Der österreichische Cartellgesetzentwurf, GrünhutsZ 1897, 575 (603).

<sup>648</sup> 154 Blg StenProt AH, XV. Sess 1898

*rayonnierung und der Lieferung der zur Zuckererzeugung nöthigen Rübe“ ein.*<sup>649</sup>

Dieses Gesetz bezweckte den Schutz der Rübenbauern gegenüber den Zuckerfabrikanten mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln.<sup>650</sup> Die Monopolstellung der einzelnen Zuckerfabrikanten für bestimmte Anbaugelände (Rübenrayonnierung) sollte durchbrochen werden. Die wettbewerbsrechtlichen Probleme von Gebietsaufteilungsvereinbarungen wurden dabei bereits ausführlich behandelt.

Die Erl zur RV führten eingangs aus:

*„Durch die freie Concurrenz, die auf diesem Gebiete bis auf die Achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts bestanden hatte, war nämlich eine Form des Wettbewerbs gezeitigt worden, die es den Zuckerfabriken als wünschenswert erscheinen ließ, im gegenseitigen Einvernehmen eine Aufteilung der Rübenbezugsgebiete vorzunehmen.“*

Und weiter:

*„Während jedoch das Zuckerkartell als einheitliche Organisation den größten Theil der in Österreich bestehenden Zuckerfabriken umfaßt, trägt die Rübenrayonnierung in höherem Maße den Charakter einer territorial gegliederten Einrichtung an sich.“*<sup>651</sup>

Die Erl führten weiter aus:

*„Dadurch, daß sich sämtliche, am Rübenbezug beteiligte Unternehmungen auf gleiche gemeinsame Forderungen und Zugeständnisse vereinigen, summiren sich die Kräfte, die beim freien Wettbewerb zum Theil gegeneinander gewirkt und sich dadurch gegenseitig geschwächt oder gehemmt hätten. Gerade dieser Kräftezuwachs macht die Lage des Gegencontrahenten zu einer ungünstigen, da sich die natürlichen Factoren der Preisbildung und des sonstigen Vertragsinhaltes gegen die Verbindung sämtlicher, im einzelnen Falle möglicher Abnehmer viel schwerer durchsetzen, als gegen den Einzelnen, der mit Über- oder Unterbietung seiner Concurrenten zu rechnen hat. In erster Linie ein Angriff, eine Verletzung der wirtschaftlichen Interessen der Rübe bauenden Landwirte ist das durch den Zusammenschluß der Fabriken in feste Rayonnierungsverbände eigentlich bedrohte Rechtsgut der Vertragsfreiheit, die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Willensbethätigung. Statt freier Gestaltung der Preise und Lieferungsbedingungen nach Angebot und Nachfrage, statt freier Auswahl des Gegencontrahenten, mit dem es dem Einzelnen paßt, das Geschäft abzuschließen, wird durch absichtlichen Zusammenschluß der Gleichinteressierten einer Seite auf den anderen Contrahenten ein Druck ausgeübt, um ihn zu Zugeständnissen zu veranlassen, die er im freien rechtsgeschäftlichen Verkehre, sozusagen auf offenem Markt, nicht zu erdulden gehabt hätte....“*

*Es finden sich demnach, sowie man die Rayonnierung nicht als etwas Isoliertes betrachtet, sondern ihre Zwecke berücksichtigt, in dem Vorgange die sämtlichen Merkmale desjenigen Thatbestandes, der den Bestimmungen des Gesetzes vom 7. April 1870, RGBl Nr. 43 (Gesetz über das Koalitionsrecht), zugrun-*

---

<sup>649</sup> 1678 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903.

<sup>650</sup> Diese Methode wurde von den sozialdemokratischen Abgeordneten in der Diskussion des Entwurfes als unwirksam kritisiert (Abg Ellenbogen, StenProt AH, XVII. Sess, 321. Sitzung vom 3.4.1905). Nur die Methoden des Arbeitskampfes würden auch den Bauern Erfolg bringen.

<sup>651</sup> 1678 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903, 5.

de liegt.<sup>652</sup>

Verstärkt wurde der Druck auf die Rübenbauern durch die Zuckerfabrikanten dadurch, dass aufgrund der Brüsseler Zuckerconvention, der Österreich am 31.1.1903 beigetreten war, der Zollschatz für die österreichischen Zuckerfabrikanten verringert wurde, und diese den Rübenpreis drücken wollten.

Die Erl führten dazu aus:

*Die Herabsetzung des Zuckerzolles auf 6 Francs, bzw 5,50 Francs entzieht dem Zuckerkartell die Grundlage seiner Existenz. Um jedoch die Zuckerindustrie vor einer Deroute zu bewahren und um namentlich die Existenzmöglichkeit der kleineren Fabriken nach Kräften zu sichern, wurde durch das Gesetz vom 31.1.1903, RGBI 27, die staatliche Zuckercontingentirung eingeführt.*<sup>653</sup>

Zur Existenzsicherung der kleineren Zuckerfabriken trat der Gesetzgeber somit regelnd in den Zuckermarkt ein und unterstützte das bestehende Zuckerkartell. Dieses Gesetz, RGBI 1903/27, musste aber noch vor seinem Inkrafttreten infolge Widerspruchs der permanenten Brüsseler Kommission, die dessen Bestimmungen mit der Konvention als nicht im Einklänge stehend erachtete, wieder außer Kraft gesetzt werden.<sup>654</sup> An die Stelle der gesetzlichen Kontingentierung sind die Kartellvereinbarungen der Raffinerien und dieser mit den Rohzuckerfabriken getreten.<sup>655</sup> Ausdrücklich betonte die RV zum Gesetz betreffend das Verbot der Rübenrayonnierung, dass die Regierung abgesehen von dieser Ausnahme nicht von den Prinzipien des Koalitionsgesetzes abgehen wolle. Sie zog aber in Erwägung, dass „*der Rechtsgedanke des Koalitionsgesetzes nicht mehr ganz unbestritten sei.*“<sup>656</sup>

Nach längerer Diskussion und Verschärfung des Inhaltes der RV beschloss das AH am 4.4.1905 die RV betreffend das Verbot der Rübenrayonnierung etc dem HH zur Behandlung zu übergeben. Dort wurde der Entwurf einer Spezialkommission für die Zuckergesetzgebung zugewiesen.<sup>657</sup> Das HH beschloss eine weitgehend gemilderte Fassung des Gesetzes. Das AH kritisierte die Änderungswünsche des HH scharf, und stellte den ursprünglichen Entwurf in der Fassung des AH wieder her.<sup>658</sup> Dieser Entwurf erlangte aber, wie zu erwarten war, keine Zustimmung des HH, die Zuckerindustrie hatte sich offenbar durchgesetzt.<sup>659</sup>

Neben den Aussagen zu den Zwecken von kartellrechtlichen Regelungen, ist die Definition von unzulässigen Vereinbarungen in der RV für ein Gesetz über die Rübenrayonnierung in der Fassung des AH, besonders interessant. § 5 des Entwurfes in der Fassung der Revision durch das AH vergleicht nämlich die tatsächlich durchgesetzten Vertragsbedingungen mit jenen, die bei freiem Wettbewerb durchsetzbar

---

<sup>652</sup> 1678 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903, 7.

<sup>653</sup> 1678 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903, 6.

<sup>654</sup> RGBI 1903/160.

<sup>655</sup> Verhandlungen der vom k.k. Handelsministerium veranstalteten Kartellenquete (1912); Einleitung, 4; Benedikt, 12 Gerichtsreden (1912), 86, führt die Tatsache der staatlichen Unterstützung des Zuckerkartells durch das Gesetz RGBI 1903/27 als Argument dafür an, dass der Staat die rechtliche Zulässigkeit von Kartellen akzeptierte.

<sup>656</sup> 1678 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903, 8.

<sup>657</sup> 358 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1903, 8.

<sup>658</sup> Besonders deutlich: Bericht des Zuckerausschusses über den Beschluß des Herrenhauses, betreffend das Gesetz über die Rübenrayonnierung und die Lieferung der zur Zuckererzeugung nötigen Rübe, 2695 Blg StenProt AH, XVII. Sess 1906.

<sup>659</sup> Heller, Ein Kartellverbot in Österreich, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, 30. Band 1905, 327; Schüller, Unternehmerverbände (Kartelle), in Mischler / Ulbrich, Staatswörterbuch<sup>2</sup> IV (1908), 702.

gewesen wären. Man könnte sagen, es wurde ein „als-ob-Konzept“ verfolgt. § 5 lautete:

*„Wer sich durch eine der in den §§ 1-3 verbotenen Verabredungen beim Einkaufe oder Verkaufe der Zuckerrübe zum Schaden des anderen Vertragsteiles, sei es hinsichtlich des Preises oder der sonstigen Vertragsbedingungen, wirtschaftliche Vorteile verschafft, die bei freiem Wettbewerbe ausgeschlossen wären, oder wer,....“<sup>660</sup>*

#### **3.1.2.4 Ergebnis**

Die Einstellung des Gesetzgebers zu den Zwecken wettbewerbsrechtlicher Normen ist bei Erlassung des KoalG in Vergleich zu den in der rechtspolitischen Kartelldiskussion um die Jahrhundertwende vertretenen Meinungen, völlig verschieden. Das KoalG 1870 war im Wesentlichen ein Sozialgesetz, seine wettbewerbsrechtliche Bedeutung wurde in der Zeit seiner Erlassung völlig unterschätzt. Deswegen sind in den Materialien zur volkswirtschaftlichen Bedeutung von Kartellen nur ganz allgemeine Bemerkungen nachzuweisen.

Im Gegensatz dazu ist die Kartelldiskussion um die Jahrhundertwende von einer erstaunlichen Aktualität und vorbildlichen Tiefe. Die diskutierten Entwürfe stellten das Interesse der Volkswirtschaft an einer nicht durch Kartelle beschränkten Wirtschaft immer in den Vordergrund. In diesem Rahmen wurde jedoch die mögliche Funktion von Kartellen bei Beruhigung von sich überstürzenden Wirtschaftsentwicklungen anerkannt. Der Schutz der Konsumenten vor Ausbeutung durch Kartelle stand ebenfalls immer als Zweck einer anzustrebenden Regelung fest. Die Berücksichtigung der Interessen von direkt durch Kartelle Betroffenen gegen missbräuchliche Ausnutzung von kartellbedingter Machtposition ging bis zum Vorschlag individueller Antragsrechte gegen bestimmte Kartelle. Als Aufsichtsorgane wurden sowohl Verwaltungsbehörden als auch Gerichte vorgeschlagen.

Alle diese wohl begründeten rechtlichen Überlegungen konnten sich aber offenbar gegen die wirtschaftlichen Interessen der kartellierten Wirtschaft nicht durchsetzen.

#### **3.1.3 Rechtsprechung zum KoalG**

Der lange Zeitraum der Geltung des § 4 KoalG<sup>661</sup>, der hier zentral interessierenden Norm des KoalG, brachte es mit sich, dass die Gerichte diese Bestimmung in Perioden verschiedener wirtschaftspolitischer Einstellung gegenüber Kartellen anzuwenden hatten. Dennoch blieb die Rechtsprechung relativ konsistent. Merkbare Änderungen in der RSp sind erst in den Jahren des Ersten Weltkrieges und den 20er Jahren des 20. Jhdts festzustellen, als die Auswirkungen der Kriegswirtschaft und die Existenz eines UWG, das auf bestimmte Sachverhalte ebenfalls anzuwenden war, relevant wurden. Die Aussagen der RSp zu den Zwecken des KoalG werden daher hier für den Zeitraum seiner Geltung in der Monarchie und in der Zwischenkriegszeit gemeinsam dargestellt.

Die Entscheidungen zu § 4 KoalG lassen sich in einige Gruppen zusammenfassen:

---

<sup>660</sup> Das HH strich auch diese Bestimmung ohne nähere Begründung, 358 Blg StenProt HH, XVII. Sess 1906.

<sup>661</sup> 1870 erlassen, war es bis zur Einführung der dt Kartellnormen in Österreich in Geltung.

### 3.1.3.1 Rechtsprechung mit Aussagen zu den Interessen des "Publikums"

Nach § 2 KoalG war Voraussetzung für die rechtliche Unwirksamkeit einer Verabredung von „Gewerbsleuten“<sup>662</sup>, dass durch diese der Preis einer Ware „zum Nachteil des Publikums“ erhöht wurde.

§ 4 KoalG lautete:

*„§ 4. Die in den §§ 2 und 3 enthaltenen Bestimmungen finden auch auf Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke, um den Preis einer Ware zum Nachteile des Publikums zu erhöhen, Anwendung.“*

Die zentrale Frage bei Auslegung des § 4 KoalG war somit die Ermittlung des Zwecks einer „Verabredung von Gewerbsleuten“. Die Ungültigkeit der Vereinbarung nach § 2 KoalG und die strafrechtlichen Folgen des § 2 KoalG konnten nur dann eintreten, wenn die Verabredung den Zweck hatte, „den Preis einer Ware zum Nachteile des Publikums“ zu erhöhen.

Die frühen E zu § 4 KoalG versuchten, die Tatbestandsvoraussetzung „Verabredung zum Zwecke, um den Preis einer Ware zum Nachteile des Publikums zu erhöhen“ im Sinne der wirtschaftspolitischen Vorstellungen dieser Zeit umzusetzen. Der Begriff des „Publikums“ wurde weiter verstanden als der Begriff des „Konsumenten“ im 20. Jhd. Das „Publikum“ war eher die Gesamtheit der Nachfragenden. Auch gewerbliche Nachfrager konnten dazu gehören. Dennoch lag der Schwerpunkt des Begriffs bei den nicht-gewerblichen Letztverbrauchern einer Ware. Es wurde daher auch in der RSp nicht streng zwischen gemeinsamen Konsumenteninteressen aller Konsumenten oder Nachfragenden, Interessen von Gruppen von Konsumenten, Einzelinteressen von Letztverbrauchern und den volkswirtschaftlichen Interessen des Staates, die Interessen aller Nachfragenden zu berücksichtigen, unterschieden.

Die erste E zu § 4 KoalG, VwGH 10.5.1893<sup>663</sup>, die sich zwar nur am Rande, aber doch mit den wesentlichen Aspekten des § 4 KoalG auseinandersetzte, sprach ganz allgemein aus:

*„Es ist nun klar, daß ein Übereinkommen, welches die Gewerbsleute bindet, einen bestimmten Preis für ihre Ware unter allen Umständen, also auch dann festzuhalten, wenn nach den jeweiligen Preisverhältnissen des Rohmaterials und der Arbeitskräfte eine Verbilligung des Artikels eintreten könnte, die Gewerbsleute einerseits in ihren Dispositionsrechten einschränkt, andererseits auch, mag nun für diese Ware ein Maximaltarif bestehen oder nicht, der Bestimmung des § 4 des Gesetzes vom 7.4.1870, RGBL Nr 43, widerspricht, da ein solches Übereinkommen ersichtlich den Zweck verfolgt, die Entfaltung einer Gewerbstätigkeit auszuschließen, welche um niedrigere als die in dem Maximaltarife festgesetzten Preise Waren dem Markt zuzuführen unternehmen würde.“*

§ 4 KoalG wurde in dieser E als Begründung für das Recht der „Gewerbsleute“, ihre Gewerbstätigkeit frei zu entfalten angesehen. Das könne auch ein behördlich vorgeschriebener Höchstpreis für das betreffende Produkt nicht verhindern. Interessant bei dieser E ist somit auch, dass die volkswirtschaftliche Wechselwirkung zwischen Wettbewerbsrecht und Preisrecht angesprochen wird.

---

<sup>662</sup> Zum Begriff der „Gewerbsleute“: Schulte, Das österreichische Kartellrecht vor 1938 (1980), 47.

<sup>663</sup> BudwSlg 7253.

Die zweite E zu § 4 KoalG, OGH 20.1.1898<sup>664</sup>, erging direkt zu einem Kartellvertrag, und zwar zu einem volkswirtschaftlich besonders wichtigen, einem Übereinkommen von „*Oleumproduzenten*“. Im Wesentlichen wurden mit dieser Vereinbarung eine Gebietsaufteilung und der Verzicht eines Kartellteilnehmers, eine bestimmte Technologie sowohl in Russland als auch in Österreich - Ungarn einzusetzen oder weiterzugeben, hergestellt. Als Gegenleistung erhielt dieser Teilnehmer von den anderen am Kartell Beteiligten jährliche Barzahlungen. Weiters war eine Preisabsprache vorgesehen. Die E ist somit auch ein frühes Zeugnis dafür, dass die Strategie, die Erdölpreise durch Produktionsbeschränkungen hochzuhalten schon in einer Zeit angewandt wurde, in der das Erdöl noch eine vergleichsweise geringe volkswirtschaftliche Bedeutung hatte.

Ein Teilnehmer am Übereinkommen der „*Oleumproduzenten*“ bezahlte die Abschlagszahlungen an jenen Kartellteilnehmer, der sich zum Verzicht des Einsatzes einer bestimmten Technologie verpflichtet hatte, nicht. Der nicht befriedigte Kartellant klagte den säumigen Kartellteilnehmer. Dieser wandte ein, die Vereinbarung sei gem §§ 2 u 4 KoalG ungültig.

Die erste und zweite Instanz gaben der Klage mit der Begründung statt, § 4 KoalG sei nicht anzuwenden, da die Vereinbarung nicht die „*Schädigung des Publikums*“ bezwecke. Es ginge vielmehr nur um die wirtschaftliche Absicherung und damit Festigung aller beteiligten Unternehmen durch Regelung der Produktion. Die ebenfalls vorgesehene Preiserhöhung könne „*nicht als ungebührlich*“ bezeichnet werden.

Der OGH folgte der Revision des Beklagten und wies die Klage mit der Begründung ab, die Verabredung hätte das Ziel gehabt, die Konkurrenz zwischen den Teilnehmern auszuschließen „*und damit auf den Preis des Oleums zu ungunsten der Abnehmer einzuwirken*“<sup>665</sup> Sie sei daher gem § 4 KoalG ungültig. Nachzuweisen sei nicht, dass die Vereinbarung die Preiserhöhung tatsächlich bewirkt habe, es reiche aus, darzutun, dass sich infolge der Kartellvereinbarung die Preise für das Publikum „*ungünstiger*“ gestalten könnten. Die Kausalität zwischen Kartellvereinbarung und Preiserhöhung nachzuweisen, sei zu schwierig „*und würde den Zweck des Gesetzes gefährden, da eine Preissteigerung ganz unabhängig von einem Cartelle und neben demselben eintreten kann*“.

Zum Zweck des § 4 KoalG führte der OGH weiter aus, dass eine Vereinbarung auch deswegen ungültig sein könne, weil die Interessen des Publikums durch eine Vereinbarung, die direkt nur Unternehmer bindet, auch indirekt beeinträchtigt werden können.

Auch im nächsten Fall E OGH 6.4.1899,<sup>666</sup> war ein Kartellvertrag zu beurteilen. Es handelte sich um das sog „*Federweißkartell*“. Wieder beurteilten die Untergerichte die Aufgaben und Wirkungen eines Kartellvertrages anders als der OGH.

Die Untergerichte nahmen in diesem Fall an, das Publikum könne durch dieses Kartell nicht benachteiligt werden, da sich das Kartell nur gegen Zwischenhändler und Käufer, die das Federweiß als Hilfsstoff verwendeten, richte. Weiters, dass eine Preiserhöhung von nur 10 % beabsichtigt sei und nur ein geringer Teil der Anbieter von der Vereinbarung erfasst werde. Die Rationalisierung der beteiligten Unter-

---

<sup>664</sup> GIUNF 1/8.

<sup>665</sup> GIUNF 1/8, 12.

<sup>666</sup> GIUNF 2/568.

nehmungen stünde im Vordergrund der Vereinbarung. Außerdem gehöre Federweiß nicht zu den Artikeln des gewöhnlichen Lebensbedürfnisses des Publikums. Nur solche Bedürfnisse seien aber durch das KoalG im „*öffentlichen, staatlichen Interesse vor der künstlichen Verteuerung*“ zu schützen.

Der OGH entnahm demgegenüber den vorgelegten Urkunden, dass das letzte Ziel des Übereinkommens der Federweißproduzenten doch die Preiserhöhung sei. Gerade dieser Punkt sei bei Beurteilung der Kartellvereinbarung von ausschlaggebender Bedeutung. Der OGH stellte ferner fest, dass das KoalG keine Beschränkung seines sachlichen Geltungsbereiches auf Bedarfsartikel des täglichen Lebens kenne. Auch die Verteuerung von Hilfsstoffen könne eine Preiserhöhung zum Nachteil des Publikums herbeiführen.

Der OGH legte in der Begründung dieser E die wesentlichen Kriterien des § 4 KoalG folgendermaßen aus:

*„Aber auch die Auslegung des Begriffes „Publicum“ dahin, als ob die Allgemeinheit der Bevölkerung unmittelbar getroffen werden müßte, ist eine zu weitgehende. Durch diesen Ausdruck will offenbar nur hervorgehoben werden, daß es sich um Waaren handelt, welche dem allgemeinen Verkehre dienen und Bedürfnisse der Allgemeinheit befriedigen, im Gegensatz zu Gegenständen, welche nur von einzelnen Personen an sich gebracht werden, wie Kunstgegenstände und dgl. Daß der Nachteil ein bedeutender sein müsse, daß hiedurch das staatliche Interesse berührt werden muß, kann aus dem Gesetze nicht gefolgert werden. Zweck des Gesetzes ist nur, die Consumenten einer Waare vor einer künstlichen Verteuerung durch Verabredung der Producenten zu schützen. Es unterscheidet nicht zwischen unbedingt nothwendigen Bedarfsartikeln und anderen Waaren, muß also als alle Waaren umfassend angesehen werden, welche von der Bevölkerung überhaupt, nicht bloß von einzelnen Personen unmittelbar oder in Folge Verwendung bei Bereitung anderer Waaren gebraucht werden, wodurch also ein, wenn auch nicht zum nothwendigen Lebensbedarfe gehöriges Bedürfnis eines erheblichen oder ausgedehnten Theiles der Bevölkerung, also des Publicums, betroffen wird.“<sup>667</sup>*

Mit den wirtschaftlichen Argumenten der Untergerichte, eine Schädigung der Konsumenten sei nicht beabsichtigt und möglich, da va Rationalisierung und Ersatz einer Handelsstufe durch ein gemeinsames Verkaufsbüro beabsichtigt sei, setzte sich der OGH gar nicht mehr auseinander. Er sah als bewiesen an, dass das Kartell eine Preiserhöhung bewirkte und befasste sich nicht mit den vorgebrachten Rechtfertigungsversuchen.

Der bei den beiden zuletzt beschriebenen Fällen zu bemerkende Gegensatz zwischen einer differenzierten Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der kartellierenden Unternehmen durch die Untergerichte und der Betonung der möglichen Auswirkungen des Kartells auf den Preis der kartellierten Ware durch den OGH, ist bei der E OGH 26.9.1905<sup>668</sup> weniger deutlich sichtbar. Der mit dieser E zu entscheidende Fall betraf das internationale, sog „*kontinentale Glühlampenkartell*“, an dem auch ein österreichisches Unternehmen beteiligt war. Dieses Unternehmen klagte auf Aufhebung des in Berlin abgeschlossenen Gründungsvertrages des Kartells ua deswegen, weil der Vertrag gegen zwingendes österreichisches Recht, nämlich den § 4 KoalG, verstoße.

Das OLG Wien verwarf die Ansicht, die Kartellvereinbarung sei gem § 4 iVm § 2 KoalG unwirksam,

---

<sup>667</sup> GIUNF 2/568, 202.

<sup>668</sup> GIUNF 8/3163.

da § 4 KoalG nur sog Ringe „treffen wolle“.

Das OLG Wien führte aus, Ringe seien „Vereinbarungen zwischen Produzenten und Händlern, welche keine Regelungen der Produktion, sondern in Wahrheit nur das eine bezielen, den Preis von Waren zum Schaden des Publikums zu erhöhen und dadurch den Teilhabern der Vereinigung einen Gewinn zuzuführen, der vom Standpunkte einer gesunden Volkswirtschaft nicht zu rechtfertigen ist.“

Das vorliegende Kartell bezwecke dagegen die Regelung der Produktion und der Absatzverhältnisse, Einsparung von Vertriebskosten und damit eine allgemeine Rationalisierung. Ein rechtlich geschütztes Interesse des Publikums an dem Fortbestehen derzeit geltender Preise von Bedarfsartikeln bestünde nicht. Die Erhöhung von Preisen bedeute nicht automatisch die Benachteiligung des Publikums. Gerade der Wettbewerb könne dazu führen, dass die schwächeren Produzenten aus dem Markt geworfen würden und ein Monopolist dann die Preise bestimmen könne. Es müsse daher in jedem Fall untersucht werden, „in welchem Verhältnisse der durch den sog. Kartellaufschlag zu erzielende Gewinn zu dem aus anderen, das Publikum durchaus nicht schädigenden Quellen erhofften Nutzen des Kartells steht. Wenn der erstgenannte Gewinn dem Kartell sein Gepräge gibt, dann, aber auch nur dann, muß es dem § 4 KoalG unterstellt werden.“ Außerdem könne der Richter nur überprüfen, ob bei Vertragsabschluss eine Preiserhöhung zum Nachteil des Publikums beabsichtigt war.

Demgegenüber stellte der OGH fest, dass die Auslegung, das KoalG wolle nur sog Ringe treffen, verfehlt sei. Zu prüfen wäre gewesen, ob im konkreten Fall eine Preiserhöhung durch eine Qualitätsverbesserung aufgewogen worden wäre. Ausnahmsweise sei es, besonders bei Waren, „welche eine besondere Genauigkeit der Ausführung oder eine größere Dauerhaftigkeit erheischen“, möglich, dass der höhere Preis durch eine bessere Qualität gerechtfertigt werden könne. Dies sei „wohl auch der Grund, warum in das Gesetz die sonst überflüssigen Worte zum Nachteil des Publikums aufgenommen wurden. Aber auch in diesen Fällen wird immer zu berücksichtigen sein, ob nicht trotz der besseren Qualität die Preiserhöhung für die Minderbemittelten, also für die breitesten Schichten der Bevölkerung, welche sich oft mit einer geringeren Qualität begnügen würden, den erhöhten Preis der Ware aber nur schwer oder gar nicht bezahlen können, dennoch mit Nachteil verbunden ist.“

Die Klage wurde zur Beurteilung dieser Punkte an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Obwohl der OGH bei Beurteilung einer Vereinbarung nach § 4 KoalG somit vor allem die mögliche Preisentwicklung der kartellierten Ware erörterte, berücksichtigte er doch auch andere Auswirkungen eines Kartells, wie zB Rationalisierungseffekte, um zwischen gültigen und ungültigen Kartellvereinbarungen zu unterscheiden.<sup>669</sup>

Benedikt<sup>670</sup>, der Rechtsvertreter des klagenden österreichischen Glühlampenerzeugers, zitierte im gerade behandelten Verfahren eine weitere E des OGH aus dieser Zeit, nämlich die E OGH 4.2.1903.<sup>671</sup> Nach Benedikts Zusammenfassung des Inhalts dieser Entscheidung hatte der OGH in dieser E ausgesprochen, § 4 KoalG sei auf ein Kartell nicht anwendbar, das zum Schutz berechtigter wirtschaftlicher Interessen der Produzenten gegenüber dem Zwischenhandel gerichtet sei und einem unberechtigten

<sup>669</sup> Benedikt, Zwölf Gerichtsreden (1912), 77.

<sup>670</sup> Zwölf Gerichtsreden (1912), 88.

<sup>671</sup> OGH 4.2.1903, Franke gegen Schweinefettwerke der Wiener Fleischselcher. Die E ist nicht veröffentlicht worden.

„Herabdruck des Preises“ entgegenwirken solle.

Die Auswirkung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen auf die Konsumenten wurde auch in der E OGH 9.3.1909<sup>672</sup> ausführlich erörtert. Zu beurteilen war ein sog Kundschaftsversicherungsvertrag zwischen Brauereien, der in Zusammenhang mit der Darlehensvergabe an Wirte eine Gebietsaufteilung für die beteiligten Brauereien vorsah und die Brauereien verpflichtete, bei einem Wechsel des Bierbezuges der nunmehr nicht mehr liefernden Brauerei eine Entschädigung zu bezahlen. Die Streitparteien begründeten diese Vereinbarung damit:

*„Die oberösterreichischen Brauereien seien im Laufe der letzten Jahre in eine außerordentlich bedrängte wirtschaftliche Lage geraten. Die meisten Brauereien arbeiteten schon infolge der ungeheuer angewachsenen Gesteungskosten unter gleichgebliebenen Bierpreisen mit Verlust. Hauptsächlich sei es aber die unter den Brauereien eingerissene, geradezu sinnlose Borgwirtschaft gegenüber den Wirten gewesen, welche zu einer immer wachsenden Verschuldung der Gastwirte bei den Brauereien und dieser letzteren bei den Geldinstituten führte.“*

Das Erstgericht sah den Vertrag der Brauereien für gültig an, da er weder gegen § 4 KoalG noch gegen § 878 ABGB verstoße.

*„Ein derartiger Vertrag (sei) nach § 4 des Koalitionsgesetzes nur dann ungültig, wenn er zu dem Zwecke, um den Preis der Ware zum Nachteile des Publikums zu steigern, abgeschlossen wird. Unter einer Preissteigerung „zum Nachteile des Publikums“ versteht das Gesetz offenbar nur eine solche Preissteigerung, welche durch die wirtschaftliche Lage (Steigerung der Preise der Rohmaterialien, der Arbeitslöhne, der Transportkosten, kurz der Regiekosten) nicht begründet ist, sondern über die Höhe normalen Unternehmensgewinnes hinausgehend, eine Ausbeutung des Publikums bezweckt.“<sup>673</sup>*

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichts auf, § 4 KoalG sei zwar nicht anzuwenden, erblickte aber in

*„der wirtschaftlichen Hörigkeit, in welche die Konsumenten zu den Produzenten geraten müßten, und welche im Vertrage so weitgehend gedacht ist, daß die Kundschaften wie Waren abgegeben werden könnten, dasjenige Element, welches die vertragsmäßige Leistung als eine gegen die guten Sitten verstößende und deshalb unerlaubte erscheinen läßt; das Recht der Produzenten, zu verkaufen, an wen sie wollen, verleiht nicht die Befugnis, die Konsumenten zu zwingen auch dort zu kaufen, wo sie nicht wollen. Demgemäß hat das Berufungsgericht den Kundschaftsversicherungsvertrag gem. § 878 ABGB für ungültig erkannt und infolge hievon das rechtlich nicht begründete Klagebegehren abgewiesen.“<sup>674</sup>*

Der OGH stellte das erstgerichtliche Urteil mit der folgenden Begründung wieder her:

*„Es geht nun zu weit, in solchen Verträgen die Schaffung eines Privatmonopols der Brauereien und einer Hörigkeit der Konsumenten zu erblicken und hieraus zu deduzieren, daß sie gegen die guten Sitten verstoßen. Verabredungen zum Schutze gegen unlauteren oder allen verderblichen Wettbewerb, insbesondere gegen die Übernahme der Darlehensschulden von Wirten an Brauereien und Bezahlung dieser*

---

<sup>672</sup> GIUNF 12/4246.

<sup>673</sup> GIUNF 12/4246, 146.

<sup>674</sup> GIUNF 12/4246, 149.

*Schulden gegen Verpflichtung des Wirtes, nunmehr der Zahlerin als Schuldner verhaftet zu sein und fortan bis zur Rückzahlung des Darlehens bei ihr das Bier beziehen zu wollen, widersprechen keineswegs dem allgemeinen Wohle. Die Schaffung besserer Produktions- und Existenzbedingungen, sofern sie sich nur nicht zum Nachteil der Konsumenten im Preise geltend macht, was von den Untergerichten in Übereinstimmung mit den Angaben der Parteien ausgeschlossen wurde, im Wege des Kollektivvertrages, der Abschluß von Verträgen unter Angehörigen desselben Produktionszweiges, um ohne Preiserhöhung seine wirtschaftliche Lage auf gleicher Höhe zu halten oder zu verbessern, widerspricht keinem bestehenden Gesetze, widerspricht auch nicht der Tendenz der neueren Rechtsentwicklung, die im Gegenteil die Erreichung des gleichen Zweckes in verschiedener Weise fördert (Genossenschaften, Fusionierung gleichartiger Betriebe), und kann, da sie den vertragstreuen Konsumenten nicht schädigt, unmöglich den guten Sitten zuwiderlaufen.“<sup>675</sup>*

Wesentlich war für die E des OGH somit, dass keine Preissteigerung für die Konsumenten eintrat. Unter dieser Voraussetzung wurden Verträge, die den Wettbewerb beschränkten, als zulässig angesehen. Interessant ist die Argumentation der Begründung der E in Richtung unlauterer Wettbewerb. Vereinbarungen, die der Regelung der guten Sitten im Wettbewerb dienten, widersprachen nach damaliger Ansicht des OGH keineswegs dem allgemeinen Wohle.

In der Praxis stellten sich die Annahmen der Gerichte über die Möglichkeiten des Kartells, die Bierpreise zu erhöhen, offenbar als unrichtig heraus. Pick berichtete, dass infolge dieses Urteils der Bierpreis innerhalb weniger Monate um mehr als eine Krone/Hektoliter gesteigert wurde.<sup>676</sup>

Die E OGH 7.5.1912<sup>677</sup> betonte, die Ermittlung des Zwecks einer Kartellvereinbarung sei wesentlich, um beurteilen zu können, ob sie § 4 KoalG widerspreche. Es sei nicht entscheidend, ob sich der Preis tatsächlich verändert habe, da es oft schwierig bis unmöglich sei, zu beweisen, dass das bezügliche Kartell die festgestellte Preiserhöhung bewirkt habe. Eine Preiserhöhung könne ja auch ganz unabhängig von diesem eintreten. Der Zweck des Kartellvertrages eine Preiserhöhung zu bewirken, müsse nicht ausdrücklich im Vertrag aufscheinen. Es genüge, wenn die Absicht aus dem Vertrag zu entnehmen sei. Diese Feststellung war im konkreten Fall entscheidend, da Kartellführerin dieser Vereinbarung eine Bank war und im Vertrag versucht wurde, Konventionalstrafen etc in der Form von Bankgeschäften zu verschleiern.

Die E des OGH 18.7.1916<sup>678</sup> ist wegen des dort verwendeten Verbraucherbegriffs interessant. Bei Beurteilung einer Vereinbarung von Lieferanten von Brauereien und Mälzereien wurde festgestellt, dass auch Brauerei- und Mälzerei-Besitzer ein Teil des Publikums iS des § 4 KoalG seien. Da die zu beurteilende Vereinbarung den Zweck der Preiserhöhung klar erweise, sei sie wegen Verstoßes gegen § 4 KoalG ungültig.

Zuletzt sei in dieser Gruppe von E noch eine aus der Zwischenkriegszeit erwähnt, die E OGH 9.10.1934<sup>679</sup>. Die E wurde entgegen älterer RSp damit begründet, dass die Formulierung in § 4 KoalG, „den Preis... zum Nachteil des Publikums erhöhen“, eng zu verstehen sei. Eine Vereinbarung, die lediglich

---

<sup>675</sup> GIUNF 12/4246, 150.

<sup>676</sup> Pick, Praktische Fragen des Österreichischen Kartellrechtes (1913), 21.

<sup>677</sup> GIUNF 15/5906.

<sup>678</sup> ZBI 1916/373.

<sup>679</sup> JBI 1934, 456.

Preissenkungen verhindern solle, wäre somit nicht gem § 4 KoalG ungültig.

### 3.1.3.2 Rechtsprechung zu Sanierungs- und Rationalisierungskartellen

In vielen Fällen stellte sich die Frage, ob die Sanierungs- oder Rationalisierungsfunktion eines Kartells auch eine Preiserhöhung für das Publikum rechtfertigen könne.<sup>680</sup>

Bereits im Fall des kontinentalen Glühlampenkartelles, E OGH 26.9.1905,<sup>681</sup> stellte das Berufungsgericht offenbar unter Eindruck der Argumentation der Beklagten fest<sup>682</sup>:

*„Die Regelung der Produktion und der Absatzverhältnisse, das Wegfallen der sogenannten faux frais, der falschen Gestehungskosten, die durch die Reklame, Anstellung von Agenten und Geschäftsreisenden ua erwachsen, muß nicht bloß der Deckmantel sein, hinter dem die ausbeuterischen Zwecke verhüllt werden; sie können wahrhaft zutreffende Merkmale einer Kartellvereinigung bilden. Die Erhöhung der Preise, welche ein Kartell beabsichtigt oder doch tatsächlich herbeiführt, muß nicht eine Schädigung des Publikums bedeuten.“*<sup>683</sup>

Das Berufungsgericht verneinte einen Verstoß gegen § 4 KoalG, weil die Preiserhöhung nicht bezweckt gewesen sei, sondern das Kartell aus anderen Motiven errichten worden sei. Der OGH hob das Urteil auf, anerkannte aber in gewissem Umfang die Argumente zur Rechtfertigung des Kartells und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Im Verfahren kontinentales Glühlampenkartell wurde auch auf die E OGH 4.2.1903 hingewiesen, die ein Sanierungs- oder Schutzkartell von Wiener Fleischselchern gegen den Zwischenhandel als mit § 4 KoalG vereinbar ansah.<sup>684</sup>

Auch die ebenfalls bereits behandelte E des OGH 9.3.1909<sup>685</sup> ist einschlägig. Die Sanierungswirkung einer Vereinbarung könne nicht gegen die guten Sitten sein. Entscheidend für die E war jedoch die Feststellung, dass das Kartell nicht zu Preiserhöhungen geführt hätte.

In der E OGH 9.9.1914,<sup>686</sup> hatte sich der OGH mit einem Kartell zu beschäftigen, das zwar vor allem eine Kontingentierungsvereinbarung enthielt. Es wurde aber festgestellt, dass dieses Kartell auch den Zweck hätte, Preiserhöhungen herbeizuführen. Das Kartell sollte dem Preisverfall von Preßhefe entgegen wirken, der durch einen Preiskampf galizischer und Bukowiner Presshefe Fabriken verursacht worden war.

*„Die Kartellierung, das heißt die einverständliche Kontingentierung der Produktion, bildete demnach das Mittel, um auf künstlichem Wege durch vereinbarte Bindung der Produktion eine Erhöhung der*

---

<sup>680</sup> In allen diesen Fällen wurde „Sanierung“ als „Sanierung des Handels“ und „Regulierung der Produktion“ verstanden.

<sup>681</sup> GIUNF 8/3163.

<sup>682</sup> Benedikt, Zwölf Gerichtsreden (1912), 77.

<sup>683</sup> GIUNF 8/3163, 503.

<sup>684</sup> Benedikt, Zwölf Gerichtsreden (1912), 77 (88, 90). Benedikt verwies dabei auch auf die damalige RSp des RG zu Sanierungskartellen hin (ERG 4.2.1897), die aber wegen der unterschiedlichen Gesetzeslage eigentlich nicht vergleichbar war.

<sup>685</sup> GIUNF 12/4546.

<sup>686</sup> JBl 1916, 57.

*Preise für einen wichtigen Konsumartikel herbeizuführen, welche Erhöhung naturgemäß einen Nachteil für das Publikum in Galizien und der Bukowina bedeutete, welches ohne diese Veranstaltung sich diese Artikel viel billiger zu verschaffen in der Lage war, und welches Mittel einer eventuell möglichen Kartellierung sämtlicher Preßhefefabriken in Österreich und Ungarn die Wege ebnen konnte. Die Kontingentierung bildete die Vorstufe für alle jene Veranstaltungen, die geeignet waren, den Preis für einen bestimmten Konsumartikel, wenn auch vorläufig und auf einem örtlich beschränkten Gebiete, zu beherrschen.“<sup>687</sup>*

Mit dieser Begründung kam der OGH zum Ergebnis, dass die Vereinbarung gegen § 4 KoalG verstoße. Die Rechtfertigung des Klägers, die Vereinbarung diene nur der Regulierung der Hefeproduktion und der Sanierung des Hefehandels, wurde somit verworfen.

Die E OGH 28.3.1916<sup>688</sup> brachte eine Änderung in der RSp des OGH. Die Anerkennung von volkswirtschaftlichen Gründen zur Rechtfertigung von Kartellvereinbarungen durch den OGH wurde offenbar durch die starken ökonomischen Veränderungen im Gefolge der Kriegswirtschaft verursacht. Obwohl nirgends direkt ausgesprochen, steht besonders im Presshefe-Fall die Sicherung kriegswichtiger Wirtschaftszweige ohne Zweifel hinter den rechtlichen Erwägungen, die zur Zulässigkeit der Kartellvereinbarung führten. Wurde noch in einer der ersten Kartellentscheidungen<sup>689</sup> eine Vereinbarung von Oleum Produzenten, die auch „eine Anpassung der Erzeugung an die Nachfrage“ durch Gebietsaufteilungen etc enthielt, vom OGH ohne Eingehen auf wirtschaftliche Erwägungen als ungültig erklärt, standen nun andere Erwägungen im Vordergrund.

Die E OGH 28.3.1916 ist in Bezug auf die Anerkennung von wirtschaftspolitischen Überlegungen, die letztlich die Gültigkeit des Kartellvertrages bestätigte, besonders interessant. Die Klägerin, eine Bukowiner Raffinerie, war im Jahre 1911 dem damals in Bildung begriffenen Petroleumkartell beigetreten und verpflichtete sich zur Kontingentierung ihrer Produktion sowie zur Leistung von Beiträgen zu den Kartellspesen. Da die Raffinerie die Zahlung der auf sie entfallenden Beiträge später verweigerte, wurde bei dem im Kartellvertrag für Streitigkeiten vorgesehenen Schiedsgericht der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer gegen sie eine Klage eingebracht. Das Schiedsgericht verwarf die von der Raffinerie gegen die Klage erhobenen Einwendungen, insbesondere den Kartelleinwand als „*illoyal*“, und verurteilte die Raffinerie zur Zahlung der Beiträge.

Gegen diesen Schiedsspruch brachte die Raffinerie beim Handelsgericht Wien eine Klage auf Unwirksam Erklärung des Schiedsspruches ein, weil zwingende Rechtsnormen verletzt worden seien. Neben verschiedenen Einwendungen, die schon im Hinblick auf §§ 595, 596 ZPO unzulässig waren, machte die Beklagte geltend, dass der Vertrag gegen § 4 KoalG verstoße.

Das Handelsgericht Wien wies die Klage ab, die zweite Instanz bestätigte dieses Urteil im Wesentlichen. Es wies darauf hin, dass das aus Kaufleuten und Industriellen zusammengesetzte Schiedsgericht der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammern festgestellt hätte, § 4 KoalG sei nicht anzuwenden, da kein Preis- sondern ein sog Sanierungskartell vorläge. Der Kartelleinwand der Klägerin sei daher „*illoyal*“. In diesem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten gab die Klägerin als möglich zu, dass für

---

<sup>687</sup> JB1 1916, 58.

<sup>688</sup> JB1 1916, 225.

<sup>689</sup> OGH 20.1.1898, GIUNF 1/8.

die großen Raffinerien, die am Kartell beteiligt seien, die Sanierung ihrer Unternehmen ein Grund für die Kartellierung sein könne. Die Klägerin sei jedoch eine kleine Raffinerie, sie müsse nicht saniert werden. Dazu bemerkte das OLG Wien, dass die Motive des einzelnen Kartellteilnehmers uninteressant wären, es sei die Gesamtvereinbarung zu prüfen.

Wenn nun *„im Eingange des Vertrages ausdrücklich gesagt wird, daß die überwiegende Mehrzahl der großen österreichischen und ungarischen Mineralölraffinerien mit der Beklagten (erg: des Schiedsverfahrens) und untereinander Vereinbarungen getroffen haben, um die seit mehreren Jahren in der Mineralölindustrie obwaltenden ruinösen Verhältnisse durch Regelung der Produktions- und Absatzverhältnisse im In- und Auslande zu beseitigen“*, und weiters, wenn die Sachverständigen des schiedsgerichtlichen Verfahrens diese Funktion bestätigt hätten und das Schiedsgericht daher festgestellt hätte, dass ein Sanierungskartell vorläge, hätte die Entscheidung dieses Schiedsgerichtes nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoßen.

Der OGH bestätigte die Berufungs-E und schloss sich auch der Begründung des Berufungsgerichtes an. Der OGH fügte ferner einige neue Aussagen zur Interpretation von § 4 KoalG an:

*„Würde feststehen, daß das hier in Frage kommende Kartell zu dem Zwecke verabredet worden ist, um den Preis des Petroleums zum Nachteile des Publikums zu erhöhen, so müßte allerdings angenommen werden, daß der zu Leistungen aus einem solchen Kartell verurteilende Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoße. Daß infolge des Kartells die Petroleumpreise tatsächlich in die Höhe gegangen sind, ist unbestritten, daß die Schließung des Kartells die Absicht der Vertragsteile auf eine solche Preiserhöhung gerichtet war, kann ebenfalls als unzweifelhaft gelten. Es fragt sich jedoch, ob diese Preiserhöhung zum wirtschaftlichen Nachteile des Publikums stattfinden sollte und auch stattgefunden hat. Diese Frage muß nach den von den Untergerichten als gerichtskundig angesehenen, nach dem obigen Gesagten im wesentlichen auch von der Revisionswerberin nicht bestrittenen Verhältnissen verneint werden. Diente nämlich das Kartell dazu, um einen wichtigen, in seiner Existenz gefährdeten Industriezweig zu erhalten und erschien es zu diesem Zwecke, wie ebenfalls nicht bestritten ist, als das geeignete Auskunftsmittel in einer Zeit hochgradigen wirtschaftlichen Notstandes, dann wurde hiedurch ein wesentlicher Vorteil des Publikums angestrebt, welcher den in der Preiserhöhung an sich liegenden Nachteil wettmachte. Dies benimmt dem Kartell die ihm sonst anhaftende Verwerflichkeit des Motivs der Preiserhöhung, also auch die Unerlaubtheit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäftes - der Revision war demnach der Erfolg zu versagen.“<sup>690</sup>*

Ganz deutlich stellte der OGH in dieser Begründung die Existenzsicherung eines gefährdeten Industriezweiges *„in einer Zeit hochgradigen wirtschaftlichen Notstands“* über das Interesse des Publikums an niedrigen Preisen.

Unter Bezug auf die soeben zitierte E zum Petroleumkartell führte der OGH ebenfalls 1916 in der E OGH 18.7.1916<sup>691</sup> aus, er hätte sich nie der Meinung angeschlossen, alle Kartelle seien durch das KoalG betroffen. Besonders das Sanierungskartell sei nach seiner RSp ausdrücklich vom KoalG ausgenommen. Es müsse jedoch in jedem Fall geprüft werden, ob durch das Kartell eine Preissteigerung zum Nachteil des Publikums beabsichtigt werde. Der Preiserhöhungszweck wurde im vorliegenden Fall als erwiesen

---

<sup>690</sup> JBl 1916, 226.

<sup>691</sup> ZBl 1916/373.

angenommen, weil sich zwei Kontrahenten verpflichteten ihre Preise zu erhöhen, um dem jeweils anderen keine Konkurrenz zu machen.

### **3.1.3.3 Rechtsprechung zur Gebietsaufteilung**

Viele in der Frühzeit des KoalG zu beurteilenden Kartellvereinbarungen enthielten Vorschriften über Gebietsaufteilungen.<sup>692</sup> Nur in der E OGH 9.3.1909<sup>693</sup> nahm der OGH jedoch auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz von Gebietsaufteilungen direkten Bezug.

Das Berufungsgericht hatte, wie oben schon ausgeführt, die Regelung der Gebietsaufteilung von Brauereien in einer Kartellvereinbarung als sittenwidrig und damit verboten befunden, da Folge dieser Vereinbarungen sei, dass die Konsumenten gleichsam in wirtschaftliche Hörigkeit zu den Brauereien geraten. Der OGH meinte, diese Vereinbarung würde nicht dem „*allgemeinen Wohle*“ widersprechen und wäre somit gültig.

Erst in den 30er Jahren des 20. Jhdts war wieder ein typischer Fall von Gebietsaufteilungen zu beurteilen. In der E OGH 1.9.1933<sup>694</sup> war eine Vereinbarung auf ihre Erlaubtheit in Bezug auf § 879 ABGB in Verein mit § 4 KoalG zu beurteilen, mit der einige Stromlieferanten ihre Versorgungsgebiete abgrenzten.

Das Erstgericht berief sich in seiner Begründung seiner E auf Klang<sup>695</sup>. Nach Klang bestand der Zweck des KoalG darin, Schutz gegen Verabredungen zu gewähren, die lediglich der Gewinnsucht einzelner entspringen würde, um die Gesamtheit schwer zu schädigen. Das Erstgericht entschied, dass eine solche Vereinbarung nicht vorliege. Sie diene nur dem Schutz kleiner Unternehmen gegen ein Großunternehmen und hätte außerdem zu keiner Preiserhöhung geführt.

Der OGH schloss sich dieser Argumentation an und billigte die Vereinbarung als einen nicht dem KoalG widersprechenden Abwehrschritt kleiner Unternehmungen gegen ein Großunternehmen.

In einer E aus demselben Jahr, OGH 19.4.1933<sup>696</sup> wurde erkannt, dass eine Gebietsaufteilung von Rauchfangkehrern nicht gegen die guten Sitten verstoße. Ein Bezug zum KoalG wurde dabei gar nicht hergestellt.

### **3.1.3.4 Rechtsprechung zu sonstigen wettbewerbsrechtlichen Einzelproblemen**

Die frühe RSp zu kartellrechtlichen Fragen enthält an manchen Stellen noch weitere Aussagen zu den Zwecken wettbewerbsrechtlicher Gesetze. So wurde in der E 26.9.1905<sup>697</sup> bereits anhand des kontinentalen Glühlampenkartells die Frage der Zulässigkeit der Beurteilung einer im Ausland von Ausländern und einem Österreicher geschlossenen Kartellvereinbarung iS des heute so bezeichneten Wirkungsprin-

---

<sup>692</sup> OGH 20.1.1898, GIUNF 1/8; 6.4.1899; GIUNF 2/568; 9.3.1909, GIUNF 12/4546; 23.4.1913, GIUNF 16/6413.

<sup>693</sup> GIUNF 12/4546.

<sup>694</sup> SZ 15/171.

<sup>695</sup> Klang in Klang<sup>1</sup>, II/2, 212

<sup>696</sup> ZBI 1933/338.

<sup>697</sup> GIUNF 8/3163.

zips entschieden.<sup>698</sup>

Aus der Überlegung, dass das KoalG zwingendes Recht enthalte, ergäbe sich, dass die österreichischen Gerichte „die Rechtsgültigkeit derartiger von einem Inländer im Auslande geschlossenen Verträge, welche auch im Inlande Rechtswirkungen nach sich ziehen sollen, an Hand der österreichischen Gesetze zu prüfen (habe), und darüber zu entscheiden (habe), ob diese Verträge auch in Österreich als rechtswirksam anzusehen sind.“

Auch die Frage, ob Genossenschaften unter die Definition des Kartells fallen könnten, war bereits damals zu beurteilen. In zwei Fällen <sup>699</sup> hatte sich der OGH mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft wegen möglicher Verletzung des KoalG nicht eingetragen werden dürfe. Im ersten Fall lag nach Ansicht aller drei Instanzen eine nach § 4 KoalG ungültige Kartellvereinbarung und kein erlaubter Gründungsvertrag einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft vor - die Eintragung war daher zu versagen. Im zweiten Fall wurde die Eintragung aus anderen Gründen versagt, ein Verstoß gegen das KoalG lag aber nach Ansicht aller Instanzen nicht vor.<sup>700</sup>

Den typischen Fall eines Submissionskartelles hatte die E 10.6.1913 <sup>701</sup> zu behandeln. Die E eines Schiedsgerichtes in dieser Angelegenheit wurde als gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoßend aufgehoben, der Vertrag wurde als dem KoalG widerstreitend angesehen.

Kartellvereinbarungen wurden nicht nur im Verhältnis zum KoalG bewertet, sondern auch im Hinblick auf mögliche Sittenwidrigkeit nach den Bestimmungen des ABGB. Eine als Kartellvertrag bezeichnete Vereinbarung, nach der sich Dienstgeber gegenseitig verpflichteten, Dienstnehmer nicht anzustellen, die aus dem Dienste einer der vertragsschließenden Parteien ausgeschieden waren, wurde vom OGH als sittenwidrig erkannt und dem betroffenen Dienstnehmer Schadenersatz zugesprochen.<sup>702</sup>

Eine weitere E OGH 20.3.1923 <sup>703</sup> aus der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg lässt ebenfalls interessante Schlüsse auf den Einfluss der Wirtschaftspolitik und der wirtschaftlichen Situation auf die RSp zu den Zwecken des Wettbewerbsrechts zu.

Mehrere Textilunternehmungen trafen 1912 mit einer Aktiengesellschaft derselben Branche die Vereinbarung, dieses Unternehmen stillzulegen. Die Unternehmen, die ihren Betrieb aufrecht erhielten, zahlten dem stillzulegenden Unternehmen dafür eine Prämie. Das stillzulegende Unternehmen verpflichtete sich bei Vertragsverletzung zu Leistung von Konventionalstrafe und Schadenersatz. Dieser Vertrag sollte auch am Grundstück dieses Unternehmens verbüchert werden, was zuerst nicht erfolgte, auch die Aktiengesellschaft bestand weiter. 1917 wurden die Aktien an ein anderes Unternehmen der Textilbranche verkauft. Dieser nahm den Betrieb des Unternehmens wieder auf, stellte ihn dann auf Andrängen der Kläger wieder ein und nahm ihn angeblich infolge Intervention der Arbeiterschaft und in Befolgung des

---

<sup>698</sup> Das Wirkungsprinzip ist heute in § 6 KartG 1988 vorgeschrieben.

<sup>699</sup> OGH 12.9.1906, Adler / Clemens 2597; 27.4.1909, Adler / Clemens 2821.

<sup>700</sup> Auf diese E bezieht sich die immer wieder erwähnte Meinung Demelius in: Probleme des österreichischen Genossenschaftsrechts, in Die Genossenschaften in der österreichischen Wirtschaft der Gegenwart I (1955), 70 (76 f). Über das Verhältnis von Genossenschaften zu Kartellen zB Krejci, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 3 (FN 4).

<sup>701</sup> GIUNF 16/6482.

<sup>702</sup> OGH 26.5.1915, GIUNF 7453.

<sup>703</sup> SZ 5/62.

Erlasses des BM für Handel und Gewerbe, Industrie und Bauten vom 14.3.1921, Z 4196-20-(92), in vollem Umfange wieder auf. Nach Aufnahme des Betriebes klagten die Vertragspartner die Aktiengesellschaft und den Aktionär – das war das nunmehr tätige Unternehmen - auf Zahlung der Vertragsstrafe, Schadenersatz, Rückzahlung des Betrages, der zur Stilllegung gegeben wurde und Einverleibung einer Reallast, die zwar vereinbart, aber noch nicht durchgeführt war.

Das Gericht erster Instanz wies das Klagebegehren ab. Es qualifizierte die Vereinbarung als Kartell, welches durch den Erlass des BM vom 14.3.1921 aufgelöst worden sei. Die Zweitbeklagte müsse sich dem Gebote des Ministeriums, obwohl es einer Kartellbestimmung widerstritt, fügen. Aus der Auflösung des Kartells ergebe sich die weitere Folge, dass die Kläger zur Klage auf Zuhaltung des Kartells und zum Begehren auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Kartellvereinbarungen, die sie selbst nicht erfüllen konnten, weil ja das Kartell aufgelöst worden war, nicht berechtigt und aktiv hiezu auch nicht legitimiert seien. Beide Oberinstanzen bestätigten dieses Urteil, wobei der OGH noch zusätzlich ausführte:

*„Die Stilllegung bezüglich H war die Folge einer die Betätigung der Firma Gebrüder R in weitgehender Weise einschränkenden Vertragsbestimmung. Erwägt man, dass solche Einschränkungen vom Gesetze nur für die Dauer bestimmter Rechtsverhältnisse oder einige Zeit nach ihrem Ablauf als zulässig erkannt werden, und zwar mit Recht, weil sie nicht nur eine Beeinträchtigung des einzelnen, sondern auch durch die Einschränkung des Wettbewerbes eine Schädigung der Allgemeinheit bedeuten können, so kann die rechtliche Unzulässigkeit der Vereinbarung der immerwährenden Stilllegung der Druckerei, Färberei usw in H und der Einverleibung einer bezüglichen Verpflichtung nicht in Frage gestellt werden.“* <sup>704</sup>

Zuletzt ist in dieser Gruppe von Entscheidungen noch auf die bereits ausführlich behandelte E OGH 1.9.1933, <sup>705</sup> hinzuweisen. Auch in dieser E wurde die Sittenwidrigkeit einer Kartellvereinbarung nach dem ABGB beurteilt.

### **3.1.3.5 Rechtsprechung zum Verhältnis von Kartellrecht zu anderen wirtschaftsrechtlichen Normen**

Bereits die erste, mir bekannte Entscheidung zum KoalG beschäftigte sich mit Fragen des Verhältnisses des KoalG zu verschiedenen Normen der GewO, besonders zu § 51 GewO.

Der VwGH <sup>706</sup> hatte ein Übereinkommen einer Anzahl von Bäckern zu beurteilen, denen die Wiener Bäcker-genossenschaft beiträt. In diesem Vertrag verpflichteten sich die Bäcker, Semmeln nur zum behördlich geregelten Maximaltarif zu verkaufen. Der Vertrag wurde durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe bestärkt und ein Schiedsgericht in der Wiener Bäcker-genossenschaft eingerichtet, das über Vertragsverletzungen entscheiden sollte.

Der Wiener Magistrat erließ als Gewerbebehörde ein Dekret, in dem dem Vorsteher der Bäcker-genossenschaft unter Hinweis auf eine Kundmachung des Wiener Magistrats aufgetragen wurde, die Funktionen des Schiedsgerichtes einzustellen, sich jeder weiteren Tätigkeit "in Absicht auf die Durchführung des fraglichen Übereinkommens bei Vermeidung sonstiger strengerer Maßnahmen zu enthalten und über

---

<sup>704</sup> SZ 5/62, 180.

<sup>705</sup> SZ 15/171.

<sup>706</sup> VwGH 10.5.1893, BudwSlg 7253.

den Vollzug dieses Auftrages binnen 3 Tagen zu berichten". Dies alles, weil das Übereinkommen den Bestimmungen des § 4 KoalG widerspräche und nicht unter die Bestimmung des § 114 Abs 1 GewO 1859 subsumiert werden könne. Den Rekursen gegen diese Entscheidung wurde nicht Folge gegeben. Die Beschwerde an den VwGH wurde ua damit begründet, dass das Übereinkommen im Interesse des Publikums gelegen sei, keine Erhöhung des Marktpreises für Gebäck zum Nachteil des Publikums bezwecke und daher nicht unter das KoalG falle.

Der VwGH führte in seiner Entscheidung aus:

*„Es kann nicht zweifelhaft sein, daß durch dieses Übereinkommen der Gewerbebetrieb der einzelnen Gewerbsleute eingeschränkt werden soll, da ja durch das Übereinkommen der einzelne Gewerbsmann in der freien Selbstbestimmung des Preises seiner Waare, ebenso wie in der Verfügung über sein Gewerbsunternehmen als Ganzes gebunden wird“*<sup>707</sup>. Weiters: *„Es ist nun klar, daß ein Übereinkommen, welches die Gewerbsleute bindet, einen bestimmten Preis für ihre Waare unter allen Umständen, also auch dann festzuhalten, wenn nach den jeweiligen Preisverhältnissen des Rohmaterials und der Arbeitskräfte eine Verbilligung des Artikels eintreten könnte, die Gewerbsleute einerseits in ihrem Dispositionsrechte einschränkt, andererseits auch, mag nun für diese Waare ein Maximaltarif bestehen oder nicht, der Bestimmung des § 4 des Ges vom 7. April 1870, RGB Nr 43, widerspricht, da ein solches Übereinkommen ersichtlich den Zweck verfolgt, die Entfaltung einer Gewerbsthätigkeit auszuschließen, welche um niedrigere als die in dem Maximaltarife festgesetzten Preise Waaren dem Markte zuzuführen, unternehmen würde.“*<sup>708</sup>

Nach diesen Ausführungen zum KoalG beurteilte der VwGH das Verhalten der Wiener Bäcker-genossenschaft als Verstoß gegen § 113 GewO. Er führte aus:

*Nach dieser Norm „soll aber der Gewerbebetrieb nicht beirrt und insbesondere der Betrieb eines Gewerbes nicht weiter beschränkt werden, als durch das Gesetz bestimmt ist und es ist insbesondere den Genossenschaften nicht gestattet, diesem Grundsatzes des § 113 entgegenzuhandeln und eine Thätigkeit zu entwickeln, welche eine Beirrung und Beschränkung des Gewerbes herbeizuführen geeignet ist. - Dies ist aber im concreten Falle durch die Wiener Bäcker-genossenschaft allerdings geschehen, und zwar dadurch, daß dieselbe dem oberwähnten Übereinkommen beigetreten ist. Denn dieser Beitritt der Bäcker-genossenschaft zu dem Übereinkommen soll doch keine andere Bedeutung haben und hat auch keine andere, als daß die Genossenschaft den ihr durch das Gesetz eingeräumten Einfluß auf die Entwicklung des Gewerbes in der oben besprochenen beschränkenden Richtung des Übereinkommens zur Geltung zu bringen sich zum Ziele setzt, wie dies sofort daraus klar wird, daß die aus dem Übereinkommen sich ergebenden Streitigkeiten vor das genossenschaftliche Schiedsgericht verwiesen werden, welches als eine genossenschaftliche Institution doch seine Thätigkeit nur im Rahmen des Gesetzes zu entfalten berufen sein kann.“*<sup>709</sup>

Da auch aus § 51 GewO klar hervorgehe, dass die nach dieser Norm erlassenen Tarife nicht über- aber wohl unterschritten werden dürfen, da ja Zweck der Bestimmung sei, jede ungerechtfertigte Verteuerung solcher notwendigster Artikel hintanzuhalten und also keineswegs bestimmt ist, eine Verbilligung dieser

---

<sup>707</sup> VwGH 10.5.1893, BudwSlg 7253, 505.

<sup>708</sup> VwGH 10.5.1893, BudwSlg 7253, 505.

<sup>709</sup> VwGH 10.5.1893, Budiwinski 7253, 506.

Artikel, soweit solche nach den jeweiligen Preisverhältnissen des Rohmaterials und der Arbeitskraft durch die freie Konkurrenz der Gewerbsleute Platz greifen kann, war keine Gesetzeswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung des Wiener Magistrates zu erkennen.

Die E OGH 23.4.1915,<sup>710</sup> und OGH 19.4.1933<sup>711</sup> zu Gebietsaufteilungen im Rauchfangkehrergewerbe enthalten keine klaren Aussagen zum Zusammenspiel von gewerberechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Soweit aus den E zu entnehmen ist, dürfte eine gewerberechtliche Regelung von vorbehaltenen Kehrbezirken noch nicht erfolgt gewesen sein. Die zivilrechtlichen Übereinkommen, die damals zu beurteilen waren, scheinen die gewerberechtlichen Kehrbezirksregelungen in gewissem Rahmen vorweggenommen zu haben.

Zuletzt soll noch auf jene E hingewiesen werden, die das Verhältnis von Lauterkeitsrecht zu Kartellrecht bestimmen sollten und die bereits im Abschnitt 2. Recht gegen unlauteren Wettbewerb behandelt wurden.<sup>712</sup>

### **3.1.3.6 Ergebnis**

Da § 4 KoalG als Voraussetzung für seine Anwendbarkeit festlegte, dass durch eine Verabredung von Gewerbsleuten der Preis einer Ware zum Nachteil des Publikums erhöht werden muss, setzte sich die RSp bei Beurteilung einer Kartellvereinbarung immer primär mit den Interessen der Konsumenten auseinander. Erst in der Zeit des 1. Weltkrieges ging der OGH davon ab, den Zweck von fast jeder Kartellvereinbarung in einer Preiserhöhung zum Nachteil des Publikums zu sehen. Vor allem der Zweck der Sanierung oder der Rationalisierung der an einem Kartell beteiligten Unternehmen wurde dann in manchen Fällen als Rechtfertigung auch für eine mögliche Preiserhöhung akzeptiert. Die Berücksichtigung anderer volkswirtschaftlicher Erwägungen erfolgte lediglich punktuell, lässt aber erkennen, dass viele noch immer aktuelle Fragen zur volkswirtschaftlichen Einordnung von Kartellen auch damals von der RSp zu lösen waren.

### **3.1.4 Wissenschaftliche Äußerungen im Rahmen der 1. Kartelldiskussion in Österreich**

Die Kartellliteratur erlebte in Österreich um die Jahrhundertwende ihre erste Blüte. Der Auslöser für diese Situation lag wohl darin, dass die Spannung zwischen den Vorschriften des KoalG mit der auf ihr basierenden RSp und der wirtschaftlichen Realität groß war. Dazu kam, dass sowohl in der Wirtschaftswissenschaft als auch in der Wirtschaftspraxis die Meinung weit verbreitet war, dass eine kartellierte Wirtschaft gegenüber einer auf freiem Wettbewerb basierenden Wirtschaft höher entwickelt sei. Der als chaotisch empfundene Zustand des freien Wettbewerbs sollte einer durch Kartelle geregelten Wirtschaft weichen. Die ideengeschichtliche Strömung des Historismus lieferte dafür die Begründung und diente als Ideenspender. Die heroisierte Zeit der mittelalterlichen Zünfte diente in diesem Sinne als Vorbild für eine kartellierte Wirtschaft.

---

<sup>710</sup> GIUNF 16/6413.

<sup>711</sup> ZBI 1933/338, 89o.

<sup>712</sup> bes E OGH 23.11.1927, ZBI 1928/132, 369.

### 3.1.4.1 Die Kartellbewegung als Mittel der Umgestaltung von Wirtschaft und Gesellschaft (Kleinwächter und andere)

Das Werk Kleinwächters, „Die Kartelle“<sup>713</sup> wurde bereits zu seiner Entstehungszeit als erste Arbeit auf dem Gebiet des Kartellrechts in einem neuen Sinn bezeichnet und mit Recht gewürdigt. Kleinwächters Werk ist aus mehreren Gründen auch noch heute bedeutsam.

Kleinwächter definierte das „Kartell“ als „Übereinkommen der Produzenten, und zwar der Unternehmer der nämlichen Branche, deren Zweck dahin geht, die schrankenlose Konkurrenz der Unternehmer untereinander einigermaßen zu beseitigen und die Produktion mehr oder weniger derart zu regeln, daß dieselbe wenigstens annähernd dem Bedarf angepaßt werden“ kann.<sup>714</sup>

Das besonders Bedeutend seiner Arbeit bestand und besteht noch heute darin, dass er seine Untersuchung auf eine Fragebogenaktion stützte. Erst die aus dem Studium der praktischen Kartellverträge und Kartellerfahrungen ermittelten Rechtstatsachen bildeten die Grundlage für seine Arbeit. So konnte Kleinwächter in Czernowitz, entfernt von den wirtschaftlichen Zentren seiner Zeit, eine Grundlage für die Erforschung der Funktion und Wirkung von Kartellen schaffen.

So fortschrittlich die Methode seiner Untersuchung auch war, war Kleinwächter in seinen Schlüssen und Forderungen doch den Ideen seiner Zeit verhaftet. Die Ordnung der Zünfte war auch sein Vorbild. Das Ziel einer kartellierten Wirtschaft war für ihn aber nicht nur die wirtschaftliche Ordnung der Produktion, sondern auch die Verbesserung der sozialen Situation der Arbeiter im Sinne einer zünftischen Vorsorge für alle Teile der Körperschaften.

Nach Ansicht Kleinwächters sei der Sozialismus im Irrtum befangen, wenn er die soziale Frage als eine Frage des Eigentums an den Produktionsmitteln auffasse.<sup>715</sup> Er meinte:

*„Meines Erachtens ist die Ursache der unleugbar vorhandenen sozialen Übelstände, unter denen wir heute schwer leiden, weit weniger in der Institution des privaten Eigentums als in dem Mangel einer entsprechenden Organisation der Volkswirtschaft - in dem anarchischen Zustande unserer Volkswirtschaft - zu suchen, eine Besserung unserer Zustände daher nicht so sehr von der Einführung des Kollektiveigentums als vielmehr von einer Regelung der Volkswirtschaft, von der Anpassung speziell der industriellen Produktion an den jährlichen Bedarf zu erwarten.“*

Diese These veranlasste Kleinwächter sich zuerst ausführlich mit den sozialen Theorien seiner Zeit auseinanderzusetzen. Wie die marxistische Theorie beschäftigten auch Kleinwächter ganz zentral die „ewigen, mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Produktions- und Absatzkrisen“.<sup>716</sup> Kleinwächter führte diese Krisen auf einen Mangel der Organisation der Volkswirtschaft zurück, der sich besonders in einem Mangel an der „einheitlichen und planmäßigen Leitung der Produktion“<sup>717</sup> offenbare. Man müsse den Produzenten genaue Bedarfsmitteilungen geben, um die „ewigen Krisen“ von Über- und Unterproduktion zu vermeiden. Um ein Mittel gegen diesen „anarchischen Zustand“ zu finden, griff Kleinwächter auf das Modell der Zünfte im Mittelalter zurück.

<sup>713</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883).

<sup>714</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 126.

<sup>715</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), VI.

<sup>716</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 81.

<sup>717</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 87.

„Die Zünfte sind der großartigste und gelungenste Versuch, die gewerbliche Produktion dem Bedarfe anzupassen, und sie verstanden es, diese Aufgabe mit einem Takte zu lösen, der uns heute noch zum Muster dienen kann.“<sup>718</sup>

Die Kartelle sollten somit nach der Ansicht Kleinwächters das Mittel für die Organisation der Industrie der Zukunft sein.

Nach der Definition des Begriffs des Kartells<sup>719</sup> und nach Erörterung von verschiedenen Einwendungen gegen die Tätigkeit von Kartellen, kam Kleinwächter zum Ergebnis, Kartelle hätten mehr Vorteile als Nachteile. Daher stellte er zwei zentrale Fragen:

„Soll der Staat die Kartelle als gesetzlich zulässige Vereinigungen (mit Korporationsrechten) anerkennen?“ Und:

„Soll der Staat den Kartellen jenes oben angedeutete ausschließliche Recht zur Erzeugung der betreffenden Artikel verleihen oder nicht?“<sup>720</sup>

Kleinwächter stellte danach eine kluge Verbindung zwischen Koalitionsverboten und zünftiger Gewerbeverfassung her und meinte, dass mit der Einführung der vollen Gewerbefreiheit die Koalitionsverbote ihre Berechtigung verloren hätten.<sup>721</sup> Auch aus diesem Grund seien Kartelle als vollberechtigte Kooperationen anzuerkennen. Zu verbinden wäre mit dem Kartellsystem noch die Rückkehr zum gewerberechtlichen Konzessionssystem, da die „absolute Gewerbefreiheit“ die verlässlichen wirtschaftlichen Dispositionen des Kartells verhindern könnten.<sup>722</sup>

Kleinwächter erkannte auch, dass die von ihm angestrebten dauerhaften Kartelle zu Fusionierungen führen würden, ähnlich wie die von ihm als Beispiel angeführte, 1881 erfolgte, Fusionierung der zuerst als Kartell verbundenen steirischen Eisenwerke zur „Oesterreichisch-Alpinen Montangesellschaft“ unter dem Einwirken der Österreichischen Länderbank.

Unter immer wieder erfolgreichem Hinweis auf die vorbildlichen Staatsmonopolbetriebe Post und Tabakregie,<sup>723</sup> kommt Kleinwächter zuletzt zu seinem Wunschbild der Wirtschaft als einer nach Vorbild der Verwaltung organisierten Beamtenwirtschaft. Auch die Arbeiter sollten lebenslänglich vom Kartell angestellt sein, sie würden regelmäßig mit den Dienstjahren avancieren und sollten dieselbe soziale Versorgung erlangen. Es sei „mit einem Worte den Arbeitern die nämliche Stellung einzuräumen, die die Staatsdiener einnehmen“.<sup>724</sup> Damit meinte Kleinwächter auch das soziale Problem gelöst und den sozialdemokratischen Ideen den Anreiz genommen zu haben.

Kleinwächter war trotz des uns heute absurd erscheinenden Resultats seiner Arbeit korrekt genug, um festzustellen, dass alle seine Erwägungen nur theoretisch gedachte, deduktive Ableitungen seien und sie daher durch ein Versehen in den Überlegungen an einer Stelle insgesamt über den Haufen geworfen

---

<sup>718</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 96.

<sup>719</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 126.

<sup>720</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 170.

<sup>721</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 171.

<sup>722</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 182.

<sup>723</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883)zB 191.

<sup>724</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 195.

werden könnten.<sup>725</sup>

Zusammenfassend gesehen ist Kleinwächters Arbeit in mehreren Punkten bedeutend. Die von ihm angewandte Methode des bewussten Einsatzes von Rechtstatsachenforschung ist seiner Zeit sicherlich weit voraus und für die Behandlung eines wirtschaftsrechtlichen Themas vorbildlich. Weiters ist die Herausarbeitung der Querverbindungen zwischen Gewerberecht und Wettbewerbsrecht Richtungweisend. Typisch für eine ganze Gruppe von Wissenschaftlern will Kleinwächter die Kartelle in den Dienst der Lenkung der Volkswirtschaft und Gesellschaftspolitik stellen. Er entfaltete damit Wirkung bis weit in das 20. Jhd. hinein.

Einen gesellschafts- und volkswirtschaftlich extremeren Standpunkt als Kleinwächter nahm Neurath ein.<sup>726</sup> Auch er setzte sich die Beherrschung der von ihm so empfundenen Krisensituation zur Aufgabe. Überproduktion führe zu Preisverfall.<sup>727</sup> Der Schaden aus diesem Preisverfall entstünde deswegen, weil die Kapitalgeber trotz gefallener Einnahmen des Produzenten ihren Zins verlangten. Die Lösung aller Probleme erwartete sich Neurath aus der direkten Beteiligung der Geldgeber am Unternehmerrisiko. Die Kreditgeber müssten zu Teilhabern werden.<sup>728</sup> Zur Verallgemeinerung des Anteilsverkehrs sei eine verbandsmäßige Organisation der Produktion und des Geschäftslebens geboten.<sup>729</sup> Diese Verbandsorganisation könne mit Hilfe der bereits teilweise bestehenden Kartellverbände erreicht werden.<sup>730</sup> Nach Neuraths Vorstellungen müssten aber nicht nur die Kartelle weitere Aufgaben übernehmen, sondern auch noch andere Verbände geschaffen werden, um dahin zu kommen, dass auch die jeweilige Nachfrage der Verbraucher, auf welcher Wirtschaftsstufe sie auch stehen, zusammengefasst und dem Produzenten mitgeteilt werden könnte. Die Verbände der Abnehmer und Produzenten sollten dann in einmaligen Verhandlungen die Preise einer gesamten Jahreslieferung ausmachen.<sup>731</sup> Wenn auch nur als Zwischenstufe in der von ihm gewünschten Entwicklung, hatte auch bei Neurath das Kartell eine gesellschaftspolitisch eminente Bedeutung.

Einige Jahre nach Kleinwächter stellte Brentano seine Ansicht zu den Kartellen in der Gesellschaft Österreichischer Volkswirte zur Diskussion.<sup>732</sup> Brentano wies gleich zu Beginn seines Vortrags auf Kleinwächter hin und stellte fest, dass bis dahin (1888), Kleinwächters Arbeit auf die öffentliche Diskussion keinen Einfluss gewonnen hätte und die Tagespresse den Kartellen weiterhin negativ gegenüberstünde. Brentano stellte dann fest:

*„Vor allem sind es diejenigen, welche das sog. Consumenteninteresse mit dem Staatsinteresse schlecht-hin identifizieren, die gegen die Kartelle mit der größten Lebhaftigkeit eifern. Den freihändlerischen Organen erscheinen sie als schlimme Auswüchse des protectionistischen Systems. Aber auch Blätter mit socialistischer Färbung stimmen laut in den Verdammungsruf ein. Ich habe Artikel gelesen, die geradezu das Einschreiten der Staatsgewalt anrufen gegen die Bildung von Privatmonopolen, die sich in den*

---

<sup>725</sup> Kleinwächter, Die Kartelle (1883), 201.

<sup>726</sup> Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897).

<sup>727</sup> Historische Beispiele: Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897), 6.

<sup>728</sup> Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897), 15.

<sup>729</sup> Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897), 19.

<sup>730</sup> Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897), 21.

<sup>731</sup> Neurath, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897), 26.

<sup>732</sup> Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 76.

*Kartellen vollziehe.*<sup>733</sup>

Tatsächlich aber, betonte Brentano, hätte sich die Anzahl der Kartelle erstaunlich vergrößert. Deswegen stellte sich Brentano, als Wissenschaftler, wie er betonte, die Frage, ob in den Kartellen nicht doch der „*Keim einer bleibenden Umgestaltung unserer volkswirtschaftlichen Organisation*“ liege.<sup>734</sup> Brentano bejahte diese Frage, da er mit einer dauernden industriellen Überproduktion rechnete und er die „*Überproduktion an Produktionsmitteln im Verhältnis zur normalen Nachfrage nach ihren Produkten*“ als Voraussetzung für die Bildung und den Bestand von Kartellen ansah.<sup>735</sup> Kartelle seien ein soziales Schutzsystem gegen die Folgen der Überproduktion und könnten diese verhindern.

Zur Stellung des Staates zu den Kartellen stand Brentano auf dem Standpunkt, dass diese von der gesamten Handels- und Sozialpolitik eines Staates abhinge.<sup>736</sup> „*Wo diese freihändlerisch ist, wird er (erg: der Staat) die Kartelle wie alle Organisationen der Selbsthilfe zwar dulden, im übrigen aber ignorieren. Anders, wo die entgegengesetzte Richtung die maßgebende ist.*“<sup>737</sup>

Brentano befürwortete abschließend, ebenso wie Kleinwächter, die Bildung von Kartellen als Mittel der Verbesserung der Lage der Arbeiterklasse. Er ging jedoch nicht so weit wie Kleinwächter zu glauben, dass alle Bereiche der Wirtschaft kontrolliert werden könnten oder sollten.

Die an das Referat Brentanos anschließende Diskussion in der Volkswirtschaftlichen Gesellschaft war widersprüchlich, aber typisch für die gegensätzlichen Meinungen dieser Zeit. Auspitz stellte zB fest, dass nicht nur diejenigen, die „*schlechthin das Konsumenteninteresse mit dem Staatsinteresse identifizierten*“ gegen Kartelle seien, sondern weitere Bereiche der Wirtschaft.<sup>738</sup> Besonders bezweifelte er die Fähigkeit kartellierter Bereiche, die technische Entwicklung und Rationalisierung gleich rasch vorantreiben zu können und wollen, wie die nicht-kartellierte Wirtschaft.

Wolf-Eppinger teilte die Ansicht des Referenten, dass Kartelle den Arbeitern eine gesicherte Arbeitsstätte bieten könnten, nicht. Er meinte vielmehr, dass die Arbeiter in einer kartellierten Wirtschaft einer viel stärkeren Macht gegenüber stehen würden und ihre wirtschaftliche Situation sich daher verschlechtern würde. Er sah die Kartelle - und damit folgt auch Wolf-Eppinger im Grunde den Ansichten Kleinwächters und Brentanos - als Beweis für die Möglichkeit des Kollektivismus an. Er schloss seine Ausführungen mit der Bemerkung, dass derjenige, der auf dem Standpunkt der damaligen Wirtschaftsordnung stehen würde, gegen Kartelle sein müsse.<sup>739</sup>

Die Mehrzahl der Diskussionsteilnehmer an der damaligen Veranstaltung teilte im Wesentlichen die Meinung Brentanos und beurteilten die Tätigkeit der Kartelle im Kampf gegen Überproduktion und sinkende Preise positiv.<sup>740</sup>

---

<sup>733</sup> Brentano, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 77.

<sup>734</sup> Brentano, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 77.

<sup>735</sup> Brentano, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 84.

<sup>736</sup> Brentano, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 88.

<sup>737</sup> Brentano, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 88.

<sup>738</sup> Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 116.

<sup>739</sup> Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 133.

<sup>740</sup> ZB Peez, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 151, von Neumann, Mitteilungen der Gesellschaft österreichischer Volkswirte 1888, H III, 157.

Erst 1905 nahm Ettinger<sup>741</sup> die wissenschaftliche Diskussion über Kartelle und deren Aufgaben in breiterem Umfang wieder auf. Er vertrat die Meinung, durch Kartellierung sei „eine neue Wirtschafts- und daher auch Gesellschaftsordnung vorzubereiten“<sup>742</sup> Er wollte die Gerichte dazu gewinnen, die Befürwortung von Kartellierungen zu fördern, „indem sie den Begriff der Gemeinnützigkeit feststellen und deren Betätigung der Bevölkerung anerkennen“ sollten.<sup>743</sup> Sein Ziel war vor allem, die RSp zum KoalG zu kritisieren und die Gerichte zu beeinflussen, die rechtlichen Grundlagen für umfassende Kartellierungen zu schaffen. Nur durch solche Kartellierung könne Österreich den wirtschaftlichen Anschluss an andere Industrieländer (zB das Deutsche Reich) erreichen.<sup>744</sup> Missstände, die durch die Monopolstellung von Kartellen entstehen könnten, müssten in der Weise bekämpft werden, dass gegen die Missbräuche von Monopolisten vorgegangen werde und nicht gegen Kartelle an sich.<sup>745</sup>

Nach Ettinger habe die Wirtschaftswissenschaft die Aufgabe, „der Judikatur und Staatsverwaltung die Anhaltspunkte für die Beurteilung des gemeinnützigen, resp. gemeinschädlichen Charakters einer Organisation zu bieten. Was zum Nachteile des Publikums gereicht und daher unter Umständen dem zeitgenössischen sittlichen Bewußtsein und dem Gemeinwohle widerstreitet, kann nur in voller Erkenntnis der konkreten wirtschaftlichen Verfassung eines Landes, seiner handels- und gewerbepolitischen Bedürfnisse, ferner des ökonomischen Endeffektes einer organisatorischen Maßnahme beurteilt werden.“<sup>746</sup>

Ettinger bezog sich auch auf Waentig,<sup>747</sup> der meinte, die Kartelle seien „eine furchtbare Waffe im internationalen Wettkampfe der Nationen ..., und im Inneren ein friedliches Mittel, die Produktivität der menschlichen Arbeit durch Aufhebung der Anarchie in ungeahntem Maße zu steigern.“ Daher sei es nach Ettinger Aufgabe einer jeden Volkswirtschaft, diese Organisationsform der Wirtschaft anzustreben.<sup>748</sup>

Ettinger versuchte die volkswirtschaftliche Notwendigkeit einer totalen Kartellierung der Erzeugung mit der Grenznutzentheorie zu begründen.<sup>749</sup> Der Preis eines Gutes bestimme sich nicht durch die Produktionskosten, „sondern vielmehr durch die Intensität der noch nicht befriedigten Bedürfnisgrade, die Kaufkraft des Konsumenten sowie die Menge der für die bezügliche Konsumtionsperiode vorhandenen und notwendigerweise zu verzehrenden Güterart; es ist bloß ein wirtschaftlich schwer realisierbares Bestreben, diese Menge nicht so weit zu vermehren, daß der Preis unter die Selbstkosten fällt.“<sup>750</sup>

Um die Verluste des Einzelunternehmens, die dann entstünden, wenn der Unternehmer in Hoffnung auf bessere Zeiten auch unter seinen Kosten produzierte, zu vermeiden, forderte Ettinger eine einheitliche und durchgehende Kartellierung der Wirtschaft.<sup>751</sup>

---

<sup>741</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905).

<sup>742</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), LVII.

<sup>743</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), LVII.

<sup>744</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), LVIII.

<sup>745</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 30.

<sup>746</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 81.

<sup>747</sup> Waentig, Industriekartelle und Trusts, Schmoller's Jahrbuch 1901, 1191.

<sup>748</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 96.

<sup>749</sup> Ettinger bezeichnet sich als Schüler Karl Mengers und dieser verfasste ein freundliches Vorwort zu der Arbeit Ettingers.

<sup>750</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 179.

<sup>751</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 180.

„Nach vollständigem Ausbau der Kartellorganisation in allen Industrien wird die eine Produzentengruppe in ihrer Eigenschaft als Konsumentin mit den übrigen sich ins Einvernehmen zu setzen, ein Interesse haben. Dem Kartell der Produzenten wird das Kartell der Konsumenten früher oder später entgegengetreten, da der Bedarf in seiner produktionsfördernden Wirkung gewürdigt werden wird.“<sup>752</sup>

Damit könne auch der von Anton Menger<sup>753</sup> gestellten Anforderung, „daß auch Gemeinschaften eigene Moralpflichten gegen die Gesamtheit aller übrigen Gemeinschaften erfüllen“, durch die einzelnen Kartelle Rechnung getragen werden.<sup>754</sup> Mit diesem Modell wollte Ettinger eine „höhere Synthese von Anarchie und Zunftzwang“ erreichen, die darin bestehen sollte, „daß aus der ersteren der Antrieb zum Fortschritte und zu individueller Freiheit, aus dem letzteren das Prinzip der Ordnung übernommen wird.“

Damit, so meinte Ettinger, würde „die latente materielle Reservearmee, welche zur Erzeugung der überflüssigsten Güter zu Schundlöhnen vor vollständiger Deckung des Bedarfes nach realen Gütern verwendet wird, verschwinden“.<sup>755</sup> Von selbst würden auch der Unternehmergeinn und der Kapitalzins auf ein Minimum herabgedrückt.<sup>756</sup> Der Unternehmer würde jedoch gerne auf die Möglichkeit einer höheren Unternehmer- und Kapitalrente verzichten, „wenn er das aleatorische Moment der nervenzerrüttenen Konjunktur durch planmäßiges Zusammenwirken mit seinen Konkurrenten auszuschneiden vermag; die organisierte Arbeiterschaft wird als Gegenleistung für den höheren Anteil am Ertrage nicht nur die erhöhte Konsumtionsfähigkeit, sondern auch den Schutz der von den Unternehmern geschaffenen Produktionsordnung übernehmen können. Der Staat wird solche Kompromisse schützen und das Verhältnis der einzelnen Industrien zueinander regeln müssen. Die „Allianz“ zwischen Unternehmer- und Arbeiterschaft wird den erträumten „Zukunftsstaat“ charakterisieren.“<sup>757</sup>

Ettinger schließt seine Gedanken mit dem Ausspruch:

„Nicht Kommunismus und nicht Anarchismus - sondern vernünftig organisierter Individualismus wird die Erlösung bringen“.

Diese sicherlich nicht vollständige Darstellung einer besonders interessanten Gruppe von Arbeiten sollte zeigen, wie intensiv die Wirtschafts- bzw Sozialpolitik bereits im 19. Jhd und beginnenden 20. Jhd über Wettbewerbsbeschränkungen und Kartelle diskutierte. Der Einfluss dieser volks- und sozialwissenschaftlichen Ideen auf faschistische Systeme und den österreichischen Ständestaat ist deutlich zu bemerken.

### **3.1.4.2 Juristische Versuche einer Lösung des Kartellproblems, dogmatische und rechtspolitische Arbeiten**

In der Zeit um die Jahrhundertwende beschäftigten sich bedeutend mehr juristische Abhandlungen mit der sog „Kartellfrage“ als volkswirtschaftliche Arbeiten. ZB Bauch<sup>758</sup> sprach bereits 1908 davon, dass die einschlägige Literatur an der Grenze der Übersichtlichkeit angelangt sei. Gemeinsam ist den in die-

<sup>752</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 181.

<sup>753</sup> Anton Menger, Neue Sittenlehre (1905).

<sup>754</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 182.

<sup>755</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 184

<sup>756</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 185.

<sup>757</sup> Ettinger, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905), 191.

<sup>758</sup> Bauch, Die Rechtsform der Kartelle (1908), 1.

sem Abschnitt behandelten Arbeiten, dass die Diskussion der Zweckhaftigkeit wettbewerbsrechtlicher Vorschriften eher im Hintergrund steht. Die Lösung des „*Kartellproblems*“ wurde vor allem mit juristisch - systematischen Mitteln versucht.

Menzel stellte in seinem Referat vor dem Verein für Socialpolitik 1894 fest,<sup>759</sup> dass die Kartelle die wichtigsten Erscheinungen der damaligen Volkswirtschaft gewesen seien und daher auch vom rechtswissenschaftlichen Standpunkt einer eingehenden Würdigung bedürften.<sup>760</sup> Vom Zweck und von der staatlichen Regelungsbefugnis her gesehen, unterschied er Kartelle und Zünfte. Während der Zweck der Kartelle die Einschränkung des Wettbewerbes durch freie Vereinigung der Unternehmer sei, seien die mittelalterlichen Zünfte organisierte Zwangsgemeinschaften gewesen.<sup>761</sup> Menzel meinte, dass das KoalG eindeutig Vorschriften über den Kartellvertrag enthalte und dass vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sei, jede Kartellverbindung nach § 4 KoalG zu beurteilen. Menzel war der Ansicht, dass das Kartellproblem nur mit verwaltungsrechtlichen Mitteln zu lösen sei. Das setze aber voraus, dass der Staat die Kartellverträge grundsätzlich mit Rechtswirkung ausstatte. Bei Regelung des Kartellwesens würden die Idee der persönlichen Freiheit und die Idee des Gemeinwohles aufeinander stoßen.<sup>762</sup> Bei der Berücksichtigung des Gemeinwohles müsse man sich die Frage stellen, ob dieses durch die Interessen der Konsumenten repräsentiert sei. Er stellte die Frage, ob der Ansicht Benthams zu folgen sei, dass es Aufgabe des Staates sei, das größtmögliche Wohl möglichst vieler Menschen herbeizuführen, oder ob es nicht die Zahl, sondern das Gewicht der Interessen sei, die die Staatszwecke bestimmen solle?<sup>763</sup>

Steinbach widmete in seinem Sammelwerk, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, einen Abschnitt den Kartellen.<sup>764</sup> Dort schlug er unter der Annahme einer anstehenden gesetzlichen Regelung mehrere Möglichkeiten de lege ferenda vor, sprach aber nicht über die eigentliche Zweckrichtung einer Regelung. Er ging bei seinen Vorschlägen nur davon aus, dass seinen Vorschlägen eine Wirtschaftsordnung, die auf freiem Verkehr und Konkurrenz beruht, zugrunde gelegt werden müsse.<sup>765</sup>

Auch Grunzel<sup>766</sup> stellte an den Beginn seiner Überlegungen die Bemerkung, dass bei Behandlung des Problems der Kartelle die Idee des wirtschaftlichen Individualismus und der gemeinwirtschaftlichen Organisation einander gegenüberstünden. Er führte aus:

*„Vor dem Kartellproblem steht also die Vorfrage, welcher von den beiden genannten Ausgangspunkten zu wählen ist. Ist für unsere heutigen Verhältnisse der Individualismus in der Wirtschaftspolitik gerechtfertigt, verbürgt uns die freie Konkurrenz unter allen Umständen den kulturellen Fortschritt? Ich zögere nicht, diese Frage mit nein zu beantworten.“*<sup>767</sup>

Nach Grunzel bestünde kein Zweifel, *daß der übermäßige Wettbewerb diesen doppelten Nachteil: Kostensteigerung und Wertzerstörung, in vielen Produktionszweigen bereits herbeigeführt hat. Das Heilmit-*

---

<sup>759</sup> Menzel, Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 61. Bd, Vhlgcn 1894, Leipzig 1895, 23 H und Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung<sup>2</sup> (1902).

<sup>760</sup> Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung<sup>2</sup> (1902), 1.

<sup>761</sup> Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung<sup>2</sup> (1902), 3.

<sup>762</sup> Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung<sup>2</sup> (1902), 67.

<sup>763</sup> Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung<sup>2</sup> (1902), 68.

<sup>764</sup> Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (1897), 156 ff.

<sup>765</sup> Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (1897), 156 ff.

<sup>766</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902).

<sup>767</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 1.

*tel bietet die gemeinwirtschaftliche Organisation je nach den Bedürfnissen der einzelnen Interessentengruppen. Die Kartelle sind der Versuch einer solchen Organisation.*<sup>768</sup>

Eigentlich hätten die Kartelle bei der Suche nach Mitteln gegen die Überproduktion, die die Folge der notwendigen Krisen der kapitalistischen Wirtschaft seien, ihren Ursprung genommen.<sup>769</sup> Nach relativ ausführlichen, volkswirtschaftlichen Ausführungen, widmete sich Grunzel ausführlich der Einteilung der verschiedenen, möglichen Kartellarten<sup>770</sup>, die er mit vielen Beispielen belegte. Extensiv werden die Auswirkungen der Kartelle auf die Produktion<sup>771</sup>, den Konsum<sup>772</sup> und die Lage der Arbeiter<sup>773</sup> diskutiert. Im Abschnitt der Auswirkungen von Kartellen auf den Konsum stellt Grunzel die Theorie auf, dass eine Benachteiligung der Konsumenten durch unberechtigte Preispolitik der Kartelle nicht bestehen könne, da auch in einem Kartell den Unternehmern nur enge Grenzen für ihre Preisgestaltung offen seien.<sup>774</sup> Die ausländische Konkurrenz und die Möglichkeit der Entstehung einer neuen inländischen Konkurrenz außerhalb der Kartelle verhinderten die Preistreiberei durch die Kartelle. Auch eine künstliche Niederhaltung der Produktion würde die Produktionskosten unverhältnismäßig verteuern, die Möglichkeit der Abdrängung des Konsums auf Surrogate und die organisierte Abwehr der Konsumenten könnte den Preisspielraum der Kartelle verengen. Ein Anrecht auf Verlustpreise hätten die Konsumenten jedenfalls nicht.<sup>775</sup>

Grunzel erwartete, dass den Kartellen als Arbeitgeber eine wichtige sozialpolitische Aufgabe zukommen würde.<sup>776</sup> Aus allen diesen Gründen forderte Grunzel eine Neuordnung der staatlichen Kartellgesetzgebung und kritisierte die RSp zum KoalG scharf.<sup>777</sup> Auch die Bemühungen der damaligen Gesetzgebung und Literatur werden von Grunzel kommentiert und ein umfangreicher Bericht über die bestehenden Kartelle angeschlossen, eigene Lösungsvorschläge aber nicht unterbreitet.

Die Ausführungen Steinbachs<sup>778</sup> unterscheiden sich von den Anschauungen Grunzels deutlich. Steinbach ging es um Vorschläge zur Verhinderung der Benachteiligung der Konsumenten durch monopolistische Preisgestaltung. Nur während kurzer Zeiträume würde der Staat den völlig freien Wettbewerb dulden,<sup>779</sup> die Bildung von Kartellen erinnere an die viel längeren Perioden gelenkter Wirtschaft.<sup>780</sup> Als Lösung sah Steinbach die Verhinderung von Missbräuchen durch staatliche Wirtschaftsaufsicht,<sup>781</sup> wengleich die Feststellung, wann monopolistische Ausbeutung gegeben sei, von ihm als äußerst schwierig bezeichnet wurde.<sup>782</sup>

Baumgarten / Meszleny<sup>783</sup> legten besonderes Gewicht auf die rechtsvergleichende Darstellung der histo-

<sup>768</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 2.

<sup>769</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 20, 22.

<sup>770</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 36 ff.

<sup>771</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 113.

<sup>772</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 127.

<sup>773</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 137.

<sup>774</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 128.

<sup>775</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 129.

<sup>776</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 142.

<sup>777</sup> Grunzel, Über Kartelle (1902), 144.

<sup>778</sup> Steinbach, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903).

<sup>779</sup> Steinbach, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903) 17 f.

<sup>780</sup> Historische Belege dazu: Steinbach, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903), 24 ff.

<sup>781</sup> Steinbach, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903), 38.

<sup>782</sup> Steinbach, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903), 34.

<sup>783</sup> Baumgarten / Meszleny, Kartelle und Trusts (1906).

rischen Entwicklung des Kartellwesens.<sup>784</sup> Im theoretischen Ansatz blieben sie im Rahmen der damals wohl herrschenden Anschauung, die Kartellbewegung sei eine fortschrittliche Neuerung gegen den „*zügellosten Wettbewerb sowie die dadurch erzeugte Überproduktion und die häufigen Krisen*“.<sup>785</sup> Jedenfalls müssten die Gefahren der Privatmonopole in Schranken gehalten werden.<sup>786</sup>

An dieser Stelle sei auch die Position eines Kartell-Lobbyisten der damaligen Zeit referiert. Schopp berichtete 1906 auf der Generalversammlung des Bundes Österreichischer Industrieller über die Kartellfrage.<sup>787</sup> Auch Schopp war der Ansicht, dass das Schutzkartell am leichtesten zur Entstehung gelangt. Er führte aber sogleich weiter aus, dass es diesen Charakter in der Regel nicht behalte. Schopp meinte weiter, die Ziele der Kartellbewegung und ihr Effekt in volkswirtschaftlicher Beziehung seien unklar.<sup>788</sup> Wichtig für den Bund österreichischer Industrieller sei es zum damaligen Zeitpunkt gewesen, dass Kartelle gerade im Interesse der Mittel- und Kleinindustrie gebildet würden.

Deswegen wurde auch im Bund österreichischer Industrieller ein Kartellbüro geschaffen. Das Kartellbüro sollte in erster Linie allen legislatorischen und administrativen Versuchen der Regelung der Kartellfrage große Aufmerksamkeit schenken. Durch die Erfahrungen, die es in seinem Wirken sammeln werde, sollte es mit der Zeit ein verlässlicher Experte in allen Fragen des Kartells werden. Es sollte dadurch in der Lage sein, industriefeindlichen Tendenzen bei einer etwaigen künftigen Kartellgesetzgebung wirksam entgegenzutreten und dadurch der Industrie einen großen Dienst erweisen.<sup>789</sup>

Die Tätigkeit dieses Kartellbüros sollte sich auch auf die Vermittlung und Organisation von Kartellen erstrecken. Aufgabe der so gebildeten Kartelle sei va „*die Preise auf angemessener Höhe zu halten, das Kartell ist das wirksamste Mittel, der Überproduktion mit Erfolg entgegen zu treten; das Kartell ist das geeignete Mittel, Konjunkturgewinne und Konjunkturverluste zu vermeiden und hierdurch eine halbwegs verlässliche Kalkulation zu ermöglichen. Der solide Fabrikant verlangt gar keine Konjunkturgewinne, denn dadurch wird er nur auf die Bahn der Spekulation gedrängt. Es wird ein aleatorisches Moment in seinen Betrieb hineingetragen und das ist von Übel. Das Kartell ist endlich auch das geeignete Mittel, eine gewisse Stabilität, des Ertrages eines Industrieunternehmens herbeizuführen.*“<sup>790</sup>

Schopp wies weiters darauf hin, dass Hochpreise nicht zu halten seien, weil sich sonst sofort eine Konkurrenz außerhalb des Kartelles bilde.

Das damals bestehende Recht und die darauf beruhende RSp wurden wegen der eindeutig negativen Haltung gegenüber Kartellen heftig kritisiert. Dass die Kartellbildung weiter fortschreite, wurde von Schopp als „*Beweis der sieghaften Kraft des Kartellgedankens*“ bezeichnet. Ferner führte er aus, dass es gerade wegen der erschwerten Durchsetzbarkeit von Kartellen eine „*Ehrenpflicht der Industriellen*“ sei, den Kartelleinwand nicht zu erheben.

<sup>784</sup> Baumgarten / Meszleny, Kartelle und Trusts (1906), 38 ff.

<sup>785</sup> Baumgarten / Meszleny, Kartelle und Trusts (1906), 238.

<sup>786</sup> Baumgarten / Meszleny, Kartelle und Trusts (1906), 240.

<sup>787</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 504.

<sup>788</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 504.

<sup>789</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 507.

<sup>790</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 505.

In diesem Sinne wurde vom Bund österreichischer Industrieller auch der Beschluss gefasst, dass die Erhebung des Kartelleinwandes im kaufmännischen Verkehr gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße.

Der ständige Ausschuss des Bundes österreichischer Industrieller erklärte es auch als Ehrenpflicht jedes Industriellen, die übernommenen Kartellverbindlichkeiten streng einzuhalten „und dies umso mehr, als derzeit das Gesetz in Österreich den Kartellen jeden Schutz versagt“. <sup>791</sup> Schopp fuhr fort, es solle jeder Industrielle, der diese Ehrenpflicht verletze, dem Bund österreichischer Industrieller mitgeteilt werden, um „als Verräter an der gemeinsamen Sache gebrandmarkt zu werden“. <sup>792</sup> In diesem Sinn vertrat Schopp auch die Meinung, eine Änderung der damaligen gesetzlichen Situation wäre jedenfalls für die Industrie schlecht, da zusammen mit einer Anerkennung der Kartelle Kontrollmaßnahmen Gesetz werden würden, jedes solche Gesetz würde aber letztlich gegen die Kartellierung wirken.

Gemäßigter setzte sich Pick, der offenbar als Anwalt große Erfahrungen mit Kartellen hatte, mit den Problemen der Kartelle in Österreich auseinander. <sup>793</sup> Als Zweck der Kartellierung bezeichnete Pick kurz die weitestgehende Kräftekonzentration auf jedem Gebiet der Volkswirtschaft. <sup>794</sup> Rechtlich gesehen geht Pick davon aus, dass es in Österreich damals kein direkt gegen Kartelle geschaffenes Recht gegeben habe, das KoalG hätte ursprünglich ganz andere Rechtsgebiete, nämlich Sozialrecht betroffen. <sup>795</sup> Er kritisierte daher auch die RSp zum KoalG. <sup>796</sup> Indirekte Funktion des § 4 KoalG sei geradezu „die Gewährung einer direkten Prämie für den Bruch von Treue und Glauben im Verkehr“ gewesen. <sup>797</sup> Als Vorschlag für eine Vermeidung von Nachteilen durch Kartelle schlug Pick wirtschaftspolitische Maßnahmen vor. Als Beispiele für solche Maßnahmen führte er an: Beteiligung des Staates an den monopolisierten Großunternehmungen, Zoll- und Tarifgesetzgebung, steuerrechtliche Repressalien gegen Kartelle, staatliche Unterstützung der Gegenkartellierung, staatliche Förderung von Einkaufsgenossenschaften, Konsumvereinen etc. Den anderen Reformvorschlägen seiner Zeit, besonders auch der Ermöglichung der Überprüfung der Geschäftsgebarung von Kartellen, stand er negativ gegenüber.

In seiner Arbeit, „Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts“, ging er von seiner negativen Stellungnahme gegenüber administrativer Aufsicht von Kartellen ab und machte selbst Vorschläge für Maßnahmen gegen Machtübergriffe durch „volkswirtschaftlich schädliche Ausbeutungskartelle“. <sup>798</sup> Für ethisch nicht gerechtfertigt hielt es Pick, wenn ein Advokat selbst Kartelle betreute und in anderen Fällen sich auf § 4 KoalG berufend den Kartelleinwand vor Gericht vorbrächte. <sup>799</sup>

---

<sup>791</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 506.

<sup>792</sup> Schopp, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 506

<sup>793</sup> Pick, Der Kartellvertrag nach österreichischem Recht (1910); Pick, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913).

<sup>794</sup> Pick, Der Kartellvertrag nach österreichischem Recht (1910), 1.

<sup>795</sup> Pick, Der Kartellvertrag nach österreichischem Recht (1910), 15; Pick, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913), 2.

<sup>796</sup> Pick, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913), 5, 18 ff.

<sup>797</sup> Pick, Der Kartellvertrag nach österreichischem Recht (1910), 44.

<sup>798</sup> Pick, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913), 15.

<sup>799</sup> Pick, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913), 226.

Brössler<sup>800</sup> brachte keine Neuerungen in die Kartelldiskussion ein. Im Grundsatz schloss er sich explizit den Ansichten Picks und Ettingers an.<sup>801</sup> Auch er war gegen die weite Auslegung des KoalG durch die Gerichte. Er meinte zur Diskussion der Preisaufsicht als Maßnahme zur Beherrschung von Kartellmissbräuchen, dass nach Abgehen von der Lehre des *iustum pretium* in Normalzeiten kein Anspruch des Staates bestünde, preisrechtlich auf die Unternehmer einzuwirken. Nur über wettbewerbsrechtliche Maßnahmen bestünde eine Möglichkeit, die Preisbildung zu beeinflussen.<sup>802</sup>

### **3.1.4.3 Die Diskussionen der Deutschen Juristentage zur österreichischen Kartellrechtsreform**

Die Referate und Diskussionen auf den deutschen Juristentagen 1902, (26. DJT), 1904 (27. DJT) und 1928 (35. DJT) über Kartelle und Kartellpolitik hatten auch für die rechtspolitische Diskussion in Österreich besondere Bedeutung. Die Beratungen des 26. und 27. DJT werden idF zusammen behandelt, da die Verhandlungen des 26. DJT unterbrochen und am 27. DJT fortgesetzt wurden. Die Beschäftigung mit dem 35. DJT, der sich bereits mit der Situation der Zwischenkriegszeit befasste, wird im Abschnitt über die wissenschaftliche Diskussion in diesem Zeitraum behandelt werden.

Auf dem fortgesetzten 27. DJT ist das Referat Franz Kleins als Beleg für die österreichische Diskussion von besonderem Interesse.<sup>803</sup> Bereits in seinen einleitenden Bemerkungen sprach Klein die zentrale Frage des Verhältnisses der Vertragsfreiheit und Erwerbsfreiheit zu wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffen des Staates in die Wirtschaftsabläufe an. Er führte aus:

*„Bei den Kartellen ist der Anfang noch das Leichteste, das Schwierige kommt nachher, und zwar in dem Maße mehr, als aus dem privatwirtschaftlichen Erwerbsverband ein bestimmender Faktor im Makrokosmos der nationalen Wirtschaft wird und seine Dispositionen volkswirtschaftliche und sozialpolitische Tragweite erhalten. Das ist, nebenbei bemerkt, auch der Punkt, wo bei rückhaltlosester Anerkennung der wirtschaftlichen Freiheit der Grundsatz der Nichteinmischung des Staates seine Berechtigung zu verlieren beginnt“*<sup>804</sup>

Klein ging von einer den Kartellen gleichsam übertragenen wirtschaftspolitischen und gesellschaftlichen Funktion aus, die zu einer besonderen Verantwortung führen sollte:

*„Jedes Kartell muß sich ähnlich der Regierung oder einem Organ der Verwaltung der Öffentlichkeit für seine Verfügungen verantwortlich fühlen und danach handeln“*.<sup>805</sup>

Deutlich sprach Klein die Verbindung zwischen Wirtschaftspolitik und Wettbewerbsrecht an. Er sagte, die damals in Österreich bestehende Regierung vertrete aus wohlwollendster Neutralität gegenüber Kartellen Zurückhaltung bei Eingriffen:

---

<sup>800</sup> Brössler, Studien über Probleme des österreichischen Kartellrechts, Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhutsZ) 42. Bd 1916, 457.

<sup>801</sup> Brössler, Studien über Probleme des österreichischen Kartellrechts, Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhutsZ) 42. Bd 1916, 465.

<sup>802</sup> Brössler, Studien über Probleme des österreichischen Kartellrechts, Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhutsZ) 42. Bd 1916, 479.

<sup>803</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 467 ff.

<sup>804</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 471.

<sup>805</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 472.

*„Es kann gar nicht anders sein in einer Periode, die nach dem Werte, den sie auf Industrieförderung, Gedeihen der Industrie, Welthandel und Handelsbilanz legt, in ihrem Kern eine Erneuerung des Merkantilismus ist. Staatsmänner, Handelspolitiker und Staatsfinanzen versprechen sich von der Wirksamkeit der Kartelle unendlich viel, sowohl für die innere Blüte des Staates, wie für seine Geltung auf auswärtigen Märkten und im Staatenkonzerte“.*<sup>806</sup>

Aus diesen Überlegungen folgte Klein für seine rechtspolitischen Überlegungen, dass ein allgemeines Verbot von Kartellen jedenfalls abzulehnen sei. Kartelle könnten jedoch nach seiner Meinung gefährlich werden, wenn sie zu Monopolen würden.<sup>807</sup>

Entgegen damals aktueller Strömungen war Klein der Ansicht, dass administrative Mittel gegen Kartelle nicht zielführend seien.<sup>808</sup> Er befürwortete strafgesetzliche Maßnahmen, wie zB in Frankreich durch Art 419 code penal, der die künstliche Beeinflussung der natürlichen Preisbildung unter Strafdrohung stellte, bzw eine, nach seinen Worten, „Art Beschwerdeinstanz gegen abnorme, der Allgemeinheit schädliche Preisgestaltungen“ sei.<sup>809</sup> Dabei sollte nach Klein, „nicht über Moral und Sittlichkeit, sondern nur über ein etwaiges Mißverhältnis zwischen dem Kartellpreise und dem nach Gestehungskosten und Marktverhältnissen angemessenen Preis, also über die Höhe des jeweiligen Kartellaufschlages“ entschieden werden.<sup>810</sup>

Klein war der Meinung, dass das Verhältnis der Arbeiter und übrigen im Unternehmen beschäftigten Personen gegenüber Kartellen, dadurch ausgeglichen gestaltet werden sollte, dass den Arbeitnehmern dieselbe Koalitionsfreiheit gewährt werden sollte, wie den Arbeitgebern.

*„Nur die Möglichkeit paralleler Arbeitervereinigungen kann einer für die Bediensteten zu ungünstigen Kräfteverschiebung etwas vorbauen. Sie ist auch die Vorbedingung für die verschiedenen Vorschläge, die den Kraftzuwachs auf der Unternehmerseite für die Arbeiter kartellierter Betriebe durch eine Art konstitutionellen Anteils an der Leitung wettmachen wollen. Zweitens werden die Interessen der Arbeiter, Geschäftsbediensteten und Beamten bei den Geschäftsaufösungen, Betriebseinstellungen, Betriebsreduktionen usw. besser gewahrt werden müssen, die nun so oft infolge der Kartellierung unvorhergesehen und ohne zu viel Schonung der Bediensteten stattfinden.“*

Zuletzt sprach sich Klein gegen das damals geltende KoalG 1870 und für eine Reform der Rechtsverhältnisse der Kartellpartner zueinander aus.<sup>811</sup> Er fasste seine Ideen damit zusammen, dass man an eine ungehinderte Entfaltung von Kartellen nur dann denken dürfe, „wenn nebst genügendem Schutz gegen monopolistische Bedrückung der Abnehmer, Konsumenten und Bediensteten die Rechtsordnung betreffs der Wahrung der Willensfreiheit im geschäftlichen Verkehr voll auf der Höhe ihrer Aufgabe“ stünde.

Er formulierte abschließend folgenden Antrag an die Mitglieder des DJT:

*„Der Juristentag ist der Ansicht, daß die Ordnung der Fragen, die bisher durch den Kartellierungsprozeß und die Tätigkeit der Kartelle hervorgerufen wurden, hauptsächlich der Verwaltungspolitik und der*

<sup>806</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 472.

<sup>807</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 475.

<sup>808</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 476.

<sup>809</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 490.

<sup>810</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 491.

<sup>811</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 495.

*Wirtschaftsgesetzgebung zufällt.*

*Er hält jedoch rasch eingreifenden und tunlichst wirksamen staatlichen Schutz gegen übertriebene, wirtschaftlich ungerechtfertigte Preissteigerungen, zumal gegen solche, wodurch die Wirtschaft der minder bemittelten Klassen empfindlich getroffen wird, und die Gewährung der gleichen Koalitionsfreiheit, welche die Unternehmer genießen, an die Arbeitnehmer für unerlässlich.*

*Was die eigentliche Behandlung der Kartelle anlangt, so hält der Juristentag die gesetzliche Anerkennung des rechtsgültigen Bestandes der Kartelle für notwendig und ist der Überzeugung, daß auch im Bereiche des Kartells Normen und Geist des herrschenden Privatrechts uneingeschränkt zur Herrschaft kommen und jedermann hier den vollen und gleichen Schutz seiner Interessen und seiner Persönlichkeit genießen müsse wie im übrigen Rechtsverkehre.*

*Inwiefern zu diesem Zwecke Änderungen oder Ergänzungen des geltenden Rechts erforderlich sind, hat sich nach der Besonderheit der einzelnen territorialen Rechtsordnungen zu bestimmen.*<sup>812</sup>

Der Idee Kleins, eine Preiskommission einzuführen, wurde in der Diskussion am 27. DJT von österreichischer Seite widersprochen. ZB lehnte Landesberger die Vorstellung, in der kapitalistischen Produktion ein iustum pretium zu ermitteln, ausdrücklich ab.<sup>813</sup>

#### **3.1.4.4 Ergebnis**

Die zuletzt wiedergegebenen wissenschaftlichen Meinungen zu Kartellfragen haben deutlich gemacht, wie stark die rechtspolitischen Bestrebungen dieser Zeit von den Grundsätzen der damaligen RSp abwichen. Diese Tatsache erklärt sich im Wesentlichen damit, dass das liberale KoalG 1870 weiterhin die bestimmende Norm zu Kartellvereinbarungen war und von den Gerichten auch entsprechend angewendet wurde. Neben diesen juristischen gegensätzlichen Entwicklungen ist der wirtschaftspolitische Kampf der Befürworter und Gegner einer kartellgelenkten Wirtschaft deutlich zu erkennen. Für eine Ausdehnung des Einflusses von Kartellen auf die Volkswirtschaft traten vor allem die Vertreter der produzierenden Industrie ein, aber auch viele Wissenschaftler, die sich nach einem scheinbar harmonisch verlaufenden, gelenkten Wirtschaftssystem zurücksehnten. Die Vertreter von Konsumenten und von bestimmten Wirtschaftszweigen, die Abnehmer von Kartellen waren, waren meist Gegner einer kartellierten Wirtschaft.

## **3.2 Die Zwischenkriegszeit**

### **3.2.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund**

Der sich in der Schlussphase rasend schnell vollziehende Zerfall der Monarchie bewirkte auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik am Anfang selbstverständlich Verwirrung. Das gravierendste wirtschaftspolitische Problem der ersten Zeit nach dem 1. WK war die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrung und die Versorgung der Wirtschaft mit Energie und Rohstoffen. Die erste Regierung der neu gegründeten Republik wählte vorerst den Weg, die kriegswirtschaftlichen Lenkungsmaßnahmen, die fast jede Phase des Wirtschaftslebens regelten, aufrechtzuerhalten. Ursache für die Fortführung der Planwirtschaft dürfte

---

<sup>812</sup> Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 500.

<sup>813</sup> Zum Referat Franz Klein, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 510, 513.

auch die Mehrheit der Sozialdemokraten in dieser Regierung gewesen sein.<sup>814</sup>

Sozialdemokratische Regierungsmitglieder und Abgeordnete konnten nun das erste Mal auf das Wettbewerbsrecht Einfluss nehmen. Obwohl die Christlich-Sozialen in den letzten Kriegsjahren eher liberale Wirtschaftsansichten vertraten, waren auch sie vorerst für die Beibehaltung von Höchstpreisen, Rationierung, Requirierung von Nahrungsmitteln und für ein faktisches Außenhandelsmonopol der Regierung. Das erste Aufweichen der administrativ zentral gelenkten Wirtschaftsführung erfolgte im Bereich der Requirierung von Nahrungsmitteln und war einerseits Folge des aussichtslosen Kampfes gegen den Schwarzmarkt, andererseits ein wirtschaftspolitischer Kompromiss der Sozialisten unter ihrem Kanzler Karl Renner an den einflussreichen bäuerlichen Flügel der christlich-sozialen Partei mit ihrem Führer, Vizekanzler Jodok Fink.

Das Außenhandelsmonopol der Regierung blieb aufgrund von Sachzwängen weiter aufrecht und war im Wesentlichen auf direkten Tauschhandel aufgebaut.<sup>815</sup>

Zum Teil als Maßnahme gegen die Gefahr des Auflebens des Kommunismus in Österreich, zum Teil aufgrund wirtschaftlicher Zwänge, aber selbstverständlich auch in Durchsetzung sozialdemokratischer Ideen, wurden in der ersten Zeit nach dem Krieg bedeutende sozialrechtliche Fortschritte erzielt. Dazu zählten insb die Einführung der Arbeitslosenunterstützung und die Durchsetzung des 8-Stunden-Tages.<sup>816</sup>

Wichtig für die Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik der nächsten Zeit waren ferner die Errichtung von Handels- und Arbeiterkammern nach demselben Modell, die Regelung des Kollektivvertragsrechts und die Wahl von Betriebsräten.

Eine in Bezug auf die Wirtschaftsordnung und die Wettbewerbssituation bedeutende gesetzliche Maßnahme wurde ebenfalls in dieser Nachkriegszeit gesetzt. In Anschluss an kriegswirtschaftliche Regeln wurde mit Bundesgesetz vom 7.12.1922 das MietenG erlassen, jenes Gesetz, das in teilweise abgewandelter Form bis heute einen wichtigen Teil der Volkswirtschaft dem Wettbewerb fast ganz entzieht.<sup>817</sup>

Die Position der Austromarxisten zur Frage der Sozialisierungen der Produktion ist für diese kurze Darstellung des wirtschaftlichen Umfelds der Nachkriegszeit ebenfalls wichtig. Verstaatlichungen standen besonders 1919 zur Diskussion, als revolutionäre Räterepubliken in Ost und West ein Beispiel für extreme politische Gruppierungen in Österreich bildeten. Im Mittelpunkt der Meinungsbildung scheint im sozialdemokratischen Lager der damalige Außenminister Otto Bauer gestanden zu sein. Otto Bauer publizierte in einer Reihe von Artikeln in der Arbeiterzeitung seine Vorstellungen von Möglichkeiten der Verstaatlichung österreichischer Unternehmungen.<sup>818</sup> Realpolitisch war dieses Bild von der außenpolitischen Situation<sup>819</sup> (mögliches Eingreifen der Entente-Mächte bei Verstaatlichungen), und der innenpolitischen Situation (weitere Spaltung zwischen den christlich-sozial beherrschten Ländern und dem „*Wasserhkopf*“ Wien), bestimmt. Ideologisch bestanden Bauers Sozialisierungsvorstellungen aus dem Plan,

---

<sup>814</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 298.

<sup>815</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 300.

<sup>816</sup> Pribram, Die Sozialpolitik im neuen Österreich, Archiv für Sozialwissenschaften und Socialpolitik, 1921.

<sup>817</sup> BGBl 1922/872.

<sup>818</sup> Otto Bauer, Der Weg zum Sozialismus.

<sup>819</sup> Otto Bauer konnte als Leiter des Staatsamtes des Äußeren auf genaue Informationen zurückgreifen.

eine stufenweise Teilsozialisierung der Wirtschaft durchzuführen, die beim Kohle- und Erzbau, sowie der Eisen- und Stahlindustrie beginnen und zuletzt die Banken erreichen sollte. Die praktische Durchführung sollte durch Übernahme und Weiterführung der kriegswirtschaftlichen Verbände erfolgen. Dort wo solche Einrichtungen nicht bestanden haben, sollte die Bildung „kartellähnlicher“ Industrieverbände zur Sozialisierung führen.<sup>820</sup> Die Verwaltung dieser Verbände sollte durch Gremien, die zu einem Drittel aus Vertretern der Produzenten, der Konsumenten und des Staates bestehen sollten, erfolgen. Durchzusetzen wären diese Pläne durch demokratisch/parlamentarische Maßnahmen.

Bauers Pläne und Versuche, in Richtung Sozialisierung zu gehen, waren erfolglos. Einmal scheiterten sie am parlamentarischen Widerstand, zum anderen brach die ungarische Räterepublik zusammen, die revolutionäre Situation in Deutschland flachte ab und auch in Österreich hatte die Radikalisierung der Arbeiterschaft ihren Höhepunkt überschritten. Die Sozialisierungsdiskussion konnte vorerst ad acta gelegt werden.<sup>821</sup>

Die Einstellung der österr. Banken zu ihren Konzernen änderte sich in der Nachkriegszeit nicht. Obwohl die Banken in der ersten Zeit nach dem Krieg vor allem mit dem Problem der Umstrukturierung und der möglichst weitgehenden Rettung ihres Kapitals und ihrer Einrichtungen in allen Gebieten der ehemaligen Monarchie beschäftigt waren, versuchte man doch auch jene Unternehmen, mit denen enge Geschäftsverbindungen bestanden oder die zum Konzern der Banken gehörten, zu betreuen. Dazu gehörte sowohl die Pflege der bestehenden Kartelle als auch der Aufbau neuer Verbindungen, die die Neustrukturierung der Unternehmen nach dem Ende der Monarchie herbeiführen sollten.<sup>822</sup>

Die hohe Inflation in den Jahren nach 1920 verursachte einen immer stärker werdenden Mangel an Betriebskapital. Viele Unternehmen versuchten mit Umwandlung in Aktiengesellschaften neues Kapital zu gewinnen. Die bei der Umgründung unterstützenden und Kapital zur Verfügung stellenden Banken übernahmen oft selbst ein Aktienpaket, das meist so groß war, dass ihnen eine Kontrolle der Gesellschaft möglich wurde. Diese neue Gründertätigkeit wurde vor allem von Banken unternommen, die bis dahin noch weniger zur Formierung eigener Konzerne unternommen hatten. Schätzungen besagen, dass sich die Anzahl der von großen Banken kontrollierten Gesellschaften zwischen 1913 und 1923 um mindestens 10 bis 15 % erhöhte.<sup>823</sup> Diese Geschäftspolitik der österreichischen Banken war nicht auf Österreich beschränkt, sondern umfasste das gesamte Gebiet der ehemaligen Monarchie und stellte in dieser Ausprägung wohl den letzten Versuch dar, Wien als Finanzzentrum des Donauraums weiterzuführen.

Die Jahre 1918 bis 1922 waren von einer immer rascher fortschreitenden Inflation gekennzeichnet. Die Regierung Seipel unternahm die verschiedensten internationalen Versuche, eine Rettung der österr.

---

<sup>820</sup> Dies ist besonders interessant im Hinblick auf die Einstellung Otto Bauers zu Kartellen: Otto Bauer, Der Staat und die Kartelle, Der Kampf 1907, 71; Szececi / Wehsely, Alte Kartelle neu geprüft, Wirtschaft und Gesellschaft 1975, 33 (35).

<sup>821</sup> Zu den Sozialisierungsplänen der ersten Jahre nach dem Ersten Weltkrieg beachte besonders die kurze und prägnante Schilderung von März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 307 f und Kernbauer / März / Weber, Die wirtschaftliche Entwicklung, in: Weinzierl / Skalnik, Österreich 1918 - 1938, Geschichte der Ersten Republik I (1983), 347.

<sup>822</sup> Ausführliche Zusammenfassung dieser Tätigkeiten bei März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 450 ff. Eine Zusammenstellung der damals bestanden habenden Bankkonzerne bringt Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 389 ff.

<sup>823</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 - 1923 (1981), 533; tendenziös: Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 326.

Währung zu erreichen, bis endlich eine Völkerbundanleihe durchgesetzt werden konnte.<sup>824</sup> Die Völkerbundanleihe ist im Zusammenhang mit der österreichischen Kartellpolitik vor allem deswegen zu erwähnen, weil die wirtschaftspolitischen Äußerungen der österreichischen Regierung in Zusammenhang mit der Völkerbundanleihe die erste Stellungnahme zur österreichischen Wirtschaftspolitik nach der Kriegswirtschaft waren.

Diese Politik wurde vor allem mit dem WiederaufbauG umgesetzt.<sup>825</sup> Die Maßnahmen dieses Gesetzes können in folgende Gruppen eingeteilt werden:

- Einsparung durch Verwaltungsreform,
- Einführung einer Betriebsverwaltung für die staatlichen Unternehmungen,
- Erhöhung der öffentlichen Einnahmen aus Zöllen, Staatsmonopolen, Verbrauchssteuern, direkten Steuern und durch Einführung der Warenumsatzsteuer.<sup>826</sup>

Nach Beendigung der Arbeiten am WiederaufbauG wendete die Völkerbunddelegation ihre Aufmerksamkeit dem Entwurf eines NationalbankG zu. Die Grundsätze des bereits im Juli 1922 ausgearbeiteten NotenbankG wurden von der Völkerbunddelegation für gut geheißen. Bei den Verhandlungen über die Begebung der Völkerbundanleihe bestand die Delegation des Völkerbundes allerdings zusätzlich zur Einsetzung eines Generalkommissärs des Völkerbundes für die finanzielle Rekonstruktion Österreichs auf ausländische Berater für die Nationalbank. Auch diesen Forderungen wurde Folge geleistet.<sup>827</sup>

Die weitere Beschreibung der Wirtschaftspolitik der Zwischenkriegszeit muss auf das Aufzeigen einiger Schlaglichter beschränkt bleiben. Folgende Gründe sprechen für diese Beschränkung auf das Wesentliche: Hauptgrund ist zweifellos die mehr als zerrüttete politische Lage Österreichs in dieser Zeit, die zu Bürgerkrieg und Faschismus führte. Eine konsistente bundesweite Wirtschaftspolitik ist kaum feststellbar, es ging meist nur um die Beseitigung der naheliegendsten Schwierigkeiten. Der Umstrukturierungsprozess musste von einer Volkswirtschaft versucht werden, die durch Abwertung und Rohstoffmangel völlig ausgezehrt war. Staatlich gefördert wurden im Wesentlichen nur die Elektrifizierung der Bahn und der Ausbau der Wasserkräfte.

Die von Kernbauer / März / Weber,<sup>828</sup> in diesem Zusammenhang vorgebrachte Kritik an der Wirtschaftspolitik dieser Zeit, die sie als Hauptgrund für die damalige schlechte wirtschaftliche Lage verantwortlich machen, geht wohl ins Leere. Einmal war die österr. Wirtschaft in jenen Zeiträumen weitgehend kartelliert und/oder von Bankenkonzernen beherrscht, daher konnte sie nicht als freie Wettbewerbswirtschaft bezeichnet werden und zum zweiten war das für die notwendige Umstrukturierung notwendige Kapital weder für Private noch für den Staat vorhanden. Die wahrscheinlich lohnende Beschäftigung mit den Wirtschaftspolitiken der Bundesländer in dieser Zeit muss hier aus Gründen des

---

<sup>824</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981), 488; Kernbauer / März / Weber, Die wirtschaftliche Entwicklung, in Weinzierl / Skalník, Österreich 1918-1938, Geschichte der Ersten Republik I (1983), 343 (154).

<sup>825</sup> G vom 26.11.1922, BGBl 1922/843.

<sup>826</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 - 1923 (1981), 496.

<sup>827</sup> März, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913 - 1923 (1981), 500.

<sup>828</sup> Kernbauer / März / Weber, Die wirtschaftliche Entwicklung, in Weinzierl / Skalník, Österreich 1918-1938, Geschichte der Ersten Republik I (1983), 343 (146).

Umfangs und der mir zur Verfügung stehenden Forschungskapazitäten unterbleiben.<sup>829</sup>

Während in der ersten Zeit nach dem Ersten Weltkrieg die Großbanken noch versuchten, die Banken im Gebiet der ehemaligen Monarchie zumindest durch finanzielle Verflechtungen an die Stammhäuser in der neuen österreichischen Republik zu knüpfen, begann ab zirka 1924 der Zusammenbruch des österreichischen Bankwesens der zuletzt bis zur Creditanstalt reichte.<sup>830</sup> Vielerlei Gründe waren Ursache für diese Entwicklung. Sicherlich war ein wesentlicher Grund die enge Verflechtung der Banken mit den produzierenden Unternehmen, deren wirtschaftlicher Abstieg und Ruin auch die Banken mitriss.<sup>831</sup> Eindrucksvollste Stufen dieses Prozesses waren der Zusammenbruch der Verkehrsbank, der Unionbank, der Zentralbank deutscher Sparkassen, der Anglobank und letztlich der Bodenkreditanstalt (diese kontrollierte zirka 150 industrielle Unternehmen<sup>832</sup>), der 1931 auch zum Zusammenbruch der Creditanstalt führte. Durch freiwillige und zuletzt politisch erzwungene Übernahmen der niedergehenden Banken, kontrollierte die Creditanstalt zwar vor ihrem Zusammenbruch 1931 zirka 80 % der österreichischen Industrie,<sup>833</sup> ging aber mit ihr in die Knie. Mit großen Mitteln wurde eine nationale und internationale Rettungsaktion der Creditanstalt durchgeführt. Die wirtschaftspolitische Bewegungsfähigkeit der Regierung wurde durch den Einsatz dieser hohen Mittel aber noch weiter eingeschränkt. Von den zehn großen Wiener Banken der Vorkriegszeit bestanden 1937 letztlich nur noch drei: die Österreichische Creditanstalt-Wiener Bankverein, die Filiale der (seit 1921) französischen Länderbank und die Mercurbank, die praktisch eine Zweigstelle der Dresdner Bank war.<sup>834</sup> Durch diese Zusammenbrüche wurden auch die letzten wesentlichen Finanzverbindungen mit den Nachfolgestaaten der Monarchie weitgehend zerstört.

Die Reaktion der politischen Kräfte in Österreich auf die wirtschaftlichen Konsequenzen des 1. WK war, die schon im 19. Jhd entstanden wirtschaftspolitischen Forderungen nach Einschränkung der Gewerbefreiheit und Ablehnung des Wettbewerbes noch zu verschärfen und auch praktisch durchzuführen. Das Gesetz vom 19.10.1934<sup>835</sup> über außerordentliche gewerberechtliche Maßnahmen, das sog. Untersagungsgesetz, ist ein besonders deutliches Beispiel für diese Entwicklung.<sup>836</sup>

Mit dem UWG 1923 wurde endlich ein modernes Lauterkeitsrecht beschlossen, nachdem alle Initiativen in der Monarchie – vor allem am Ausgleich mit Ungarn – gescheitert waren. Auf dem Gebiet des Preisrechts wurde das PreistreibereiG 1921 erlassen. Das Preisschleuderei-SchiedsstellenG scheiterte und blieb eine wirtschaftspolitisch und rechtlich gesehen kurze Episode in den Bemühungen um Stabilisierung der Wirtschaft.

Das KoalitionsG 1870 stand weiter in Geltung und beschäftigte die Gerichte. Eine Änderung der kartellrechtlichen Vorschriften wurde von den österreichischen politischen Parteien nicht ernsthaft angestrebt. Demgegenüber wurde in Deutschland auch nach Erlassung der Kartellverordnung 1923 weiter über Änderungen der Kartellgesetzgebung öffentlich diskutiert. Interessant in diesem Zusammenhang ist,

---

<sup>829</sup> Chaloupek / Wagner / Aigner, Wirtschaftsgeschichte der Stadt Wien 1740 - 1938 (1991).

<sup>830</sup> Gulick, Österreich von Habsburg zu Hitler (1976), 263.

<sup>831</sup> Zeitgenössische Kritik an dieser unheilvollen Verknüpfung: Reik, Die Beziehungen der österreichischen Großbanken zur Industrie (1932).

<sup>832</sup> Kreissler, Von der Revolution zur Annexion (1970), 177.

<sup>833</sup> Kreissler, Von der Revolution zur Annexion (1970), 180.

<sup>834</sup> Kernbauer / März / Weber, Die wirtschaftliche Entwicklung, in Weinzierl / Skalník, Österreich 1918 - 1938, Geschichte der Ersten Republik I (1983), 365.

<sup>835</sup> BGBl 1934/323.

<sup>836</sup> Laszky / Nathansky, Kommentar zur Gewerbeordnung II (1937), 27.

dass der 35. Deutsche Juristentag, der im Jahre 1928 in Salzburg tagte, auch eine Arbeitsgruppe zum Thema „*Empfiehl sich eine Änderung und Vereinheitlichung der deutschen und österreichischen Kartellgesetzgebung*“ einsetzte. Als österreichischer Gutachter dieser Arbeitsgruppe wurde Weiß-Wellenstein, der Generalsekretär des Hauptverbandes der Industrie Österreichs, bestellt. Sein Fazit war, die kartellrechtliche Rechtssituation in Österreich nicht zu verändern.<sup>837</sup>

1926 sandte das Bundesministerium für Handel und Verkehr (BMHuV) einen Fragebogen zum „*Kartellproblem*“ aus. Die Handelskammer Wien beantwortete diesen Fragebogen als Vorort der österreichischen Handelskammern damit, dass ein Kartellgesetz von Seiten der Wirtschaft derzeit unerwünscht sei, weil der Allgemeinheit aus dem Bestand von Kartellen kein Nachteil erwachse. Die HK Wien meinte sogar, dass selbst dann, wenn ein Kartell nachteilige Wirkungen entfalte, dies durch ein KartG nicht beseitigt werden könne. Weiters brachte sie vor, dass die Wirtschaft vom Ausland abhängig sei, eine Unsicherheit im Inland daher nicht vertretbar sei.<sup>838</sup>

1927 wurde in Österreich der Schutzverband gegen Kartellschäden gegründet. Seine Mitglieder waren vor allem Unternehmer, die Produkte der kartellierten Industrie nachfragten (zB Schlosser, Eisenhändler, Baumeister). Das offizielle Organ dieses Verbandes war die „*Die Kartellwirtschaft*“. Die Wirkung dieses Verbandes war sehr beschränkt.

1935 überreichte der Bund österreichischer Industrieller der Bundesregierung einen Gesetzesentwurf, der nicht Maßnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthielt, sondern sich mit der Errichtung von Zwangskartellen und Industriesperren befasste. Der Entwurf wurde mit dem Rückgang der Preise für industrielle Waren und der damit einhergehenden dauernden Entwertung der österreichischen Aktien begründet. Das österreichische Institut für Konjunkturforschung hatte zuvor ermittelt, dass die Börsenwerte österreichischer Aktien 1930 nur mehr 10 % ihres Nennwertes betragen.

Politisch wurde der Vorschlag des Industriellenbundes mit dem berufsständischen Umbau des österreichischen Staates begründet.<sup>839</sup> Im Wesentlichen sah der Entwurf vor, eine Kartellvereinbarung, der drei Viertel aller Unternehmen eines Wirtschaftszweiges angehörten, mit Verordnung des BMHuV auf alle Unternehmen dieses Industriezweiges auszudehnen. Vor einer Antragstellung zur zwangsweisen Kartellierung hätte ein Prüfungsverfahren im Industriellenbund absolviert werden müssen und die Stellungnahme des Gewerkschaftsbundes zum geplanten Zwangskartell eingeholt werden. Das BMHuV hätte vor Erlassung einer Verordnung noch von einer Kommission ein Gutachten über die Zweckmäßigkeit des Zwangskartelles ausarbeiten lassen müssen. Ein solches Zwangskartell wäre unter Aufsicht des BMHuV gestanden, ein Staatskommissär wäre in das Kartell zu entsenden gewesen. In einem der Zwangskartellierung ähnlichen Verfahren hätte auch die Errichtung neuer Betriebe, Erweiterung von Betrieben oder Erweiterung des Produktionsprogrammes von Betrieben, die Umstellung oder die Wie-

---

<sup>837</sup> Die weitere wirtschaftsrechtliche Entwicklung in Deutschland ging aber ebenfalls in eine andere Richtung: Seit den Krisenjahren 1930/31 galten in Deutschland die Vorschriften über die Verhütung unwirtschaftlicher Preisbildung, weiters wurde ein Reichskommissar für Preisüberwachung eingesetzt. Durch Gesetz vom 15.7.1933 wurde der Regierung die Möglichkeit zur Errichtung von Zwangskartellen gegeben. Feldkirchen, Das Zwangskartellgesetz von 1933, seine wirtschaftliche Bedeutung und seine praktischen Folgen, in Pohl (Hrg), Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 145 (146).

<sup>838</sup> Wirtschaftskammer Wien Akt Nr. 5200/1926, Karton E 26.717/2.

<sup>839</sup> Berger, Zwangskartellierung in Österreich, Bemerkungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Zwangskartelle und Industriesperren, Kartell-Rundschau 1935, 732 (737).

derinbetriebsetzung von stillgelegten Anlagen durch Verordnung untersagt oder von einer besonderen Bewilligung abhängig gemacht werden sollen.<sup>840</sup>

Weder dieser Vorschlag noch parlamentarische Initiativen, zB forderte der Abgeordnete Bauer anlässlich der Budgetdebatte 1931 die Ausarbeitung eines Kartellgesetzes, wurden verwirklicht. Nur die politische Forderung, eine Industriesperre einzuführen, war teilweise erfolgreich, wenn man die Erlassung des Untersagungsgesetzes in direkten Zusammenhang mit den Forderungen des Industriellenbundes sehen will.<sup>841</sup>

Die Erlassung des UWG 1923 blieb in der Zwischenkriegszeit somit die einzige nachhaltige Änderung im österreichischen Wettbewerbsrecht. Die Wirtschaftspolitik war vorerst auf Organisation der Mangelwirtschaft, dann auf die Währungsrettung und Budgetsanierung und zuletzt auf die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ausgerichtet.

Die RSp zum KoalG wurde bereits in Abschnitt 3.1.3 behandelt. Der nächste Abschnitt befasst sich daher sofort mit den in der Zwischenkriegszeit veröffentlichten wissenschaftlichen Äußerungen zum Kartellrecht.

### 3.2.2 Wissenschaftliche Äußerungen

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit den Problemen des Kartellwesens ließ in Österreich in der Zwischenkriegszeit nach bzw. war von der deutschen Entwicklung dominiert. Die wirtschaftliche Bedeutung der Kartelle nahm hingegen zu. Die bedeutendsten Teile der Industrie, Teile des Handels und des Großgewerbes waren in Österreich aber auch zB in Deutschland kartelliert.<sup>842</sup>

Diese Tatsachen wurden besonders in den Diskussionen des 35. DJT (1928) deutlich. Ausgehend von der Definition Liefmanns<sup>843</sup>, wurden Kartelle als „*Verbände selbständig bleibender Unternehmen derselben Art zum Zweck monopolistischer Beherrschung des Marktes*“ definiert.<sup>844</sup> Davon ausgehend, wurden besonders die Arten monopolistischer Beherrschung und die Sinnhaftigkeit und Möglichkeit der Aufsicht über Kartelle diskutiert. Wolfers<sup>845</sup> zeigte im Rahmen dieser Diskussion auf, dass die Angemessenheit und Gefährlichkeit monopolausnützendender Kartellbetätigung ohne willkürliche Entscheidungen eigentlich nicht festgestellt werden kann. Nach seiner Meinung müsste schon die Erringung einer Monopolstellung verhindert oder begrenzt werden. Nur so könnten die schädlichen Auswirkungen eines Monopols

---

<sup>840</sup> Berger, Zwangskartellierung in Österreich, Bemerkungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Zwangskartelle und Industriesperren, Kartell-Rundschau 1935, 736.

<sup>841</sup> BGBl 1934/323.

<sup>842</sup> Z.B. zählte eine vertrauliche „Liste österreichischer Kartelle“, die 1927 von der Handelskammer Wien erstellt wurde (Karton E 26.717/2) 66 Kartelle, an denen nur österreichische Unternehmen beteiligt waren und 55 internationale Kartelle, an denen auch österreichische Unternehmen teilnahmen; vgl. weiter: Wagenführ, Kartelle in Österreich, Kartellrundschau 1937, 174; Scheffer, Das Bankwesen in Österreich (1924), 389 beschreibt die Konzerne der Großbanken.

<sup>843</sup> Kartelle und Trusts, insgesamt 8 Auflagen von 1905 - 1930

<sup>844</sup> Liefmann, Kartelle und Trusts<sup>1</sup>, 11; 7. Auflage (1927), 10.

<sup>845</sup> Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 180. Bd, Das Kartellproblem 2. Teil, 1931, 143.

verhindert werden.<sup>846</sup>

Auch österreichische Wissenschaftler beschäftigten sich damals mit der rechtlichen Situation in Deutschland nach Erlassung der KartellVO<sup>847</sup> und bezeichneten die österreichische Gesetzeslage, nämlich die Weitergeltung des KoalG, als weitgehend unbefriedigend.<sup>848</sup>

Dobretsberger<sup>849</sup> ging davon aus, dass die Kartelldiskussion in Österreich immer mehr aktuelle Bedeutung erhalten würde. In zahlreichen Veröffentlichungen und Reden seien die Schäden der Kartelle an konkreten Beispielen aufgezeigt worden. Die Kartellgesetzgebung der Nachbarländer sei als Beispiel herangezogen und die Preiskontrolle durch den Staat für Österreich verlangt worden. Gegenstand der Überwachung sollten alle gebundenen Preise sein. Diese Preise sollten einer Preiskontrollstelle zur Überwachung bekanntgegeben werden, die deren Angemessenheit zu prüfen hätte. Als angemessen sollte dabei jener Preis gelten, bei dem die Spanne zwischen Erzeugungskosten und Verkaufspreis, bzw. zwischen Ein- und Verkaufspreis die ortsüblichen Spannen der freien Preise nicht übersteige.

Die Zivilrechtslehre jener Zeit war entsprechend dem wirtschaftlichen Klima den Kartellen gegenüber relativ positiv eingestellt. Gschnitzer<sup>850</sup> meinte, das österreichische Recht kenne nicht wie das deutsche eine ausreichende Regelung des Kartellwesens, immerhin könne man aber mit „vernünftiger“ Interpretation dem § 4 KoalG die vom Gesetzgeber gewünschte Interessenabwägung entnehmen. Unter Zitierung der E des OGH 26.9.1905<sup>851</sup> meinte Gschnitzer, es ergäbe sich folgender Gesetzeszweck des KoalG:

*„Schutz vor Verabredungen, die lediglich der Gewinnsucht Einzelner entspringen, um die Gesamtheit schwer zu schädigen; vor Vereinbarungen, welche in Wahrheit nur das eine bezwecken, durch die Preiserhöhung den Teilhabern der Vereinigung einen Gewinn zuzuführen, der vom Standpunkt einer gesunden Volkswirtschaft aus nicht gerechtfertigt ist. Die Preiserhöhung allein muß noch nicht eine Schädigung des Publikums bedeuten, insbesondere, wenn Waren unter den Gestehungskosten verkauft wurden, was ohnehin auf längere Zeit nicht hätte aufrechterhalten werden können (der Fall des Sanierungskartells) oder wenn der höhere Preis durch die bessere Qualität vollständig aufgehoben wird.“*

Pisko<sup>852</sup> forderte die prinzipielle Zulassung von Kartellen. Nur ihre schädlichen Einflüsse seien durch gesetzliche Maßnahmen zu verhindern. Er meinte, das KoalG verhindere die Wirksamkeit und auch die negativen Auswirkungen von Kartellen nicht, da für die Kartelle weniger die zivilrechtliche Gültigkeit ihrer Vereinbarungen, als das tatsächliche Einhalten der Verpflichtungen wesentlich sei.

---

<sup>846</sup> Wolfers, Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 180. Bd, Das Kartellproblem 2. Teil, 1931, 144.

<sup>847</sup> Zum wesentlichen Inhalt und zur historischen Entwicklung der KartellVO: z.B. Lehnic, Vhdngen 35. DJT (1928) 1/1, 243 ff.

<sup>848</sup> Z.B. Schreier, Aufgaben der Kartelljurisprudenz, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 180. Bd, Das Kartellproblem, 1. Teil, 63 ff.

<sup>849</sup> Kartelle in Österreich, Kartellrundschau 1937, 213.

<sup>850</sup> Gschnitzer, in Klang<sup>1</sup>, II/2, 211.

<sup>851</sup> GIUNF 3163.

<sup>852</sup> Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechts (1923), 482.

Ehrenzweig<sup>853</sup> legte den Tatbestand des § 4 KoalG ebenfalls einschränkend aus. Der Zweck eines verbotenen Kartelles müsse zumindest auch die Warenpreiserhöhung sein, weiters müsse diese Preiserhöhung zum Nachteil des Publikums erfolgen. ZB Konditionenkartelle und dgl. seien daher nicht vom Verbot des KoalG umfasst. Vom Nachteil des Publikums könne in der Regel dann nicht gesprochen werden, wenn die erhöhten Preise einer besseren Qualität entsprächen, oder wenn die Preiserhöhung wirtschaftlich berechtigt sei, weil sie z.B. „*der Schleuderkonkurrenz die Spitze bieten solle*“.

Eine bedeutende rechtspolitische und wissenschaftliche Diskussion über das Kartellwesen in Österreich fand auch am 35. DJT (1928) statt.

Der Generalsekretär des Hauptverbandes der Industrie Österreichs, Rechtsanwalt Weiß-Wellenstein, verfasste ein Gutachten zum 35. DJT mit dem Thema „*Empfiehlst sich eine Änderung und Vereinheitlichung der deutschen und österreichischen Kartellgesetzgebung?*“.<sup>854</sup>

Weiß-Wellenstein meinte, da eine österreichische Kartellgesetzgebung nicht bestünde, müsste die Frage eigentlich lauten: „*Soll die deutsche Kartellgesetzgebung von Österreich übernommen werden oder nicht?*“<sup>855</sup> Weiß-Wellenstein wies darauf hin, dass die wirtschaftliche Situation und damit der Standpunkt zum Kartellrecht sich durch die Auflösung der Monarchie in Österreich total verändert hätten. Politisch gesehen, seien in Österreich nur die Sozialdemokraten an einem KartG interessiert, weil sie mit einem solchen Einfluss auf die Produktion zu gewinnen hofften.<sup>856</sup>

Weiß-Wellenstein lehnte eine Kartellgesetzgebung, die sich mit der Frage der Preisfestsetzung beschäftigt, ab und wies auf die negativen Erfahrungen mit administrativen Preisbestimmungsverfahren in der Vergangenheit hin. Ansonsten trat Weiß-Wellenstein mit den altbekannten Argumenten für die weitere Kartellierung der österreichischen Industrie ein. Er brachte dafür sozialpolitische Argumente vor und wies auf Rationalisierungseffekte hin. Österreich müsse auch nicht alle ausländische Beispiele nachmachen.<sup>857</sup> Weiß-Wellenstein lehnte daher die Übernahme des damaligen deutschen Kartellrechtes mit Entschiedenheit ab.<sup>858</sup> In Österreich sei das damals geltende Recht einem neuen KartG mit Missbrauchsaufsicht vorzuziehen.<sup>859</sup>

Das Referat Weiß-Wellensteins wurde von österreichischen Teilnehmern am 35. DJT zum Teil kritisiert. Ettinger<sup>860</sup> stellte in seiner Kritik va heraus, dass Weiß-Wellenstein § 3 PreistreibereiG<sup>861</sup> nicht ausreichend berücksichtigt und die Tatsache nicht ausreichend betont hätte, dass wegen des Fortbestandes des KoalG in Österreich Kartelle nach wie vor nicht rechtsgül-

---

<sup>853</sup> System1 II/1, 153.

<sup>854</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928), I/1, 181.

<sup>855</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35.DJT (1928), I/1, 181.

<sup>856</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35.DJT (1928), I/1, 185.

<sup>857</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35.DJT (1928), I/1, 188.

<sup>858</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35.DJT (1928), I/1, 203.

<sup>859</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35.DJT (1928), I/1, 202.

<sup>860</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928), II/1, 771.

<sup>861</sup> PreistreibereiG 1921, RGBI 1921/253. § 3 PreistreibereiG stellte Verabredungen, Preis auch nur festzuhalten, unter Strafe.

tig organisiert werden könnten, wengleich in der Praxis viele Kartelle bestünden. Wirtschaftlich gesehen, seien aber Kartellbildungen in Österreich die einzige Chance zur Rationalisierung und würden daher hier preissenkend wirken. Politisch gesehen, sah es Ettinger als notwendiges Zugeständnis an die Sozialdemokratie an, für die Aufhebung des KoalG und des PreistreibereiG eine wirksame staatliche Kartellkontrolle vorzusehen.<sup>862</sup>

Groß kritisierte das Gutachten Weiß-Wellensteins als einseitig und vom politischen Standpunkt des Hauptverbandes der Industriellen Österreichs beherrscht. Er verlangte wie Ettinger die Schaffung eines Kartellgesetzes.<sup>863</sup> Die Situation in Bezug auf das KoalG und das PreistreibereiG bezeichnete Groß so:

*„Österreich hat eine Spezialität, nämlich Gesetze zu besitzen, welche bestehen, aber nicht zur Anwendung gelangen, wenn sie einem bestimmten Berufsstande nicht passen. Statt nun die Aufhebung dieses Gesetzes zu begehren, wird dem Grundsatz gehuldigt: *quieta non move-re*.“<sup>864</sup>*

Groß stellte auch eine interessante Verbindung zwischen Kartellrecht und UWG her. Er erwähnte, daß die „*versteckten*“ Kartelle in Österreich nach Einführung des UWG 1923 versucht hätten, ihre Preispolitik durchzusetzen, indem sie erklärten, dass Preisunterbietungen - besonders bei sogenannten Markenartikeln - als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren sei.<sup>865</sup> Diesen Umweg kritisierte Groß und befürwortete, dass auch in Österreich ein der deutschen KartellVO ähnliches Gesetz erlassen werde.

Lenhoff trat ebenfalls für die Aufhebung des KoalG ein, sah im PreistreibereiG aber keine Gefahr für die Wirtschaft, da es ohnedies nicht vollzogen werde.<sup>866</sup> Ausgiebig befasste er sich unter Bezug auf Nipperdeys Äußerungen<sup>867</sup> mit dem praktischen Problem der Wirtschaftsaufsicht.<sup>868</sup> Er stellte die österreichische Bankenaufsicht als völlig ineffizient dar, sie hätte noch keine Krida im Bankenbereich verhindern können.<sup>869</sup> Lenhoff setzte fort, dass die Staatsaufsicht über Kartelle und Monopole dann einen weiteren Haken besäße, wenn sie sich auf private Monopole beschränke. In Österreich seien jedoch gerade im Bereich der Staatswirtschaft viele Betriebe Monopole. Er führte als Beispiele die Elektrizitätswirtschaft und die Tabakregie an. Lenhoff lehnte insgesamt die Aufsicht über Kartelle nicht ab, sah aber keine Möglichkeit in Österreich tatsächlich geeignete Persönlichkeiten für diese Aufsichtstätigkeit zu finden.<sup>870</sup>

Die deutschen Berichterstatter und Referenten am 35. DJT waren im Ergebnis einhellig von einer Missbrauchsaufsicht für Kartelle eingenommen. Isay<sup>871</sup> meinte, dass es in einem kapi-

<sup>862</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 778.

<sup>863</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 778.

<sup>864</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 781.

<sup>865</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 783.

<sup>866</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 801.

<sup>867</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 764.

<sup>868</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 802.

<sup>869</sup> Vhdlgen 35. DJT (1928) II/1, 803.

<sup>870</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 804.

<sup>871</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 709 ff.

talistischen Wirtschaftssystem geradezu Pflicht jedes einzelnen sei, zu verdienen, solange dabei nicht zu unlauteren Mitteln gegriffen werde.<sup>872</sup> Kartelle seien ein Mittel zur Steigerung und Sicherung des Unternehmensgewinnes. Dieser Gewinn dürfe aber nur soweit gesteigert werden, als nicht die Gesamtwirtschaft, das Gemeinwohl, das öffentliche Interesse, gefährdet werde. Daraus resultiere das Recht des Staates zur Kontrolle dieser „Machtkörper“.<sup>873</sup> Zu diskutieren sei nur das geeignete Ausmaß der Kontrolle.

Lehnic meinte, das Problem der Kartellgesetzgebung umfasse die gesamte Frage der Regelung des Wettbewerbes.<sup>874</sup> Die Überwachung des Staates müsse sich auf alle Organisationen erstrecken, die sich mit der Regelung des Wettbewerbes befassen.<sup>875</sup>

Nipperdey<sup>876</sup> kritisierte die Tendenz der deutschen KartellVO am schärfsten und meinte, die meisten damals geltenden deutschen kartellrechtlichen Bestimmungen beruhten auf dem Prinzip der Sicherung bzw. Wiederherstellung der freien Konkurrenz, der Marktfreiheit. Dieses Prinzip sei jedoch in der modernen deutschen Wirtschaftsentwicklung nie ein rechtlich geschütztes Prinzip gewesen. Es sei auch ein Rückfall in überwunden geglaubte Epochen. Ein Staat, der nicht hyperliberalistisch und damit reaktionär sein wolle, müsse anerkennen, dass die Regelung des Wettbewerbes und die Organisation des Marktes notwendig seien. „*Wer die Kartellierung als ein berechtigtes Prinzip billigt, muß den Eingriff in die freie Konkurrenz, ohne den sie nicht möglich ist, anerkennen*“.<sup>877</sup> Die Möglichkeit Gemeinwohlvorstellungen als Maßstab für Kartellmissbräuche heranzuziehen (wie in § 4 Dt KartellVO) wurde von Nipperdey abgelehnt. Er schlug, da er das Problem der Preisbestimmung als das zentrale Problem der Diskussion um die Kartelle ansah, folgendes vor:

*„An die Stelle des Regulators der freien Konkurrenz müssen wir etwas anderes setzen. Und das kann nur sein die verständig gehandhabte, sachverständige Staatsaufsicht über die Preise aller wirtschaftlichen Machtkörper. Wir müssen volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preise, die die Gesamtheit treffen, also namentlich die Massen der Bevölkerung direkt oder indirekt beeinträchtigen, Preise, die die Nichtsenkung trotz veränderter Konjunktur den wirtschaftlichen Fortschritt der Gesamtwirtschaft hemmen, verhindern. Der früher oft erhobene Einwand, daß der Staat dazu nicht in der Lage sei, da er die Verhältnisse nicht genügend beurteilen könne, daß die Nachprüfung der Selbstkostenberechnung und die Würdigung der Konjunktur nicht möglich sei, bedarf heute, namentlich wenn dem Minister Sachverständige zur Seite stehen, keiner Widerlegung mehr. Damit soll natürlich die häufig von selbst eintretende Korrektur übertriebener Preise durch Konjunktumschwung, Kartellsprengung, Außenseiter und Auslandskonkurrenz in ihrer Bedeutung nicht verkannt werden. Aber leider versagen diese natürlichen Korrekturen eben in gewissen Fällen doch.“<sup>878</sup>*

Der 35. DJT empfahl als Ergebnis der Beratungen eine Abschwächung der KartellVO. Für

---

<sup>872</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 717.

<sup>873</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 723.

<sup>874</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 243.

<sup>875</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 286.

<sup>876</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 741.

<sup>877</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 755.

<sup>878</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 764.

das hier interessierende Thema lautete der Beschluss:

*„Die Reichsaufsicht hat sich im übrigen darauf zu beschränken, unter Wahrung der berechtigten Belange des betreffenden Wirtschaftszweiges dringende Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohles zu wahren, und zwar zunächst durch wirtschaftliche Beeinflussung im Wege vertrauensvoller Behandlungen, nötigenfalls jedoch gesetzlich festzulegende Verwaltungsmaßnahmen, denen eine Anhörung des Sachverständigenausschusses vorauszu-gehen hat.“<sup>879</sup>*

Der Beschluss zur Rechtssituation in Österreich beschränkte er sich auf die farblose Bemerkung:

*„Im österreichischen Recht ist die Rechtswirksamkeit der Kartellvereinbarungen anzuerkennen. Nach Konsolidierung der österreichischen Wirtschaft wird die Angleichung an das deutsche Recht befürwortet.“<sup>880</sup>*

### **3.2.3 Ergebnis**

Die Kartelldiskussion der Zwischenkriegszeit war überwiegend von wirtschaftspolitischen Bestrebungen bestimmt, eine durch Kartelle gelenkte Wirtschaft einzurichten. Die meisten wissenschaftlichen Äußerungen waren Kartellen gegenüber positiv eingestellt. Kartellierungen seien im Interesse der gesamten Volkswirtschaft. Das Spannungsverhältnis von Preisrecht und Kartellrecht war ein bedeutender Punkt dieser juristischen Diskussion. Die Sozialdemokraten forderten demgegenüber, den Kartellen mit Aufsichtsmaßnahmen entgegenzuwirken, da die Kartelle für Preiserhöhungen verantwortlich zu machen seien. Gleichzeitig forderten sie die Verstaatlichung von wesentlichen Industriezweigen, um wirksame Wirtschaftslenkung betreiben zu können.

## **3.3 Die kartellrechtliche Situation in der Zeit der Annexion**

Ähnlich wie der Abschnitt über die Kriegswirtschaft des Ersten Weltkrieges, kann auch die Beschreibung der Wirtschaftspolitik nach der Annexion durch Hitler-Deutschland kurz gefasst werden, da die nationalsozialistische Herrschaft in Österreich fast mit der Zeit des Zweiten Weltkriegs zusammenfällt.<sup>881</sup> Die deutsche Wirtschaftspolitik, die für das Gebiet des okkupierten Österreich wirksam wurde, war daher fast zur Gänze Kriegswirtschaft. Das deutsche Kartellrecht wurde in Österreich durch Verordnung vom 14.7.1938<sup>882</sup> eingeführt. Es bestand im Wesentlichen aus der Kartellverordnung 1923 und dem ZwangskartellG 1933, beides Gesetze, die noch vor der nationalsozialistischen Machtübernahme in Deutschland beschlossen wurden und mit nationalsozialistischen wirtschaftspolitischen Vorstellungen, wenn man von solchen allgemein überhaupt sprechen kann,<sup>883</sup> nicht übereinstimmten. So ergaben sich

---

<sup>879</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 851.

<sup>880</sup> Vhdlg 35. DJT (1928) II/1, 852.

<sup>881</sup> Für die wettbewerbspolitische Situation in Deutschland besonders informativ die kurzgefaßten Beschreibungen: Feldkirchen, Das Zwangskartellgesetz von 1933, Seine wirtschaftliche Bedeutung und seine praktischen Folgen; Nocken, Die Nationalökonomie und das Zwangskartellgesetz von 1933; Wessel, Die Haltung der Unternehmer zur Zwangskartellierung, alles in Pohl, (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985).

<sup>882</sup> dRGeBI I 1938/899.

<sup>883</sup> Nocken, Die Nationalökonomie und das ZwangskartellG von 1933, in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 183.

auch in der Praxis erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Aufgabenbereich der Kartelle und den nationalsozialistischen „*Fachgruppen*“. Während die Kartelle marktregelnd wirken sollten, sollten die Fachgruppen nach der nationalsozialistischen Ideologie „*marktordnend*“, dh erzieherisch im Sinn einer nationalsozialistischen Berufs- und Wirtschaftsethik wirken.<sup>884</sup> Die Machthaber wollten jedenfalls die Bedeutung der Kartelle zurückzudrängen. Diese Bemühungen sind verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die „*Kartellstelle der Reichsgruppe Industrie*“ im Jahr 1938 in Deutschland 1800 Kartelle zählte.<sup>885</sup> Auch im Deutschen Reich nahm jedoch die Bedeutung des Machtkampfes zwischen den Kartellen und den Reichswirtschaftsgruppen stark ab, als vorerst durch Preisregelungsvorschriften<sup>886</sup> und dann durch die Kriegswirtschaft der private Einfluss in den Kartellen zurückgedrängt wurde. Wie im Ersten Weltkrieg boten jedoch auch im Zweiten Weltkrieg die Kartelle die für die Einführung einer Kriegswirtschaft notwendigen Strukturen.

In der deutschen Bergwerkszeitung vom 18.12.1942 wurde anlässlich der Gründung der „*Eisen- und Stahlwerkegemeinschaft in der Reichsvereinigung Eisen*“ festgestellt, „*daß die Aufgaben der Kartelle heute anders sind als früher ...wesentlich ist, daß sie als Steuerungsorgane der staatlichen Wirtschaftslenkung diese Bewährungsprobe grundsätzlich bestanden haben. Wären die Kartelle nicht schon vorhanden, so hätten sie heute gegründet werden müssen. Die aus der unmittelbaren Verbindung mit der Erzeugung und dem Verbrauch jahrzehntelanger praktischer Arbeit gewonnenen Erfahrungen der Kartelle bilden für die Lenkungsarbeit der Staatsführung ein wertvolles und unentbehrliches Hilfsmittel.*“<sup>887</sup>

Bei Befassung mit Wettbewerbspolitik im Dritten Reich darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch jene Arbeiten, die für die Entwicklung der Wettbewerbspolitik nach dem Zweiten Weltkrieg entscheidend waren, nämlich die Arbeiten Böhms, Röpkes, Euckens, Rüstows ua kurz vor und auch während der Herrschaft der NSDAP entstanden sind und zum Teil damals auch bereits veröffentlicht wurden.<sup>888</sup>

### **3.4 Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg bis zur Gegenwart**

#### **3.4.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund**

Die Beschreibung der Wirtschaftspolitik der jüngeren Vergangenheit muss an dieser Stelle kurz ausfallen. Viele Hinweise auf die jeweils aktuelle Wirtschaftspolitik werden sich aus der Analyse der wettbewerbsrechtlich relevanten Normen ergeben. Hier werden daher nur einige Eckpunkte der österreichischen Wettbewerbspolitik erwähnt.

---

<sup>884</sup> Feldkirchen, Das Zwangskartellgesetz von 1933. Seine wirtschaftliche Bedeutung und seine praktischen Folgen in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 152.

<sup>885</sup> Feldkirchen, Das Zwangskartellgesetz von 1933. Seine wirtschaftliche Bedeutung und seine praktischen Folgen in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 152.

<sup>886</sup> Durch die Verordnung vom 11.12.1934 mussten alle neuen Preiserhöhungen bewilligt werden; am 29.10.1936 wurde ein Reichskommissar für das Preiswesen eingesetzt, dessen Tätigkeit nicht nur die Preisüberwachung, sondern auch den direkten Einfluss auf die Preisbildung mitumfasste - zitiert nach Wessel, Die Haltung der Unternehmer zur Zwangskartellierung in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 194.

<sup>887</sup> Müllensiefen, Kartelle im Zeitwandel, in: Deutsche Bergwerks-Zeitung, Nr 29 vom 4.2.1943 zitiert nach Wessel, Die Haltung der Unternehmer zur Zwangskartellierung in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 199.

<sup>888</sup> Nocken, Die Nationalökonomie und das ZwangskartellG von 1933, in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 184.

Die ersten Jahre nach dem 2. WK waren selbstverständlich noch von Maßnahmen zur Sicherung der notdürftigen Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft beherrscht. Anders als nach dem Ersten Weltkrieg war Österreich nach dem Zweiten Weltkrieg militärisch besetzt. Von den Besatzungsmächten wurde in der jeweils von ihnen verwalteten Zone versucht, die von ihnen gutgeheißenen wirtschaftspolitischen Ideen zum Durchbruch zu bringen. Rückblickend betrachtet, sind die Bestrebungen der amerikanischen Besatzungspolitik im Zusammenhang mit der Wettbewerbspolitik wohl die interessantesten. Sie konnten sich auch am ehesten durchsetzen.<sup>889</sup>

Für Österreich bietet der sog Johnstone-Bericht<sup>890</sup> eine gute Möglichkeit, einen Überblick über die damals aktuelle Politik der USA im besetzten Österreich zu gewinnen.

Die wesentlichen Punkte dieses Berichtes sind:

- Die österreichische Wirtschaft sei weniger durch die zwar vorhandene, aber nicht so bedeutsame Kartellsolidarität, sondern durch eine Verbandssolidarität gekennzeichnet, die vor allem durch die Organisationen der Kammern gefestigt werde.<sup>891</sup>
- Das wichtigste Mittel, mit welchem der Wettbewerb beschränkt werde, sei die Konzentrierung des wirtschaftlichen Einflusses durch:

*a) den überragenden Einfluß und die umfangreichen Beteiligungen der großen Kommerzbanken, vor allem der Creditanstalt-Bankverein an verschiedenen Industrien,*

*b) die Verstaatlichung großer Teile der Industrie,*

*c) das Bestehen eines sog „Kammerstaates“, eines politisch-wirtschaftlichen Organisationsrahmens, mittels dessen von halböffentlichen Körperschaften, die Handel und Industrie, Arbeiterschaft und Landwirtschaft repräsentieren, Wirtschaftspolitik aktiv betrieben wird,*

*d) Verbände des Handels und der Landwirte, die weitgehende Befugnisse in der Bestimmung der Preise, der Produktion und der Verteilung besitzen; ferner*

*e) ein weitverzweigtes Netz von „interlocking directorates“ (das System der Akkumulierung von Leitungsfunktionen, Verwaltungsrats- und Aufsichtsratsstellen), wodurch einigen wenigen führenden Bankiers, die gleichzeitig Industrielle sind, praktisch die Möglichkeit gegeben ist, die gesamte Privatindustrie zu kontrollieren.“*

Johnstone führte in seinem lesenswerten Bericht weiter aus:

*„Die Behinderung des Wettbewerbes durch Konzentrierung der wirtschaftlichen Macht wird durch die Einschränkung der Gewerbefreiheit gefördert. Die Zulassung zu einem Gewerbe wird erstens durch*

---

<sup>889</sup> Vgl für Deutschland: Wank, Die Alliierten Entflechtungsmaßnahmen - politische und juristische Aspekte, in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 202 und Schulz, Die Entflechtungsmaßnahmen und ihre wirtschaftliche Bedeutung, in Pohl (Hrsg) Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 210.

<sup>890</sup> Harry W. Johnstone, Die Einschränkung des freien Wettbewerbs in der österreichischen Wirtschaft, in der Übersetzung des „unabhängigen Informationsdienstes“ (1952).

<sup>891</sup> Johnstone-Bericht, 1.

einen umfangreichen Codex von Gewerbevorschriften erschwert, durch dessen Bestimmungen eine Ablehnung erleichtert wird und zweitens durch ein Gesetz, das die Verweigerung von Lizenzen in solchen Fällen ermöglicht, in denen sonst eine „ungesunde“ Konkurrenz entstehen könnte. Das Schlimmste an diesem System der Gewerbelizenzerteilung ist, daß bei seiner derzeitigen Durchführung ein zukünftiger Gewerbetreibender erst die Genehmigung seiner bereits etablierten eventuellen Konkurrenten erhalten muß, ehe ihm gestattet wird, sein Geschäft zu betreiben.

Schließlich bestehen zahlreiche Kartelle in Form von Abkommen innerhalb der verschiedenen Gruppen von industriellen und landwirtschaftlichen Produzenten und Verteilern zur Beschränkung der Produktion, Bestimmung der Preise und Aufteilung der Märkte. Da aber, wie oben bereits vermerkt wurde, die Wirtschaft praktisch zur Gänze nicht nach Konkurrenzprinzipien organisiert ist, dürfte von einer vereinzeltten Maßnahme zur Bekämpfung der Kartelle wenig zu erhoffen sein. Somit sind die Aussichten, daß das kürzlich erlassene Kartellgesetz zur Entwicklung des freien Wettbewerbes beitragen wird, sehr gering.<sup>892</sup>

Als Bedingung für eine Umstellung dieses Wirtschaftssystems auf ein solches mit freiem Wettbewerb sah Johnstone Änderungen der politischen Einstellung auf folgenden Gebieten als notwendig an:

„Die erste und vordringlichste Notwendigkeit wäre, die öffentliche Meinung zu Gunsten der Förderung des Wettbewerbes zu beeinflussen. Zu diesem Zweck wäre ein in die Tiefe gehendes wirtschaftliches Schulungsprogramm unter Anwendung aller vorhandenen amerikanischen und österreichischen Informationsmittel, die geeignet sind, der österreichischen Öffentlichkeit einen Eindruck von den Vorteilen des freien Wettbewerbes zu vermitteln, eine grundlegende Voraussetzung.

Zweitens wäre die österreichische Regierung dahingehend zu beeinflussen, daß sie den gesetzlichen Rahmen für eine Wirtschaft mit freiem Wettbewerb schafft. Zu den erforderlichen Maßnahmen gehören:

- 1) Liberalisierung der Gewerbeordnung,
- 2) Widerrufung des Gesetzes betreffend die Verweigerung von Gewerbelizenzen,
- 3) Aufstellung eines neuen Bankenregulativs, das unter anderem für eine klare Trennung zwischen den Funktionen der Kommerzbanken und der Industriebanken (Investmentbanks) Vorsorge trifft,
- 4) Neufassung der Funktionen der Wirtschaftskammern, Verbot der obligatorischen Mitgliedschaft und Aufhebung ihrer Vollmacht, wettbewerbsfeindliche Methoden in Handel und Gewerbe einzuführen und
- 5) Verbot der "interlocking directorates" (Konzentration der Leitungsfunktionen, Verwaltungsrats- und Aufsichtsratsstellen bei verschiedenen Unternehmungen in wenigen gleichen Händen).

Schließlich könnten noch verschiedene Mittel angewandt werden, um den Wettbewerb zu steigern. Zu diesen Möglichkeiten gehören Lohnförderungen der Gewerkschaften auf bestimmten Gebieten, die Vorlage eines Nachweises über freie Preisgestaltung als Bedingung für die Gewährung von Counterpart-

---

<sup>892</sup> Johnstone-Bericht, 3.

*Kredit* und eine selektive Liberalisierung des Handels.“<sup>893</sup>

Johnstone beurteilte die Chancen auf rasche Durchführung eines solchen Programmes als gering und bewies auch damit einen realistischen Blick auf die österreichische Politik.

Im Johnstone-Bericht manifestieren sich die wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der US-Administration nach dem Zweiten Weltkrieg, die selbstverständlich nicht auf Österreich beschränkt waren. Sowohl in bilateralen völkerrechtlichen Verträgen<sup>894</sup> als auch in multilateralen Verträgen<sup>895</sup> wurde von den USA versucht, diese Prinzipien durchzusetzen. Die Wettbewerbsnormen der EG und der anderen wirtschaftlichen Integrationsabkommen in Europa lassen sich ebenfalls direkt auf diese Politik zurückführen.

Im Johnstone-Bericht sind viele Tatsachen beschrieben, die nach wie vor den wirtschaftlichen Wettbewerb in Österreich behindern. Auf der Basis dieser pointierten Untersuchung soll daher in der Folge die österreichische Wettbewerbspolitik in kürzesten Zügen bis herauf zur Gegenwart beleuchtet werden.

- Der Einfluss der Großbanken auf mehrere Bereiche der österreichischen Industrie besteht noch immer.<sup>896</sup>

---

<sup>893</sup> Johnstone-Bericht, 4.

<sup>894</sup> ZB: Abkommen zwischen Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika über wirtschaftliche Zusammenarbeit, Wr Zeitung Nr 154 vom 4.7.1948, Art II Abs 3 (Allgemeine Verpflichtung):

„Die Regierung Österreichs wird die Maßnahmen, die sie für zweckdienlich hält, ergreifen und mit den anderen vertragsschließenden Ländern zusammenarbeiten, um Geschäftspraktiken oder geschäftliche Abmachungen, die den internationalen Handel berühren, von Seiten privater oder öffentlicher Handelsunternehmen zu verhindern, die die Konkurrenz einschränken, den Zugang zu den Märkten beschränken oder monopolistische Kontrollen begünstigen, wenn solche Praktiken oder Abmachungen in ihrer Auswirkung die Erfüllung des gemeinsamen europäischen Wirtschaftsprogrammes beeinträchtigen.“

Die amtliche Interpretation zu diesem Art II Abs 3 lautete:

„Es besteht Einverständnis, daß die in Art II Abs 3 erwähnten Geschäftspraktiken und geschäftlichen Abmachungen bedeuten:

- a) Die Festsetzung von Preisen, Bedingungen oder Umständen, die bei Geschäftsabschlüssen mit anderen beim Einkauf, Verkauf oder in Bestandgabe irgendwelcher Produkte zu beobachten sind;
- b) der Ausschluß von Unternehmungen von einem gebietsmäßig umschriebenen Markte oder einem Gebiete geschäftlicher Betätigung, die Zuteilung oder die Aufteilung eines solchen Marktes oder Betätigungsgebietes, die Zuteilung von Kunden oder die Bestimmung von Verkaufs- oder Einkaufsquoten ;
- c) Diskriminierung gegen bestimmte Unternehmungen;
- d) Beschränkung der Produktion oder Festsetzung von Produktionsquoten;
- e) verabredungsgemäße Verhinderung der Entwicklung oder Anwendung von technischen Erkenntnissen oder patentierten oder nicht patentierten Erfindungen;
- f) Erstreckung der Benützungrechte nach Patenten, Warenzeichen oder Urheberrechten, die von einer der beiden Regierungen gewährt wurden, auf Dinge, die nach deren Gesetzen und Vorschriften nicht in den Rahmen solcher Schutzrechte fallen, oder auf Produkte oder Produktions-, Benützungs- oder Verkaufsumstände, die ebenfalls nicht Gegenstand solcher Schutzrechte sind; und
- g) solche andere Praktiken, über die die beiden Regierungen übereinkommen, einzuschließen.

Es besteht Einverständnis, daß die Österreichische Regierung zur Ergreifung von Maßnahmen in speziellen Fällen nach Art II Abs 3, nur nach entsprechender Untersuchung oder Prüfung verpflichtet ist.“

<sup>895</sup> ZB VhdIgen zur Havanna Charta; Senti, GATT (1986), 10; Breuss, Österreichs Außenwirtschaft 1945-1982 (1983), 10.

<sup>896</sup> Seine historische Entwicklung konnte hier bereits angedeutet werden. Eine Trennung der Funktionen von Kommerzbanken und Industriebanken (Investmentbanks) ist nicht erfolgt und auch nie wirklich in Diskussion gezogen worden, obwohl bereits seit den 1920er Jahren manche Kritik an diesem System geäußert wurde und auch die in diesem System schlummernden Gefahren für die Banken diskutiert werden. ZB Reik, Die Beziehungen der österreichischen Großbanken zur Industrie. Erst letzte Entwicklungen in der österreichischen Entstaatli-

- Die Verstaatlichung großer Teile der Industrie wurde aufrechterhalten. Sie wurde im Zeitraum der SPÖ-Alleinregierung noch auf weitere Industriezweige ausgedehnt, deren Erfassung ursprünglich nicht bezweckt war, ging es doch ursprünglich primär um das Auffangen von Großbetrieben der Grundstoffindustrie.<sup>897</sup>
- Der „Kammerstaat“ wird auch heute noch unter dieser Bezeichnung kritisiert, wenn auch in manchen Belangen seine Macht etwas zu schwinden scheint.<sup>898</sup>
- Auch das „weitverzweigte“ Netz von „interlocking directorates“ freut sich, wenn auch besonders in der letzten Zeit immer wieder kritisiert, großer Beliebtheit in der Praxis.
- Die Liberalisierung der Gewerbeordnung erfolgte in einem überschaubaren Umfang.<sup>899</sup>
- Die Skepsis Johnstones gegenüber der österreichischen Kartellgesetzgebung ist hingegen nach meiner Ansicht nicht mehr berechtigt. Gerade Exponenten des sog. „Kammerstaates“ haben sich seit Jahren gezielt für Änderungen der Kartellgesetzgebung in Richtung besserer Effektivität der Normen eingesetzt.
- Das Fortschreiten der wirtschaftlichen Integration in Europa und die Liberalisierungstätigkeit des GATT hat die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen auch in Österreich stark verändert.
- Geändert hat sich - jedenfalls nach außen hin - auch die Einstellung der beiden Großparteien ÖVP und SPÖ gegenüber dem Wettbewerb. Beide Parteien bejahen die Wettbewerbswirtschaft, wobei die ÖVP als ihr Ziel die sog. „Soziale Marktwirtschaft“,<sup>900</sup> die SPÖ etwas verschwommen ihr Ziel in einer Marktwirtschaft sieht, die offenbar nicht von Unternehmen betrieben werden soll.<sup>901</sup> Eindeutig negativ ist die Einstellung der SPÖ zu Kartellen, wenn auch eine andere ideologische Vorstellung hinter dieser Position steht, als bei Anhängern einer Wettbewerbswirtschaft.<sup>902</sup>

Die Wettbewerbspolitik Österreichs nach dem Zweiten Weltkrieg lässt sich in knappster Form so zusammenfassen: Die Tendenz zu mehr Markt und Wettbewerb kann festgestellt werden, diese Entwicklung geht aber sehr langsam vor sich. Ein näheres vertragliches Verhältnis zu den EG oder gar der Beitritt zur EG könnte diese Entwicklung in Zukunft wesentlich beschleunigen.

### 3.4.2 Die rechtspolitische Entwicklung

Das deutsche Kartellrecht galt in Österreich nach dem 2. WK zuerst weiter.<sup>903</sup> Die damalige Administration störte daran weniger der wirtschaftslenkende Charakter dieser Vorschriften, als das Fehlen der im deutschen Kartellrecht vorgesehenen Verwaltungsorgane im wiedererstandenen Österreich.<sup>904</sup> In den

---

chungs- und Bankenpolitik lassen eine gewisse Änderung vermuten.

<sup>897</sup> Auch hier kommt es erst in den letzten Jahren, seit Beginn der SPÖ/ÖVP Koalitionsregierung, zu leichten Änderungen.

<sup>898</sup> ZB Artikelreihe: Konflikt und Konsens am Beispiel der Sozialpartnerbeziehungen in den WipolBl 1976, H 4.

<sup>899</sup> GewO Reform 1973 (BGBl 1974/50).

<sup>900</sup> Schüssel, Zu den wirtschaftspolitischen Positionen der österreichischen Volkspartei (ÖVP), in Abele / E. Nowotny / Schleicher / Winckler, Handbuch der österreichischen Wirtschaftspolitik (1981), 143.

<sup>901</sup> Ostleitner, Zu den Grundlagen der wirtschaftspolitischen Konzeption der Sozialistischen Partei Österreichs (SPÖ), in Abele / E. Nowotny / Schleicher / Winckler, Handbuch der österreichischen Wirtschaftspolitik (1981), 133; E. Nowotny / Tieber, Perspektiven '90, Sozialdemokratische Wirtschaftspolitik - Eine Diskussion (1985).

<sup>902</sup> Szecei / Wehsely, Alte Kartelle neu geprüft, Wirtschaft und Gesellschaft 1975, 33.

<sup>903</sup> H. Wilhelm, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen Österreichischen Rechtsentwicklung (1962), 49

<sup>904</sup> Orator, Das Kartellgericht, JBl 1950, 200; Serini, Kartelle und Kartellrecht, ÖJZ 1949, 592; H. Wilhelm, Die

Jahren der Verwaltung des Mangels wurde die Ausarbeitung eines neuen österreichischen Kartellrechts nicht als vorrangig angesehen. Erst auf Druck der Besatzungsmacht USA, die nach dem 2. Weltkrieg in ihrem Einflussgebiet eine gezielte Politik zur Einführung von Wettbewerbsrecht nach US-amerikanischem Muster betrieb, scheint auch in Österreich die Diskussion um ein Kartellgesetz in Gang gekommen zu sein.<sup>905</sup>

Das Bedarfsdeckungsstrafrecht<sup>906</sup>, ein typisches Nachkriegsgesetz, das sich vor allem gegen Schwarz- und Schleichhandel sowie vergleichbare Umtriebe richtete, enthielt die erste österreichische Kartellnorm, nach dem 2. Weltkrieg. Sie lautete:

„§ 8 (1) *Eines Vergehens macht sich schuldig:*

*a) wer sich in Machenschaften einläßt, die geeignet sind, den Preis von Bedarfsgegenständen zu steigern oder dessen Sinken zu verhindern,*

*b) wer mit Bedarfsgegenständen volkswirtschaftlich unnützen Zwischenhandel treibt oder eine volkswirtschaftlich unnütze Vermittlertätigkeit entfaltet (Kettenhandel).*

*(2) Dieses Vergehen wird mit strengem Arrest von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft. Neben der Freiheitsstrafe kann eine Geldstrafe bis zu S 250.000.- verhängt werden.*

Der Erl BMJ vom 19.6.1948, ZI 12032/48 bezeichnete diese Norm ausdrücklich als Maßnahme gegen „kartellartige Preismanipulation“.<sup>907</sup> Wurde durch solche „Machenschaften“ der Erfolg einer Preissteigerung tatsächlich erreicht, so lag gem § 9 BedarfsdeckungsstrafG ein Verbrechen vor.<sup>908</sup>

§ 8 BedarfsdeckungsstrafG schloss somit an frühere gesetzliche Regelungen an, die die negativen Auswirkungen von Kartellen durch Strafnormen verhindern wollten. Sie sollte nur grob ungerechtfertigte Preisentwicklungen verhindern und kann daher auch dem Preisrecht zugeordnet werden.

### **3.4.2.1 Das Kartellgesetz 1951**

Erst das KartG 1951<sup>909</sup> lässt direkte Parallelen und Vergleiche zu unserem geltenden Kartellrecht zu. Es hatte vor allem die Aufgabe, neue wirtschaftspolitische Vorstellungen in Rechtsnormen zu fassen und bildet somit ein wesentliches Beispiel zur Umsetzung von wirtschaftspolitischen Zielen durch Rechtsvorschriften.

Die Erl zur RV sprechen bereits eingangs davon, dass der Übergang von „staatlicher Befehlswirtschaft zur freien Wirtschaft“ nach 1945 auch die in Österreich ungelösten Probleme des Kartellrechts wieder vor Augen geführt habe.<sup>910</sup> Ziel des Gesetzes sollte sein, nicht alle Kartelle zu verbieten, sondern durch staatliche Aufsicht über Kartelle volkswirtschaftlich unerwünschte Auswirkungen zu verhindern. Dabei

---

Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1962), 51.

<sup>905</sup> Wank, Die alliierten Entflechtungsmaßnahmen - Politische und juristische Aspekte, in Pohl (Hrsg), Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 202.

<sup>906</sup> BGBl 1946/44, Kommentierte Ausgabe von Malaniuk (1948).

<sup>907</sup> Malaniuk, Bedarfsdeckungsstrafgesetz (1948), 22.

<sup>908</sup> Malaniuk, Bedarfsdeckungsstrafgesetz (1948), 23.

<sup>909</sup> BGBl 1951/173.

<sup>910</sup> 175 BlgNR 6. GP, 5.

wurde ausdrücklich festgestellt, dass Kartelle „mit Rücksicht auf ihre konjunkturausgleichende und marktstabilisierende Funktion nützlich und speziell im Außenhandel sogar unentbehrlich sein können.“<sup>911</sup> Ziel der Kartelle sei, langfristig gesehen, die Steigerung der Produktivität des jeweiligen Wirtschaftsbereiches.<sup>912</sup>

Die RV zum KartG 1951 wurde im Parlament noch einer eingehenden Umarbeitung unterzogen. Die Ziele des Gesetzes wurden nicht ausdrücklich verändert<sup>913</sup>, das wettbewerbspolitische Anliegen der Regierung ging aber offenbar weiter als aus dem dann beschlossenen Gesetz abzuleiten ist.

So waren nach der RV nur die Zusammenschlüsse von Kreditunternehmungen, Bausparkassen und privaten Versicherungsunternehmungen sowie die Zusammenschlüsse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Regelung von Arbeitsbedingungen vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen (§ 2 RV). Das dann beschlossene KartG 1951 war zusätzlich auf Verkehrsunternehmen, die der Wirtschaftsaufsicht unterstanden, auf Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, „soweit die Vereinbarung (§ 1) den Rahmen der Bestimmungen des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873, RGBl. Nr. 70, nicht überschreitet“ und auf Bindungen der Letztverkäufer im Buch-, Zeitschriften- und Musikalienhandel nicht anzuwenden.

§ 6 RV zum KartG 1951 lautete:

„§ 6 (1) Die Eintragung der Vereinbarung in das Kartellregister ist zu versagen, wenn sie geeignet ist:

- a) die Preise in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise zu steigern oder ihr Sinken zu verhindern;
- b) gesamtwirtschaftliche Interessen zu gefährden, oder
- c) den freien Wettbewerb bei Ausschreibung oder freihändiger Vergebung von Aufträgen des Bundes, der Länder oder der Gemeinden zu beschränken.

(2) Das gesamtwirtschaftliche Interesse ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn die Vereinbarung in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise:

- a) die Erzeugung oder den Absatz einschränkt;
- b) die wirtschaftliche Freiheit von Abnehmern oder Lieferanten durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Geschäftsbedingungen unbillig beeinflusst;
- c) die wirtschaftliche Tätigkeit durch Zwangsmittel beeinträchtigt und dadurch den Bestand von Unternehmungen oder Betrieben gefährdet, oder
- d) eine Senkung der Produktionskosten, die Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen oder Produktivitätsverbesserungen verhindert oder hemmt.

---

<sup>911</sup> 175 BlgNR 6. GP, 6.

<sup>912</sup> 175 BlgNR 6. GP, 6.

<sup>913</sup> AB: 382 BlgNR 6. GP.

(3) Die Eintragung der Vereinbarung ist ferner zu versagen, wenn sie keine Bestimmung enthält, wonach:

a) jeder Vertragsteil die Vereinbarung aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, Zahlung einer Konventionalstrafe oder Verfall von Sicherheiten kündigen kann;

b) auf Antrag der Aufsichtsbehörde Unternehmungen des gleichen Wirtschaftszweiges in das Kartell als gleichberechtigte Vertragsteilnehmer aufzunehmen sind. Solche Aufträge sollen den Vertragsteilnehmern nur dann erteilt werden, wenn gesamtwirtschaftliche oder handelspolitische Interessen dies erfordern.

(4) Auf Kartelle, die eine wirtschaftliche Benachteiligung der inländischen gegenüber den ausländischen Abnehmern zur Folge haben können, finden die Bestimmungen des Abs 1 lit b keine Verwendung, wenn die Bindung derartiger Kartelle handels- oder devisenpolitischen Interessen entspricht und wenn die Gültigkeit dieser Kartelle im Auftrag der Aufsichtsbehörde befristet wird.“

Die beschlossene Fassung lautete:

„§ 6 (1) Die Eintragung der Vereinbarung in das Kartellregister ist zu versagen, wenn sie geeignet ist:

- a) die Preise in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise zu steigern oder ihr Sinken zu verhindern;
  - b) gesamtwirtschaftliche Interessen zu gefährden, oder
  - c) den freien Wettbewerb bei Ausschreibung oder freihändiger Vergebung von Aufträgen des Bundes, der Länder oder der Gemeinden zu beschränken.
- (2) Das gesamtwirtschaftliche Interesse ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn die Vereinbarung in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise:
- a) die Erzeugung oder den Absatz einschränkt;
  - b) die wirtschaftliche Freiheit von Abnehmern oder Lieferanten durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Geschäftsbedingungen unbillig beeinflusst;
  - c) die wirtschaftliche Tätigkeit durch Zwangsmittel beeinträchtigt und dadurch den Bestand von Unternehmungen oder Betrieben gefährdet, oder
  - d) eine Senkung der Produktionskosten, die Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen oder Produktivitätsverbesserungen verhindert oder hemmt.
- (3) Die Eintragung der Vereinbarung ist ferner zu versagen, wenn sie keine Bestimmung enthält, wonach:
- a) jeder Vertragsteil die Vereinbarung aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, Zahlung einer Konventionalstrafe oder Verfall von Sicherheiten kündigen kann;
  - b) auf Antrag der Aufsichtsbehörde Unternehmungen des gleichen Wirtschaftszweiges in das Kartell als gleichberechtigte Vertragsteilnehmer aufzunehmen sind. Solche Aufträge sollen den Vertragsteilnehmern nur dann erteilt werden, wenn gesamtwirtschaftliche oder handelspolitische Interessen dies erfordern.
- (4) Auf Kartelle, die eine wirtschaftliche Benachteiligung der inländischen gegenüber den ausländischen Abnehmern zur Folge haben können, finden die Bestimmungen des Abs 1 lit b keine Ver-

*wendung, wenn die Bindung derartiger Kartelle handels- oder devisenpolitischen Interessen entspricht und wenn die Gültigkeit dieser Kartelle im Auftrag der Aufsichtsbehörde befristet wird.*

Wenn man die RV zum KartG 1951 mit der beschlossenen Fassung vergleicht, fällt auf, dass in der parlamentarischen Verhandlung die Abfolge der Gründe für eine Versagung der Eintragung einer Vereinbarung in das Kartellregister geändert wurde. Zuerst wurden in der endgültigen Fassung die formalen Gründe genannt, die eine Eintragung verhindern, dann wurde eine, im Verhältnis zur RV erweiterte Norm über den inneren Kartellzwang eingefügt und dann erst die zentralen Aussagen zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartelles aufgenommen. Gerade in diesem zentralen Punkt, nämlich der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells, unterscheiden sich die RV und das beschlossene Gesetz wesentlich.

§ 6 RV versuchte, einige Gruppen von schädlichen Kartellarten zu beschreiben. Aus heutiger Sicht fällt vor allem auf, dass dabei zwischen volkswirtschaftlichen und gesamtwirtschaftlichen Gründen unterschieden wurde. Nach der beschreibenden Definition des § 6 Abs 2 RV bestanden gesamtwirtschaftliche Interessen aus einer Zusammenfassung betriebswirtschaftlicher Interessen von Unternehmen, während die volkswirtschaftlichen Interessen auch die Interessen der Marktgegenseite, der Konsumenten und anderer Gruppen, beinhalteten. Daher wurde wohl in § 6 Abs 1 lit a RV bei der Überprüfung der Frage, ob Preise durch eine Vereinbarung gesteigert oder ihr Sinken verhindert werden konnte, auf die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Erwägungen hingewiesen, diesem Beurteilungselement aber die gesamtwirtschaftlichen Interessen, das waren wohl nur die Interessen der Unternehmen, entgegengesetzt.

Ferner sollte auch der *"freie Wettbewerb bei Ausschreibung oder freihändiger Vergebung von Aufträgen des Bundes, der Länder oder der Gemeinden"* geschützt werden (§ 6 Abs 1 lit c RV). Im Vergleich zu diesem Konzept der RV, war der Inhalt des dann verabschiedeten KartG 1951, viel bescheidener. § 6 Abs 1 lit c RV lautete nämlich:

*„5. wenn die Vereinbarung geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten nicht gerechtfertigten Weise*

- a) die Preise (Entgelte) der von der Vereinbarung erfaßten Sachgüter oder Leistungen zu steigern oder ihr Sinken zu verhindern, oder*
- b) die Erzeugung oder den Absatz solcher Sachgüter oder die Erbringung solcher Leistungen zu beschränken.“*

Dagegen wurde § 12 Abs 3 KartG 1951 so beschlossen:

*(3) Besteht eine Vereinbarung nur darin, daß der Erzeuger einen oder mehrere Angehörige einer oder aller nachfolgenden Wirtschaftsstufen mittels eines Reverssystems an gleiche Kleinverkaufspreise für Markenschutz genießende Waren (BGBl 206/1947) gleicher Beschaffenheit bindet, so ist bei Prüfung dieser Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt des Abs 2 Z 5 zu berücksichtigen, daß sie nicht schon an sich als wirtschaftlich ungerechtfertigt anzusehen ist.*

Auch in Bezug auf die Kompetenz zur Vollziehung des KartG 1951 unterschied sich die RV vom dann beschlossenen Gesetz. Nach der RV sollte es vom BM für Handel und Wiederaufbau vollzogen werden.

Dabei sollte ein sozialpartnerschaftlicher Beirat, die Kartellkommission, beratend tätig werden.

Der AB zählt gleich zu Beginn die im Vergleich zur RV geänderten Bestimmungen auf:<sup>914</sup>

*„1. Der Katalog der Ausnahmen vom Kartellgesetz wurde wesentlich erweitert.*

*2. Die Entscheidung über die Eintragung einer Vereinbarung in das Kartellregister wurde einem besonderen Gericht (Kartellkommission) übertragen, das im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden hat.*

*3. Zur Wahrung der öffentlichen Interessen wurde der Finanzprokurator im Verfahren Parteistellung eingeräumt. Aus dem gleichen Grunde ist vorgesehen, daß die im neuen Gesetzentwurf genannten Interessenvertretungen in einem beschränkten Umfang dem Verfahren beizuziehen sind.*

*4. Die Gründe, aus denen die Eintragung einer Vereinbarung versagt wird, sind konkretisiert und taxativ aufgezählt.*

*5. Die Vollziehung wird grundsätzlich dem Bundesministerium für Justiz übertragen.“*

Bei dieser Aufzählung wurde nicht erwähnt, dass auch bei der wichtigsten Bestimmung zur Zulassung von Kartellen, nämlich bei § 12 Abs 2 Z 5 KartG 1951 eine Verschiebung der Schwerpunkte erfolgte. Es wurde nämlich, ohne den Grund dafür näher zu erläutern, auf die Unterscheidung zwischen gesamtwirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Rechtfertigungsgründen verzichtet und wohl im Begriff „*gesamtwirtschaftlich*“ der nun ausschließlich verwendet wurde auch das volkswirtschaftliche Element im Sinne der RV verstanden. Das wird daraus deutlich, dass auch die Entwicklung von Preisen unter „*gesamtwirtschaftlichen*“ Aspekten zu sehen ist.

Dazu führen die Erl des AB aus:<sup>915</sup>

*„Demnach ist die Eintragung zu versagen, wenn die Vereinbarung die Eignung in sich trägt, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten nicht gerechtfertigter Weise jene Wirkungen hervorzurufen, die unter lit a und lit b angeführt sind. Das Schwergewicht liegt in der Bedachtnahme auf die Interessen der Gesamtwirtschaft, wobei aber nebenbei auf die wirtschaftlichen Notwendigkeiten der einzelnen dem Kartell angehörenden Betriebe Rücksicht zu nehmen ist. Es ergibt sich also daraus, daß ein Versagungsgrund nicht gegeben ist, wenn die Vereinbarung zwar die in lit a und lit b angeführten Wirkungen herbeiführen kann, solche Wirkungen aber in Anbetracht der Gesamtwirtschaft im Zusammenhang mit den gerechtfertigten Erfordernissen der einzelnen Unternehmungen in Kauf genommen werden können.“*

Die Begünstigung der Exportwirtschaft wurde ebenfalls nicht in das KartG 1951 aufgenommen. § 6 Abs 4 RV lautete:

*„Auf Kartelle, die eine wirtschaftliche Benachteiligung der inländischen gegenüber den ausländischen Abnehmern zur Folge haben können, finden die Bestimmungen des Abs 1 lit b keine Anwendung, wenn die Bindung derartiger Kartelle handels- oder devisenpolitischen Interessen entspricht und wenn die*

---

<sup>914</sup> 382 BlgNR 6. GP, 1.

<sup>915</sup> 382 BlgNR 6. GP, 1.

*Gültigkeit dieser Kartelle im Auftrag der Aufsichtsbehörde befristet wird.“*

Ebenso entfiel die Norm des § 6 Abs 1 lit c RV - das ausdrückliche Verbot von Submissionskartellen ua. Dagegen wurde eine Begünstigung der Markenartikelhersteller eingeführt - § 12 Abs 3 KartG 1951:

*„...besteht eine Vereinbarung nur darin, daß der Erzeuger einen oder mehrere Angehörige einer oder aller nachfolgenden Wirtschaftsstufen mittels eines Reverssystems an gleiche Kleinverkaufspreise für Markenschutz genießende Waren (BGBl 206/1947) gleicher Beschaffenheit, so ist bei Prüfung dieser Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt des Abs 2 Z 5 zu berücksichtigen, daß sie nicht schon an sich als wirtschaftlich ungerechtfertigt anzusehen ist.“*

Nur in den Erl zu dieser Norm wurde im AB auf die Interessen der Konsumenten hingewiesen und diese Interessen als relevant bezeichnet.

§ 13 Abs 7 RV wurde ebenfalls wesentlich verändert. Die RV sah vor, dass bei Stimmengleichheit bei der Abstimmung über ein Gutachten in der Kartellkommission, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einer Vereinbarung nicht gegeben sei. Im Zweifel war somit im Gutachten gegen die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartelles zu entscheiden.

§ 15 KartG 1951, der die Abstimmungserfordernisse in der Kartellkommission dann regelte, schrieb demgegenüber vor, dass bei der Abstimmung über ein Gutachten, das über die Frage der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells zu urteilen hatte, eine Mehrheit von 3/4 der Stimmen notwendig war, um die Eintragung zu versagen. Es war also nach den Normen des beschlossenen Gesetzes im Zweifel die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartells anzunehmen und nicht das Gegenteil wie in der RV.

Die Vollziehung des Gesetzes sollte laut RV durch eine Verwaltungsbehörde erfolgen, die auch die laufende Aufsicht über Kartelle hätte haben sollen. Das KartG 1951 sah demgegenüber die Vollziehung des Gesetzes durch Gerichte vor.<sup>916</sup>

Zusammenfassend lässt sich die wesentliche Zielrichtung des KartG 1951 so beschreiben: Das Ziel eine

---

<sup>916</sup> Pütz, WuW 1952, 594 (596 ff) beschreibt die politische Diskussion um das KartG 1951 so: *„Die Schaffung des Kartellgesetzes war mit langwierigen und schwierigen Verhandlungen verbunden, in denen die grundsätzlich verschiedenen Auffassungen der beiden Koalitionsparteien (Österreichische Volkspartei und Sozialistische Partei Österreichs) zum Ausdruck kamen und schließlich in einer typischen Kompromißlösung ausgeglichen wurden. Die ÖVP-Fraktion nahm den Standpunkt ein, daß man sich vorläufig mit einer Erfassung und Registrierung der Kartelle begnügen sollte, um auf diese Weise zuerst einmal einen Überblick über die gesamten Verhältnisse zu gewinnen und dann späterhin eventuell notwendig erscheinende Kartellvorschriften festzulegen. Die SPÖ-Fraktion bestand dagegen mit Erfolg auf der sofortigen Festlegung von Maßnahmen, die es ermöglichen sollten, „schädliche“ Kartelle aufzulösen und neu zu errichtenden Kartellen die Registrierung zu versagen. Die Besatzungsmächte haben auf die Schaffung des Kartellgesetzes keinen zwingenden Einfluß genommen. Doch hat der amerikanische Vertreter im alliierten Kontrollrat, interessanterweise in Übereinstimmung mit dem russischen Vertreter, das Kartellgesetz am 17.8.1951 abgelehnt. Diese Ablehnung ist rechtlich bedeutungslos, weil das Kartellgesetz kein verfassungsänderndes Gesetz ist, und nur eine einstimmige Ablehnung durch den alliierten Kontrollrat das Inkrafttreten hätte verhindern können. Die Ablehnung durch den amerikanischen Vertreter wurde im wesentlichen damit begründet, daß das Kartellgesetz die Kartelle offiziell zwar kontrollieren solle, de facto aber ihre Legalisierung bedeute. Im Vergleich zu der Intensität und Breite der öffentlichen Diskussion des deutschen Kartellgesetzentwurfes in der westdeutschen Bundesrepublik hat die breitere Öffentlichkeit in Österreich wenig Anteil an der Vorbereitung des Kartellgesetzes genommen und relativ sehr geringes Interesse an dem vom Nationalrat beschlossenen Kartellgesetz gezeigt. Auch die Beteiligung und Heranziehung der wissenschaftlichen Institutionen und Persönlichkeiten war schwach und trat öffentlich kaum in Erscheinung.“*

leistungsstarken Wirtschaft aufzubauen, was vor allem durch Erhöhung der Produktivität erreicht werden sollte, stand im Vordergrund.<sup>917</sup> Kartelle wurden zur Erreichung dieses Zieles als durchaus geeignet angesehen. Ihre Untersagung durch verschiedene in der parlamentarischen Behandlung vorgenommene Abänderungen im Vergleich zu den in der RV vorgesehenen Regelungen erschwerte. Auch das Interesse der Abnehmer an einem möglichst niedrigen Preis wurde offenbar dem Ziel der Produktivitätssteigerung untergeordnet. Das galt ausdrücklich für die Vertriebssysteme der Markenartikelwirtschaft.

Das KartG 1951 wurde durch die 3. KartG-Novelle umfangreich verändert.<sup>918</sup> Alle neuen Bestimmungen wurden erst im JA des Nationalrats eingebracht.<sup>919</sup> Die Änderungen reichten von der Definition der Kartelle bis zur Schaffung der beiden besonderen Gerichte, nämlich dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht.

§ 12 KartG 1951 wurde entscheidend verändert. Die Kriterien zur Entscheidung der Eintragungsbewilligung wurden in § 12 Z 5 KartG idF der 3. Novelle im Vergleich Fassung des KartG 1951 reduziert. Die Bestimmung lautete nun:

*„Die Eintragung ist zu bewilligen, wenn sämtliche der nachfolgenden Voraussetzungen zutreffen: ...*

*5. Die Vereinbarung gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt erscheint. Dabei ist auch auf etwaige schwerwiegende betriebliche Nachteile Bedacht zu nehmen, die den Kartellteilnehmern dadurch entstehen könnten, daß die Eintragung nicht bewilligt wird.“*

Die Entscheidung zur Zulassung eines Kartelles sollte somit vor allem aus gesamtwirtschaftlichen Gründen erfolgen dürfen. Die Erl des JA führten dazu aus:

*„Die bisherigen Kartellverfahren haben gezeigt, daß die Kartelle, die Sachverständigen und die Kommissionen fast ausschließlich betriebswirtschaftliche Argumente herangezogen haben, um das Kartell zu rechtfertigen. Auf die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse wurde sowohl in den Gutachten der Sachverständigen als auch in den Entscheidungen der Kommissionen des Kartellrechts zu wenig Bedacht genommen. Deshalb wurde § 12 Abs 1 Z 5 bisherige Fassung neu gefaßt; durch die neue Fassung soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Gerichte des Kartellrechtes bei ihrer Entscheidung in erster Linie auf die Gesamtwirtschaft Rücksicht zu nehmen haben. Die Eintragung ist nur dann zu bewilligen, wenn die Vereinbarung gesamtwirtschaftlich gesehen gerechtfertigt erscheint. Bei der Prüfung dieser Frage haben die Gerichte auf betriebliche Nachteile, die allen Kartellteilnehmern dadurch entstehen können, daß die Eintragung nicht bewilligt wird, erst Bedacht zu nehmen, sofern diese betrieblichen Nachteile schwerwiegend sind“.*<sup>920</sup>

Die Sonderregeln für Markenartikel (§ 12 Abs 3 KartG 1951) wurden aufgehoben, bzw zT durch § 12c KartG idF 3. Novelle wie folgt ersetzt:

*„Bei Vereinbarungen über den Alleinverkauf, den Alleinvertrieb oder die Alleinauslieferung von Waren (Leistungen) zwischen Unternehmungen gleicher Wirtschaftsstufe hat das Kartellgericht insbesondere*

<sup>917</sup> Erl zur RV, 175 BlgNR 6. GP, 6: Kamitz im Vorwort zu Endler / Landau, Kommentar zum Kartellgesetz (1952), 4.

<sup>918</sup> BGBl 1958/136.

<sup>919</sup> 481 BlgNR 8. GP.

<sup>920</sup> 481 BlgNR 8. GP, 3.

*darauf Bedacht zu nehmen, daß bei diesen Vereinbarungen das wirtschaftspolitische Gewicht vor allem auf den Übernahmsquoten, Übernahms- und Abgabepreisen liegt.“*

§ 15 KartG 1951 in der Fassung vor der 3. Novelle (3/4 Mehrheit für negatives Gutachten erforderlich, das Voraussetzung für eine Nichteintragung eines Kartells in das Kartellregister war) entfiel.

Auch durch Wegfall des § 15 KartG 1951 wurde klar, dass wirtschaftspolitische Maßnahmen gegen Kartelle im Vordergrund der jeweiligen Entscheidung stehen sollten.

Im Straftatbestand des § 24 KartG idF 3. Novelle blieb das Tatbestandselement der Preisbeeinflussung im Gegensatz zu den Interessen der Gesamtwirtschaft hingegen erhalten.<sup>921</sup>

Die Wiederverlautbarung des KartG im Jahre 1959<sup>922</sup> konnte den Gesetzgeber nicht davon abhalten, bereits 1962 wieder eine umfangreiche Novelle zum KartG zu erlassen.<sup>923</sup> Wie die bisher beschriebenen Novellen, brachte auch die 4. KartG-Novelle Änderungen in dem hier interessierenden Bereich. Hauptanliegen der Novelle war, das KartG 1959 „*wirksamer zu gestalten*“.<sup>924</sup>

Die wesentlichste Bestimmung dieser Novelle ist nach den Ausführungen der RV eine Änderung des § 18 Z 5 KartG 1959. Dieser Absatz sollte nun so lauten:

*...5. die Vereinbarung unter besonderer Bedachtnahme auf die Interessen der Letztverbraucher volkswirtschaftlich gerechtfertigt erscheint. Dabei ist auch auf etwaige schwerwiegende betriebliche Nachteile Bedacht zu nehmen, die den Kartellteilnehmern dadurch entstehen könnten, daß die Eintragung nicht bewilligt wird.“*

Die Erl zur RV führten dazu aus:

*„§ 18 Z 5 geltender Fassung ist vom Kartellobergericht seit dem Inkrafttreten der 3. Kartellgesetznovelle, welche dieser Bestimmung die jetzige Fassung gegeben hat, nur ein einziges Mal angewendet worden (Beschluß vom 12. Oktober 1961, ÖBl 1962 S 19); es läßt sich daher derzeit nicht sagen, ob die Praxis zu dieser Bestimmung befriedigt oder nicht. Der Begriff „Gesamtwirtschaft“ könnte jedoch möglicherweise dahin verstanden werden, daß nur auf Wirtschaftssubjekte Bedacht zu nehmen ist, die in Unternehmerfunktion am Wirtschaftsleben teilnehmen, nicht aber auch auf die Interessen der Letztverbraucher. Aus diesem Grund ist ausdrücklich ausgesprochen worden, daß bei der Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells auf die Interessen der Letztverbraucher besonders Bedacht zu nehmen ist, und weiters der Begriff „Gesamtwirtschaft“ in Übereinstimmung mit § 3 Abs 2 des Preisregulierungsgesetzes, BGBl 151/1957, und des Entwurfes für ein neues Strafgesetz durch den Ausdruck „Volkswirtschaft“ ersetzt worden.“<sup>925</sup>*

Der JA bekräftigte diese Stellungnahme so:

*„Der der Ausschußberatung zugrunde gelegene Entwurf einer 4. Kartellgesetznovelle hat einen ver-*

---

<sup>921</sup> vgl § 129 Abs 1 KartG 1988.

<sup>922</sup> BGBl 1959/272.

<sup>923</sup> BGBl 1962/174.

<sup>924</sup> 651 BlgNR 9. GP.

<sup>925</sup> 651 BlgNR 9. GP, 11.

*stärkten Schutz der Interessen der Letztverbraucher und eine Ausgestaltung der Rechtsschutzbestimmungen für Kartellunterworfenen zum Gegenstand.*<sup>926</sup>

Die 4. KartG-Novelle enthält ferner eine interessante Verbindung zum Preisrecht: Gem § 13 Abs 3 lit f war als zusätzlicher notwendiger Bestandteil bei der Anmeldung eines Kartelles beim Kartellregister folgende Angabe vorzulegen:

*„Angaben darüber, ob die den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Waren oder Leistungen dem Preisregelungsgesetz 1957, BGBl 151, unterliegen und ob für diese Waren oder Leistungen amtliche Preise bestehen.“*

Die 4. KartG-Novelle stellte auch eine Verbindung zum Gewerberecht her. Nach der E KOG 12.10.1961 – Fotokartell,<sup>927</sup> legte § 18 Z 3 lit b KartG 1959 in der Fassung der 4. KartG-Novelle fest, dass die Eintragung einer Vereinbarung in das Kartellregister nicht zu bewilligen sei, wenn sie die Bestimmung enthält, Personen oder Personengruppen trotz ihrer Bereitwilligkeit vom Kartell vorgeschriebene Bewilligungen zu erfüllen, nicht aufzunehmen. Solche Anforderungen an die fachliche Befähigung von potentiellen Kartellteilnehmern durften nicht über bestehende Rechtsvorschriften hinausgehen.<sup>928</sup>

Die GewO 1973<sup>929</sup> stellte später, wirtschaftlich gesehen, den Zustand vor der 4. KartG-Novelle wieder her, weil die Antrittsvoraussetzungen für den Fotohandel im Vergleich zur GewO 1859 verschärft wurden.<sup>930</sup> Der Fotohandel wurde in der GewO 1973 ein Sonderhandelsgewerbe gem § 103 Abs 1 lit b Z 18 GewO 1973. Als Antrittsvoraussetzung wurden die Lehrabschlussprüfung in einem Handelsgewerbe oder eine entsprechende Schulausbildung und eine mindestens 2jährige kaufmännische Tätigkeit, wobei mindestens 1 Jahr im Fotohandel zurückgelegt werden musste, vorgeschrieben.<sup>931</sup>

Weiters ist für die wirtschaftspolitische Analyse der Novelle bedeutsam, dass Verbandsempfehlungen einem Anmeldeverfahren unterzogen werden mussten und erstmals Vorschriften zur Erfassung marktbeherrschender Unternehmen vorgesehen wurden.

Die 5. KartG Novelle<sup>932</sup> brachte im hier wesentlichen Bereich zwei Korrekturen, einmal Erleichterungen zur Schaffung von Normungs- und Rationalisierungskartellen (§ 17 Abs 2 KartG idF 5. Novelle) und die gesetzliche Voraussetzung zur Erlassung sogenannter Nettopreisverordnungen (§ 36 Abs 1 KartG idF 5. Novelle). Hier besonders interessant ist aber, dass die Erl zur RV als Grund der Novelle ausdrücklich ein neues wirtschaftliches Konzept der Bundesregierung, den sogenannten Koren-Plan, angab.<sup>933</sup>

---

<sup>926</sup> 662 BlgNR 9. GP, 1.

<sup>927</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962), E 38 (Fotokartell).

<sup>928</sup> Mayer-Maly, Fachhandelsbindung und Kartellrecht in FS Kastner (1972), 299 (300); H. Wilhelm, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen Rechtsentwicklung (1962), 179; 651 BlgNR 9. GP, 11 weist als Erklärung der Bestimmung auf die E des KOG 12.10.1961 hin.

<sup>929</sup> BGBl 1974/50.

<sup>930</sup> § 13b Abs 2 GewO 1859 - sog kleiner Befähigungsnachweis. Voraussetzung dafür war: 3jährige Verwendung, davon 2 Jahre in dem betreffenden Handelszweig; keine Lehre.

<sup>931</sup> § 2 VO vom 25.6.1974, BGBl 1974/366.

<sup>932</sup> BGBl 1968/241.

<sup>933</sup> 866 BlgNR 11. GP, 2.

### 3.4.2.2 Das KartG 1972

Das KartG 1972 ist eines der besten Beispiele für die Abhängigkeit wettbewerbsrechtlicher Normen von den wirtschaftspolitischen Vorgaben der gerade tätigen Regierung.

Die EB zur RV<sup>934</sup> beginnen mit der Bemerkung:

*„Österreich steht vor dem wirtschaftspolitisch wichtigsten Schritt seit dem Ende des 2. Weltkriegs, nämlich dem Entstehen einer Freihandelszone zu den Europäischen Gemeinschaften, der EWG und der Montan-Union.“*

Es werden dann ausführlich die wettbewerbsrechtlichen Inhalte der Freihandelsverträge Österreichs mit der EWG und der EGKS beschrieben und die Art 23 öEWGAbk und Art 19 öEGKSAbk wörtlich zitiert. Die EB schließen zu diesem Punkt mit der Bemerkung, das neue KartG werde ein „*Begleitgesetz*“ zu den Verträgen mit den EG sein.<sup>935</sup>

Neben diesem Anlass für die Neufassung des österreichischen Kartellrechts sei nach den Erl zur RV ein Hauptziel des vorgeschlagenen Gesetzes, *„den Wettbewerb durch strengere Behandlung von wirtschaftspolitisch bedeutsamen Kartellen zu fördern, andererseits aber die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit soweit sie zu einer Erhöhung der Produktivität führt, zu begünstigen und Kartelle, denen wirtschaftspolitisch nur geringes Gewicht zukommt, weniger streng als bisher zu behandeln.“*<sup>936</sup>

Dann wurde in der RV ein Gutachten des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen zitiert, das mangelnden Wettbewerb als einen Grund für Preis- und Kostenauftrieb in Österreich feststellte.<sup>937</sup> In diesem Gutachten wiederum wird ein Inflationsbericht der OECD zitiert, der eine *„breit und umfassend konzipierte Wettbewerbspolitik“* als notwendigen Teil eines wirksamen preispolitischen Instrumentariums ansieht.<sup>938</sup>

Zuletzt wurde in den allgemeinen Bemerkungen zu dem neuen KartG auf den inhaltlichen Zusammenhang mit dem PreisbestimmungsG 1972, besonders auf dessen § 2 Abs 1 letzter Satz,<sup>939</sup> hingewiesen.

Das primäre wirtschaftspolitische Ziel, das nach den EB zur RV mit dem KartG 1972 verfolgt werden sollte, war somit die Annäherung bzw teilweise Übernahme des EG-Wettbewerbsrechts.<sup>940</sup> Im Vergleich zum KartG 1959 wurden insbesondere folgende Neuerungen vorgenommen:

- Neufassung des Kartellbegriffs;
- Klarstellung bestimmter Ausnahmen vom KartG - zB Bagatellkartell, zwischenbetriebliche Zusammenarbeit;
- Neufassung der Kriterien der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung, wesentlich: die Bezugnahme auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs aus den Freihandelszonenverträgen;

---

<sup>934</sup> 473 BlgNR 13. GP, 23.

<sup>935</sup> 473 BlgNR 13. GP, 24.

<sup>936</sup> 473 BlgNR 13. GP, 24.

<sup>937</sup> Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Gutachten über den Preis- und Kostenauftrieb (1972), 51, 84.

<sup>938</sup> Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Gutachten über den Preis- und Kostenauftrieb (1972), 24.

<sup>939</sup> BGBl 1972/271.

<sup>940</sup> Die Übernahme des europäischen Wettbewerbsrechts wird in der Folge noch gesondert behandelt werden. Abschnitt 3.4.6 – 3.4.8.

- Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen; demgegenüber verpflichtete das KartG 1959 nur zu einer - sanktionslosen - Erfassung dieser Unternehmen;
- Anmeldepflicht für bestimmte Zusammenschlüsse als Nukleus einer Fusionskontrolle.<sup>941</sup>

Die folgenden Novellen zum KartG 1972 hatten keine Bedeutung für die Erforschung der volkswirtschaftlichen Ziele der österreichischen Wettbewerbspolitik. Der Entfall wesentlicher Teile des § 24 Abs 2 KartG 1972 durch die Novelle BGBl 1980/247 war nach meiner Meinung lediglich ein legislatives Versehen und kann daher nicht Grundlage für rechtliche Schlüsse über die Bedeutung bestimmter Ziele des KartG 1972 abgeben.<sup>942</sup>

### 3.4.2.3 Das Kartellgesetz 1988

Das Kartellgesetz 1988<sup>943</sup> gliederte den Gesetzestext neu, die hier interessierenden Bestimmungen zur volkswirtschaftlichen Ausrichtung des Gesetzes wurden jedoch nur geringfügig geändert.<sup>944</sup> Die Erl zur RV<sup>945</sup> führten dazu aus, dass sich die Voraussetzungen für eine Genehmigung eines Kartelles im Verhältnis zum KartG 1972 nicht geändert hätten.

Diese Aussage war nur oberflächlich gesehen richtig.<sup>946</sup> Es wurde nämlich der durch § 18 Z 2 EFTA-Spanien-Durchführungsg<sup>947</sup> derogierte Teil des § 24 Abs 2 KartG 1972 nicht einfach wieder in den Gesetzestext aufgenommen, sondern der Akzent der Norm anders gesetzt. Bis zur Derogierung des relevanten Normteiles war zu prüfen, ob im Fall einer Nichteintragung den Kartellmitgliedern „*schwerwiegende betriebliche Nachteile*“ entstehen könnten. Nach der Änderung ist im Zulassungsverfahren darauf Bedacht zu nehmen „*ob das Kartell zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile notwendig ist*“. Die veränderte Formulierung wird wohl Auswirkungen haben. Es ist zu erwarten und wohl auch beabsichtigt, dass die veränderten Bestimmungen die Genehmigung eines Kartelles erschweren werden.<sup>948</sup> Für diese Annahme sprechen auch andere Verschärfungen im KartG 1988. ZB dürfen Kartelle gem § 24 Abs 1 KartG 1988 nur mehr auf bestimmte Dauer und zwar auf höchstens 5 Jahre genehmigt werden. Ferner sieht § 66 KartG 1988 vor, dass dem Kartellbevollmächtigten aufgetragen wird, jährlich einen Bericht über die für die volkswirtschaftliche Beurteilung maßgeblichen Umstände abzugeben.

§ 23 Kart 1988 wurde auch noch durch einen Abänderungsantrag im Nationalrat verändert. Preisbindungen, die unter den Kartellbegriff des KartG 1988 fallen, sollen keinesfalls volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, „*wenn die einzelne Spanne die üblicherweise durchschnittlich gewährten überschreiten*“. Wie solche üblicherweise durchschnittlich gewährte Spannen zu ermitteln sein werden, ist dem AB

<sup>941</sup> 473 BlgNR 13. GP, 36.

<sup>942</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 197. Die EB zur RV des KartG 1988 wollen den Eindruck erwecken, BGBl 1980/247 hätte bewusst wesentliche Teile des § 24 Abs 2 KartG 1972 beseitigt. Dazu kritisch Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (117).

<sup>943</sup> BGBl 1988/600.

<sup>944</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (114); Straberger, Kartellgesetz 1988 - Neuerungen und Zweifelsfragen, WBl 1989, 27.

<sup>945</sup> 633 BlgNR 17. GP, 29.

<sup>946</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (117).

<sup>947</sup> BGBl 1980/247.

<sup>948</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (117); Straberger, Das Kartellgesetz 1988, MR 1988, 148.

<sup>949</sup> leider nicht zu entnehmen.

#### **3.4.2.4 Ergebnis**

Die Entwicklung der Kartellgesetzgebung nach dem 2. Weltkrieg lässt den Zusammenhang zwischen den wirtschaftspolitischen Zielen der jeweiligen Regierung und den Vorschriften zur rechtlichen Zulässigkeit von Kartellen deutlich erkennen.

So schrieb das KartG 1951 eine möglichst zurückhaltende Beurteilung der Schädlichkeit von Kartellen vor, weil man annahm, dass Kartelle im Interesse eines Aufbaus der österreichischen Wirtschaft wirken würden. Man erwartete sich mit einer solchen Politik nicht nur Rationalisierungseffekte in verschiedenen Branchen, sondern auch Produktionsausweitungen durch eine geschützte Wirtschaft. Die Kapitalbildung erschien damals volkswirtschaftlich gesehen wichtiger als möglichst niedrige Produktpreise. Diese wirtschaftspolitische Zielrichtung änderte sich nur langsam in Richtung Aufsicht über die Auswirkungen der Kartelle. Die Novellen zum KartG 1951 geben dafür Zeugnis.

Die Veränderung der wirtschaftspolitischen Einstellungen wurde juristisch durch das KartG 1972 nachvollzogen. Die europäische Integration verlangte unverfälschten und unbeschränkten Wettbewerb, das Kartellrecht musste entsprechend verschärft werden. Der Schutz der Konsumenten wurde zu einem volkswirtschaftlichen Ziel, daher berücksichtigten die dem KartG 1972 folgenden Novellen auch die Interessen der Konsumenten als eigenständiges Ziel des Kartellrechts.

Das KartG 1988 veränderte die grundlegenden Wertungen des KartG 1972 nicht. Es ist lediglich zu bemerken, dass bei der Prüfung der Rechtfertigung von Kartellen die Interessen der gesamten Volkswirtschaft stärker zu berücksichtigen sind als zuvor.

### **3.4.3 Rechtsprechung**

Obwohl die RSp zum KartG in den letzten Jahren stagnierte, kann im Zeitraum nach dem 2. Weltkrieg doch auf eine relativ umfangreiche RSp verwiesen werden, die Aussagen zu den hier interessierenden Fragestellungen aufweist.

#### **3.4.3.1 Unmittelbare Aussagen zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen**

##### **3.4.3.1.1 KartG 1951**

Die E der KOK 5.5.1952<sup>950</sup> enthielt folgende Aussagen:

- die Eintragung eines Kartells darf nicht verweigert werden, weil es für überflüssig erachtet wird.
- Die mögliche preissteigernde Wirkung eines Kartelles kann nur dann Untersagungsgrund sein, wenn die Preissteigerung durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten nicht gerechtfertigt ist.
- Zur volkswirtschaftlichen Beurteilung eines Kartells ist auch der Einfluss auf die Betriebswirtschaften der Abnehmer zu ermitteln.

---

<sup>949</sup> 717 BlgNR 17. GP, 3.

<sup>950</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958), E 2.

Die E KOK 30.6.1952<sup>951</sup> hielt fest:

- Dumpingmaßnahmen eines Kartells im Ausland sind kein Grund für dessen Untersagung.
- Wenn andernfalls nicht exportiert werden kann, „*muß jeder Inlandsfirma ein so großer Inlandsgewinn gesichert sein, daß sie im Ausland zu Dumpingpreisen verkaufen kann.*“
- Der „*streng liberale*“ Standpunkt, eine Preissenkung sei durch „*Niederkämpfung*“ der schwächeren Betriebe möglich, könnte nur um den Preis erkämpft werden, dass viele Beschäftigte ihre Arbeit verlören und Ausgaben für Produktionserweiterungen teilweise wertlos werden würden. Solche Grundsätze würden aber dem KartG nicht zugrunde liegen.
- Mit dem KartG soll Stabilisierung der Wirtschaft erreicht werden, auch um den Preis einer kartellgelenkten Wirtschaft.
- „*Der Konsumentenschutz darf nicht auf Kosten der in den kartellierten Betrieben Beschäftigten übertrieben werden.*“

Die E KOK 10. 12.1953<sup>952</sup> enthielt die Aussage:

- Wenn bei einem eingetragenen Konditionenkartell bestehende Rabattsätze erhöht werden sollen, ist zu prüfen, ob die Erhöhung wirtschaftlich gerechtfertigt ist.
- Dies ist anders zu ermitteln als bei der ersten Eintragung des Konditionenkartells. Bei der Ersteintragung des konkret zu beurteilenden Kartell wurde nämlich angenommen, dass Höchststrabatte nie preissteigernde Wirkung hätten.<sup>953</sup>

Die E KOK 21.1.1954<sup>954</sup> führte aus:

- Ein Quotenkartell ist auch dann gerechtfertigt, wenn wirtschaftlich schwächere Unternehmen dadurch am Leben erhalten werden.
- Die Vermeidung von Arbeitslosigkeit ist höher zu bewerten, als ein möglicher niederer Preis.
- Die Sicherung der Aufrechterhaltung der schwächeren Betriebe entspricht daher einer im Interesse der Konsumenten gelegenen Wirtschaftspolitik, um der Tendenz einer Monopolbildung entgegenzuwirken.

Die E KOK 4.2.1954<sup>955</sup> traf die Feststellung:

- Marktpreise sind keine Kostenpreise,
- im Rahmen einer Mischkalkulation darf für technisch überholte Geräte ein relativ hoher Rabatt an Wiederverkäufer gewährt werden.

Die E KOK 14.7.1954<sup>956</sup> beschäftigte sich mit dem Papierkartell und stellte fest:

- Die Papierindustrie sei einer der wichtigsten Devisenbringer. Die Hochhaltung der Inlandspreise

---

<sup>951</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 4.

<sup>952</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 10; Kommentar zu dieser E von Schönherr in ÖBl 1954, 32.

<sup>953</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 7.

<sup>954</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 11 (Preßhefe).

<sup>955</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 12.

<sup>956</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz <sup>2</sup> (1958), E 13 (Papierkartell).

sei zur Sicherung des Exports notwendig und daher gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt.

- Bewegung im Bereich der Quotenzuteilung wäre mit zumindest vorübergehender Arbeitslosigkeit verbunden. Betroffen wären davon insbesondere solche Arbeiter, die in Fabriken beschäftigt sind, die außerhalb der größeren Betriebszentren gelegen sind. Wegen herrschender Wohnungsnot wären diese Arbeiter nicht in der Lage, einfach zu übersiedeln.

Die E KOK 6.6.1955<sup>957</sup> enthielt folgende volkswirtschaftliche Aussagen:

- Die Stützung des schwächeren Konkurrenten durch ein Kartell ist im Interesse der Verbraucher, da ansonsten ein Monopol und monopolistische Preiserstellung zu erwarten seien. Zitat dazu: *„Die Differenz zwischen dem niedrigeren Kostenpreis des billigst arbeitenden Betriebes und dem Kartellpreis ist demnach der Preis, den die Abnehmer zahlen, um nicht einem Monopolisten ausgeliefert zu sein.“*
- *„Österreich muß exportieren, auch wenn dies nur zu einem Verlustpreis möglich ist. Der inländische Konsument muß daher einen höheren Preis bezahlen.“*
- *„Differenzialrenten sind zu akzeptieren.“* Wer tüchtiger ist, oder aus sonstigen Gründen billiger produzieren kann, verdiene eben mehr, mit oder ohne Kartell.
- *„Mischkalkulation ist zulässig, weil kein Kaufmann, solange das Gesetz von Angebot und Nachfrage besteht, die Preise so erstellen kann, daß jedes einzelne Produkt zumindest zum Kostenpreis abgesetzt werden kann.“*

Der E KOK 10.11.1955<sup>958</sup> ist zu entnehmen:

- Mischkalkulation ist zulässig. Die Versagung eines Kartelles ist nur dann gerechtfertigt, wenn in summa überhöhte Preise verlangt werden, die über die freien Marktpreise hinausgehen.
- Die Gewinnhöhe ist von der KOK nicht für jedes Produkt gesondert zu beurteilen. Die Eintragung eines Kartells wäre nur zu versagen, wenn die Preise infolge des Kartells insgesamt höher wären als ohne Kartell.
- Das Fehlen von Kontrolleinrichtungen zur Überwachung der Einhaltung der Kartellvorschriften ist kein Versagungsgrund.

#### 3.4.3.1.2 KartG 1959 in der Fassung der 3. Novelle

Zum Fotokartell erkannte das KOG E 12.10.1961<sup>959</sup>:

- Im Bereich des Markenartikelhandels, insbesondere bei komplizierten technischen Geräten ist es auch im Interesse der Kunden gerechtfertigt, für Vertragshändler besondere Voraussetzungen für die Teilnahme am Kartell vorzusehen.<sup>960</sup>

<sup>957</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958), E 15 (Maschinenpappe).

<sup>958</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958), E 17 (Zement).

<sup>959</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>2</sup> (1962), E 38 (Fotokartell).

<sup>960</sup> Zu den Folgen dieser E: H. Wilhelm, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1966), 179; Mayer-Maly, Fachhandelsbindung und Kartellrecht, in FS Kastner (1972), 299.

### 3.4.3.1.3 KartG 1959 in der Fassung der 5. Novelle

Die E KOG 12.11.1968<sup>961</sup> wurde unter anderem wie folgt begründet:

- *„Die Interessen der Letztverbraucher, auf welche gem. dem KartG besonders Bedacht zu nehmen ist, erlangen daher ebenso wie die betriebswirtschaftlichen Faktoren nicht für sich allein, sondern im Rahmen der gesamtwirtschaftlichen Situation ihre wirtschaftspolitische Bedeutung (vgl. §§18 Z 5, 33 Abs 1 Z 6 KartG). Der Versuch des Rechtsmittelwerbers, darzutun, daß eine Preisbindung der zweiten Hand praktisch nie im Interesse der Konsumenten gelegen sein könne, muß daher zum Scheitern verurteilt sein.“* Und:
- *„Der Gesetzgeber hat den Ausdruck „Gesamtwirtschaft“ in den §§ 18 Z 5 und 33 Abs 1 Z 6 lit a KartG in der 4. KartG-Nov durch die Formulierung, die Vereinbarung sei auf ihre volkswirtschaftliche Rechtfertigung unter besonderer Bedachtnahme auf die Interessen der Letztverbraucher hin zu überprüfen, nur deshalb ersetzt, um vorzubeugen, daß bei der durch den Sachverständigen und das Gericht vorzunehmenden Prüfung, der Begriff „Gesamtwirtschaft“ nicht dahin verstanden werde, daß nur auf Wirtschaftssubjekte Bedacht zu nehmen sei, die in Unternehmerfunktion am Wirtschaftsleben teilnehmen, nicht aber auch auf die Interessen der Letztverbraucher. Es ist auch nicht richtig, daß Preisbindungen der zweiten Hand grundsätzlich unzulässig wären.“*

### 3.4.3.1.4 KartG 1972

Die E KOG 25.9.1972<sup>962</sup> ist im Vergleich zu den Aussagen des Kartellgerichts in dieser Sache für die vorliegende Untersuchung weniger interessant, da durch sie des Beschlusses des Kartellgerichts nur wegen einer inzwischen eingetretenen Änderung der Gesetzeslage<sup>963</sup> und damit der Notwendigkeit der Ergänzung des Sachverständigengutachtens erfolgte. Die Entscheidung des Kartellgerichts begründete die Zulässigkeit des Kartells folgendermaßen:

- Das KartG sei als Gesetz, das die Vertragsfreiheit einschränke, restriktiv auszulegen.
- Es sei volkswirtschaftlich wünschenswert, Rationalisierungseffekte des bestehenden Kartells aufrecht zu erhalten.
- Die Preise der Kartellaußenseiter seien nicht billiger als die der Kartellanten, daraus sei zu ersehen, dass die Kalkulation im Kartell volkswirtschaftlich gerechtfertigt sei.

Die E Kartellgericht 26.11.1975<sup>964</sup> sprach aus:

- Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages oder einer Verhaltensweise (hier Vortäuschung einer Ausschreibung) verhindere per se die Eintragung eines Kartells. Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung braucht in einem solchen Fall nicht mehr in Erwägung gezogen zu werden. Die E ist vor allem wegen der vorgenommenen Konkretisierung des Tatbestandes der Sittenwidrigkeit interessant.

---

<sup>961</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>2</sup> (1968) E 94 - Farbfernsehgeräte I.

<sup>962</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>2</sup> (1968) E 108 (Schulbücher III).

<sup>963</sup> Einführung des kostenlosen Schulbuchs in der Novelle zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl 1972/284.

<sup>964</sup> ÖBl 1977, 47 - Zentralheizungs- und Lüftungsbau.

In der E KOG 22.11.1976<sup>965</sup> wurde festgestellt:

- Bei der Eintragung eines Bagatellkartelles darf dessen volkswirtschaftliche Rechtfertigung nicht geprüft werden. Erst nach Antrag auf Löschung eines Bagatellkartells wegen mangelnder volkswirtschaftlicher Rechtfertigung darf diese Frage geprüft werden.

In einem Strafverfahren wegen Verstoßes gegen § 101 Abs 1 KartG wurden vom OGH in der E 27.6.1980<sup>966</sup> Aussagen über das „*Rechtsproblem der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung*“ von Kartellen getroffen. Der OGH führte dazu aus:

- „*Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung ist jedenfalls nicht gegeben, wenn sich ein Kartell mit dem guten Funktionieren der in dieser Bestimmung bezeichneten zwischenstaatlichen Abmachungen nicht vereinbaren läßt.*“
- „*Ferner ist einerseits in besonderer Weise auf die Interessen der Letztverbraucher, andererseits aber auch auf etwaige schwerwiegende betriebliche Nachteile Bedacht zu nehmen, die den Kartellmitgliedern aus der Verweigerung der Eintragung entstehen könnten.*“
- „*Zwar wird in dieser Frage grundsätzlich davon auszugehen sein, daß fiskalische Maßnahmen - wie Zollsenkungen oder Steuererleichterungen - jeweils in volkswirtschaftlich gerechtfertigter Weise getroffen werden, weswegen die Nichtweitergabe daraus resultierender Kostenentlastungen an die Letztverbraucher im allgemeinen auch dem Wohl der Gesamtwirtschaft widerstreitet (einschlägige gesetzliche Vorschriften sehen daher auch eine entsprechende Entlastung bestimmter Preise vor (vgl § 2 Preisbestimmungsg 1972)).*“
- „*Doch können besondere Umstände im Einzelfall, etwa eine (wirtschaftlich unerwünschte) Gefährdung der betrieblichen Existenz, die Erhaltung des bisherigen Preisniveaus - ausnahmsweise - auch aus volkswirtschaftlicher Sicht rechtfertigen.*“

Besonders interessant für diese Arbeit ist, dass in dieser E zur Unterstützung der Argumentation der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells auf die Regeln des Preisrechts verwiesen wurde.

### **3.4.3.2 Rechtsprechung zu marktbeherrschenden Unternehmen, die volkswirtschaftliche Erwägungen erkennen lassen**

Die RSp beschäftigte sich seit den 1960er Jahren<sup>967</sup> relativ häufig mit Fragen zu marktbeherrschenden Unternehmen. Diesen E sind auch allgemeine Aussagen zu volkswirtschaftlichen Erwägungen zu entnehmen.

Die E Kartellgericht 10.4.1973<sup>968</sup> stellte Folgendes fest:

- das Schutzobjekt der Missbrauchsaufsicht ist das Interesse der Gesamtwirtschaft und nicht das einer Einzelperson.<sup>969</sup>

---

<sup>965</sup> ÖBl 1977, 75 - ZKV-Material.

<sup>966</sup> ÖBl 1981, 28 - Aluminiumfolie.

<sup>967</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962) E 33 - Coca-Cola.

<sup>968</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht, Ergänzungsband 1981 zur 3. Aufl. (1981) E 131 - StärkevertriebsgesmbH.

<sup>969</sup> In diesem Sinne auch KOG 15.6.1973; Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht, Ergänzungsband 1981

In der E KOG 22.11.1976<sup>970</sup> wurde als volkswirtschaftliche Rechtfertigung für ein bestimmtes Vertriebssystem der ÖMV, das einen Großbezieher angeblich diskriminierte, anerkannt:

- „Als verstaatlichtes Unternehmen hat die ÖMV die Deckung des inländischen Bedarfs an Mineralölprodukten zu sichern.“
- Weiters wurde festgestellt, dass die Rationalisierung des Betriebes der ÖMV die unterschiedliche Behandlung rechtfertige.
- Über den Umfang der Eintragungspflicht wurde entschieden, dass auch staatliche Monopole der Registrierungspflicht unterlägen.<sup>971</sup>
- Dasselbe gelte für den ORF als organisierte Erwerbsgelegenheit.<sup>972</sup> Auch die Unentgeltlichkeit der von einem Marktbeherrscher erbrachten Leistung stünde der Eintragungspflicht nicht entgegen.<sup>973</sup>

Zur Beurteilung der Größe eines Marktanteiles erging eine Reihe von E.<sup>974</sup> Hier sind nur jene relevant, die aussagten, dass die entsprechenden importierten Waren in die Berechnung der Marktanteile miteinzubeziehen seien.<sup>975</sup> Aus dieser RSp kann auch die Anerkennung des Wirkungsprinzips in Österreich abgeleitet werden.<sup>976</sup>

Zur Beurteilung der Marktbeherrschung ist ferner die Abgrenzung der jeweils relevanten Ware oder Dienstleistung zu anderen Waren oder Dienstleistungen besonders wesentlich. Im Rahmen dieser RSp hat die Frage der Substituierbarkeit der Waren oder Dienstleistungen einen besonderen Stellenwert.

In der E KOG 17.12.1973<sup>977</sup> wurde diesbezüglich ausgesprochen:

- „Die Deckung eines Bedarfs kann nicht nur im angestrebten Endzweck des Gebrauchs oder Verbrauchs einer Ware bzw der Verwendung einer Dienstleistung gesehen werden, sondern auch in den mit einer bestimmten Ware bzw Dienstleistung verbundenen Nebenumständen;
- solche Nebenumstände sind zB die Verwendung unterschiedlicher Energiearten, ferner ergänzende Hilfsmittel und die subjektive Wertung, wie etwa die Bequemlichkeit, wie sie sich bei einer typischen Betrachtungsweise objektiv darstellt. Sind hier zwischen Ware bzw. Dienstleistungen mehr als geringfügige materielle Unterschiede zu erkennen, dann liegen verschiedene Waren bzw. Dienstleistungen vor.“<sup>978</sup>

---

zur 3. Aufl (1981), E 119 - Kartoffelstärkesirup und OGH 18.5.1982, ÖBl 1983, 73, mit dem weiteren Hinweis, dass bei Einhaltung der Preise des Preisunterausschusses der Paritätischen Kommission kein Missbrauch marktbeherrschender Stellung iS des § 46 Abs 1 Z 1 KartG 1972 vorliegen könne.

<sup>970</sup> ÖBl 1977, 17 - ÖMV.

<sup>971</sup> KOG 10.10.1963; Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht <sup>2</sup> (1968) E 49 - Tabakmonopol.

<sup>972</sup> KOG 30.11.1973, ÖBl 1974, 47 - ORF.

<sup>973</sup> Kartellgericht 29.6.1973, ÖBl 1975, 120 - Wochenschau.

<sup>974</sup> ZB KOG 25.4.1963; Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht <sup>2</sup> (1968) E 45 - Nickelanoden; KOG 10.10.1963, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht <sup>2</sup> (1968), E 50 - Gußeisenrohre; KOG 21.4.1965, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht <sup>2</sup> (1968), E 63; 29.3.1974, ÖBl 1974, 68 - ChemikalienG; Kartellgericht 21.6.1974, ÖBl 1975, 121.

<sup>975</sup> KOG 25.4.1963, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht <sup>2</sup> (1968), E 45 - Nickelanoden; KOG 17.2.1973, ÖBl 1974, 4 - Polyesterfasern.

<sup>976</sup> Abschnitt 3.4.7.

<sup>977</sup> ÖBl 1974, 49 - Elektrorasierer.

<sup>978</sup> Ähnlich: KOG 17.12.1973, ÖBl 1974, 47 - Polyesterfasern; KOG 30.9.1974, ÖBl 1975, 21 - Motorkarren;

Die E KOG 17.12.1973<sup>979</sup> führte zur Abgrenzung des Umfangs von relevanten Waren weiter aus:

- nicht nur der Absatz bestimmter Waren, sondern auch das Anbieten bestimmter Leistungen könne bei der Abgrenzung von Belang sein.
- Dies aber nur dann, wenn sich die hergestellten Produkte nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

### 3.4.3.3 *Sonstige relevante Entscheidungen*

Mehrere E ergingen zur Frage der Abgrenzung von Lizenzvereinbarungen und Kartellen.<sup>980</sup>

In der E OGH 16.6.1959<sup>981</sup> wurde ua Folgendes ausgesagt:

- erfolgt das Verbot, Grundstoffe von einer anderen, als der vereinbarten Stelle zu beziehen deshalb, um die Qualität der Ware zu garantieren, so liegt sein Zweck nicht in der Verhinderung von Preisunterbietungen. Die konkrete Vereinbarung wurde daher nicht als Kartell qualifiziert.

Die E OGH 24.11.1964<sup>982</sup> enthielt die hier wesentliche Aussage:

- Lizenzverträge sind dann keine Kartelle, wenn die darin vereinbarten Beschränkungen bei der Ausübung des Schutzrechtes über dessen gesetzlichen Umfang nicht hinausgehen.

Die E OGH 21.5.1968<sup>983</sup> sprach aus:

- Eine Lizenzvereinbarung, die als wesentlichen Bestandteil eine Preisabsprache beinhaltet, ist ein Kartell nach dem Kartellgesetz.

Dagegen OGH 9.7.1969:

- Wettbewerbsbeschränkende Abreden in einem primär anderen Zwecken dienenden Vertrag (hier: Generalvertretungs- und Lizenzvertrag) begründen keinen Kartellvertrag.<sup>984</sup>

Die E OGH 9.7.1963<sup>985</sup> hielt fest:

- Eine strafbare Durchführung eines Geltungskartelles iS § 1 Abs 2 lit b KartG idF 4. KartG-Novelle vor seiner Eintragung liegt vor, wenn in einem Rundschreiben einer Möbelfachhändler-Vereinigung folgende Passage enthalten ist: „*Wir verlangen von Ihnen, daß Sie über unseren Auftrag für das Jahr 1962 Vertreter von Fabriken und Lieferanten, die im Möbelhandel nur*

---

KOG 24.4.1978, ÖBl 1978, 107 - Tiefgekühltes Gemüse.

<sup>979</sup> ÖBl 1974, 46 - Maschinenbau.

<sup>980</sup> OGH 16.6.1959, Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958), E 29 - Almdudler; OGH 24.11.1964, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962), E 58 - Kugelschreiber; OGH 21.5.1968, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962), E 91 - Schibeläge; OGH 9.7.1969, Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>3</sup> (1974), 98 - H-Filter. Vgl Schuhmacher, „Inhalt des Patentrechts“ und Kartellrecht; ÖZW 1974, 41.

<sup>981</sup> Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958) E 29.

<sup>982</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962) E 58; kritisch zur „Schutzrechtsinhalts-theorie“: Schuhmacher, „Inhalt des Patentrechts“ und Kartellrecht; ÖZW 1974, 41;

<sup>983</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht (1962) E 91; mit Bemerkung von Schönherr: ÖBl 1968, 94.

<sup>984</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>3</sup> (1974), 98 - H-Filter.

<sup>985</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>2</sup> (1968) E 47 - Möbelfachhandel-Vereinigung.

*einen Verteiler sehen und Waren unter dem Aufschlagswert von 40 % uns anbieten, hinauskomplimentieren“*

Schönherr besprach diese E kritisch.<sup>986</sup> Es läge kein Empfehlungskartell vor, da kein Druck ausgeübt worden sei.

In der E OGH 30.5.1969<sup>987</sup> wurde entschieden:

- Eine Submissionsabsprache ist ein Kartell, da sie den Wettbewerb zulasten des Ausschreibenden (Konsumenten) beeinflusse, indem sie bei ihm den falschen Eindruck eines „Bestanbotes“ erwecke.

In der E OGH 15.3.1988<sup>988</sup> wurde Folgendes entschieden:

- Die vertragliche Aufteilung der örtlichen Arbeitsbereiche aller Bestattungsunternehmer eines bestimmten Verwaltungsbezirkes fällt unter die Bestimmungen des KartG.
- Ein Vertragskartell, das den örtlichen Teilmarkt eines Verwaltungsbezirkes auf dem Gebiet des Bestattungswesens zu Gänze regelt, ist kein Bagatellkartell.

#### **3.4.4 Die Praxis des Paritätischen Ausschusses**

Die Tätigkeit des paritätischen Ausschusses (PA) als Gutachter im Verfahren des Kartellgerichts wäre eine der wichtigsten Quellen für Aussagen über die jeweils angewandten wettbewerbstheoretischen Grundsätze und die wirtschaftspolitische Praxis bei Vollziehung des Kartellrechts. Leider sind die zugänglichen Aussagen des PA, die im jährlichen Tätigkeitsbericht des KOG publiziert werden, mit theoretischen Ausführungen oder Hinweisen auf die praktischen Entscheidungsgrundsätze sehr zurückhaltend. Nur der erste Tätigkeitsbericht nach Erlassung des KartG 1972 enthielt allgemeine Bemerkungen über die Ansichten des PA zur Wettbewerbstheorie.<sup>989</sup>

Der PA unterschied in diesem ersten Tätigkeitsbericht nach Erlassung des KartG 1972 verschiedene Grade der möglichen Einflussnahme auf den Wettbewerb. Am stärksten beeinflussen nach dieser Abstufung

- die Preis- und Quotenkartelle den Wettbewerb.
- Danach kommen in dieser Aufzählung die „reinen“ Preiskartelle,
- dann die Konditionenvereinbarungen.

In Zusammenhang mit dieser Rangordnung wurde auch ausgeführt, dass vertikale Preisbindungen und Markenartikelkartelle in den damaligen Überprüfungsverfahren keine Bedeutung gehabt hätten.

Zu den einzelnen Kartellarten führte der PA aus:

- Preis- und Quotenkartelle

---

<sup>986</sup> ÖBI 1964, 14.

<sup>987</sup> Schönherr / Dittrich, Kartell- und Preisrecht<sup>3</sup> (1968) E 97 - Linzer Kreis.

<sup>988</sup> ÖBI 1988, 136 = WBI 1988, 368.

<sup>989</sup> JABI 1974/10.

Als besondere Nachteile dieser Kartellarten galten, dass durch solche Kartelle nicht nur der Preiswettbewerb ausgeschaltet werde, sondern auch jeder Kapazitätsausweitung der einzelnen Betriebe Schranken gesetzt werden. Dadurch könne unter Umständen das Sinken der Stückkosten verhindert werden, da es auch potenten Unternehmen uU unmöglich gemacht werden könne, eine betriebswirtschaftlich optimale Betriebsgröße zu erreichen.

Der PA meinte, der Vorteil einer stabilen Versorgung und der Sicherung der Arbeitsplätze hätte nur für die frühen 1950er Jahre Berechtigung gehabt.<sup>990</sup> Er hielt fest:

*„Die seither stattgefundenene wirtschaftliche Entwicklung läßt jedoch diese Begründung aus der Sicht der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung problematisch erscheinen.“*<sup>991</sup>

Dann führte der PA aus:

*„Die österreichische Wirtschaftspolitik zielt heute nicht mehr darauf ab, jeden einzelnen Arbeitsplatz zu erhalten, sie strebt vielmehr die Erhaltung der globalen Vollbeschäftigung bei möglichst großer Mobilität der Arbeitskräfte und der sonstigen Produktionsfaktoren an, um die günstigste Branchen- und Betriebsgrößenstruktur herbeizuführen. Umgekehrt zeigt sich aber auch, daß die Erhaltung inländischer Produktionen aus dem Gesichtspunkt preisgünstiger Versorgung des Inlandsmarktes durchaus notwendig und nützlich sein kann, gerade zu einer Zeit, in der verschiedentlich Importpreise beträchtlich über denen der inländischen Produkte liegen.“*

Gerade diese Aussagen des PA zeigen, wie sich bestimmte wirtschaftspolitische Anschauungen im Zeitablauf wandeln. Am Ende der 1970er und Anfang der 1980er Jahre bestand ein wesentliches Ziel der Wirtschaftspolitik darin, bestimmte Arbeitsplätze (zB im Bereich der Verstaatlichten Industrie) zu erhalten. Diese wirtschaftspolitische Anschauung wird derzeit nicht mehr vertreten, dafür wird nun von manchen das vom Ausland abweichende höhere Preisniveau beklagt.

Aus den zitierten Gründen prüfte der PA in jedem einzelnen Fall besonders streng, ob besondere Gründe vorliegen würden, die Quotenvereinbarungen rechtfertigen könnten. Der PA verfolgte somit das Ziel, Quotenabsprachen „nach Möglichkeit“ zu eliminieren, oder „bei Vorliegen gewichtiger Gründe“ darauf zu dringen, sie „flexibler“ zu gestalten. Durch die angestrebte Flexibilisierung sollten notwendige Strukturveränderungen ermöglicht oder zumindest nicht verhindert werden.

- Horizontale Preiskartelle

Die wirtschaftspolitische Einstellung des PA zu horizontalen Preiskartellen wurde folgendermaßen zusammengefasst:

*„Auch horizontale Preiskartelle ohne Quotenvereinbarung sind nach Ansicht des Paritätischen Ausschusses einer besonders strengen Prüfung zu unterziehen.“*<sup>992</sup>

---

<sup>990</sup> Siehe damalige RSp: zB KOK 30.6.1952, Schönherr / Dittrich, Das Kartellgesetz<sup>2</sup> (1958) E 11.

<sup>991</sup> JABI 1974/10, 98.

<sup>992</sup> JABI 1974/10, 99.

Tendenziell seien diese Kartellabreden aber weniger schädlich, da sie den effizienteren Betrieben wenigstens einige Aktionsparameter, nämlich zB promptere Lieferung, besseres Kundenservice, beließen, um einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben zu können. Der Paritätische Ausschuss gelangte daher grundsätzlich zu der Auffassung, dass Preisvereinbarungen nur dann die volkswirtschaftliche Rechtfertigung zugestanden werden könne, wenn spezielle Umstände vorliegen, die über den bloß allgemein geltenden Kartellzweck der Verhinderung des „ruinösen“ Wettbewerbs hinausgingen. Nur wenn die Kartellteilnehmer einer stark konzentrierten Marktmacht auf der Nachfrageseite gegenüberstünden, könne die Vereinbarung eines Preiskartells gerechtfertigt werden. Obwohl oft durch öffentliche Aufträge eine solche Nachfragemacht zustande komme, könne jedoch von einer solchen Situation nicht schon immer dann ausgegangen werden, wenn öffentliche Auftraggeber am Markt auftreten. Der PA beschrieb diese Situation folgendermaßen:

*„Wenn jedoch ein einziger öffentlicher Auftraggeber entscheidend ist oder eine wirksame Vorgangsweise verschiedener öffentlicher Hände tatsächlich erfolgt, muß abgewogen werden, ob nicht ein kontrollierter Kartellpreis im langfristigen Interesse beider Seiten zu einem besseren Ergebnis führt als die realistischere zu erwartenden Alternativen“.*<sup>993</sup>

Ein anderer Fall der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Preiskartells läge vor, wenn mehrere Unternehmen sich gegen ein großes, marktbeherrschendes Unternehmen zusammenschließen. Im Wortlaut:

*„Insofern ein solches defensives Kartell geeignet ist, die Monopolisierung des Marktes zu verhindern, kann ihm die volkswirtschaftliche Rechtfertigung nicht abgesprochen werden. Ähnliche Erwägungen gelten für den allerdings seltenen Fall, daß die Kartellierung geeignet ist, die Übernahme österreichischer Betriebe durch ausländisches Kapital abzuwehren.“*<sup>994</sup>

In diesem Zusammenhang beschäftigte sich der PA auch mit der praktisch sehr relevanten Frage wie Preiskartelle zu bewerten seien, die amtlich festgesetzte Höchstpreise als Fixpreise vereinbarten. Der PA legte seinen Standpunkt zu diesem Problem so fest:

*„Der Ausschuß gelangte zu der Auffassung, daß es unzweckmäßig wäre, nach dem Preisregelungsgesetz volkswirtschaftlich gerechtfertigte Höchstpreise als Fixpreise im Kartellverfahren volkswirtschaftlich zu rechtfertigen und eine Kollision von Normen mit nicht absehbarer Folgewirkung zu ermöglichen. Daher geht sein Bestreben dahin, derartige Preiskartelle zu eliminieren.“*<sup>995</sup>

- Vertikale Preisbindungen und Markenartikelkartelle

Nach dem ersten Gutachten des PA zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik hätten vertikale Preisbindungen und Markenartikelkartelle in Österreich bis dahin keine Bedeutung gehabt.

---

<sup>993</sup> JABl 1974/10, 99.

<sup>994</sup> JABl 1974/10, 99.

<sup>995</sup> JABl 1974/10, 99.

Vereinbarungen von Großhändlern, die die Höhe von Rabatten an vom Erzeuger als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlungen binden wollten, wurden aber jedenfalls nicht gebilligt, weil dadurch eine unverbindliche Preisempfehlung zu einer verbindlichen geworden wäre.

- Konditionenvereinbarungen

Der PA brachte den Konditionenvereinbarungen als eine im Verhältnis zu Quoten- und Preiskartellen minderen Art der Wettbewerbsbeschränkung eine „*eher grundsätzlich positive Haltung*“ entgegen. Einerseits wurde vermutet, dass bei dieser Art von Kartellen Preisvorteile eher dem Konsumenten weitergegeben würden, andererseits bestünde die Gefahr, dass durch sie sog Mondpreise, mit ihren Nachteilen für Konsumenten und Produzenten entstünden.<sup>996</sup> Da auch Konditionenvereinbarungen Nachfragekonzentrationen entgegenwirken könnten, konnte sich der PA mit ihnen grundsätzlich abfinden.

Die soeben dargestellten Grundsätze stellen zwar eine Momentaufnahme der wirtschaftspolitischen Ansichten des PA für den Zeitpunkt 1973 dar, eine gewisse Kontinuität dieser Praxis lässt sich aber aus den folgenden Tätigkeitsberichten ablesen. Im Jahr 1974 verwies der PA noch ausdrücklich auf diese Grundsätze.<sup>997</sup> Dann verwendete er die Formel: „*Auch in diesem Berichtsjahr ging der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten von den aus den Vorberichten bereits bekannten Grundsätzen aus.*“<sup>998</sup> Diese Formel wird auch für die Jahre 1976<sup>999</sup>, 1977<sup>1000</sup> und 1978<sup>1001</sup> in leicht abgewandelter Form verwendet. Ab dem Bericht für das Jahr 1979<sup>1002</sup> fehlte eine solche Bemerkung. Dies ist zumindest ein Indiz dafür, dass sich die wettbewerbspolitischen Ansichten des PA geändert haben könnten.

Wenn man von der Gruppeneinteilung der Wettbewerbsbeschränkungen des PA ausgeht, lassen sich aus der Gutachtenspraxis in den 1970er Jahren noch folgende Aussagen gewinnen:

#### **3.4.4.1 Quotenkartelle**

Entgegen den Aussagen im ersten Tätigkeitsbericht des PA bestanden in den 1970er Jahre und bestehen noch immer eine ganze Reihe von Quoten und/oder Preiskartellen.

Diese Quotenkartelle wurden aus folgenden Gründen als volkswirtschaftlich gerechtfertigt angesehen

##### **3.4.4.1.1 Strukturkrisenkartelle**

Der PA ließ eine Reihe von Kartellen zu, die strukturelle Krisen in manchen Zweigen der Produktion lösen sollten. Zu dieser Gruppe von Vereinbarungen gehörten:

- Das Hartplattenkartell<sup>1003</sup>: Dieses Kartell umfasste nur die beiden einzigen österreichischen Erzeuger von Hartplatten. Besonders nach dem Konkurs der Funder AG wurde die krisenhafte Situation

---

<sup>996</sup> JABI 1974/10, 100.

<sup>997</sup> JABI 1975/36, 58.

<sup>998</sup> JABI 1976/29, 54.

<sup>999</sup> JABI 1977/20, 140.

<sup>1000</sup> JABI 1978/21, 70.

<sup>1001</sup> JABI 1979/21, 46.

<sup>1002</sup> JABI 1980/19, 112.

<sup>1003</sup> JABI 1975/36, 67; JABI 1982/24, 46; JABI 1984/33, 112; 1986/44, 67; JABI 1988/31, 74.

in diesem Wirtschaftsbereich als Rechtfertigung für das Kartell angegeben. Das letzte Gutachten des PA zum Hartplattenkartell stützte die weitere Genehmigung nicht mehr auf eine Krise dieser Sparte, sondern begründet es mit der Notwendigkeit, den Heimatmarkt einer Exportindustrie zu regeln, um hier kostendeckende Preise zu erzielen und „*um jene Erlössituation sicherzustellen, die es den Unternehmen ermöglicht, sich im intensiven Wettbewerb auf den Exportmärkten zu behaupten.*“<sup>1004</sup> Dennoch wirke das Kartell keineswegs preissteigernd, da Importe aus dem Ostblock preisdämpfenden Einfluss hätten.

- Das jetzt bereits ausgelaufene Kartell der österreichischen Spanplattenindustrie<sup>1005</sup> wurde aus denselben Rechtfertigungsgründen wie das Hartplattenkartell zugelassen. Interessant an diesem Kartell war, dass der PA einer Rabattvereinbarung wegen des möglichen negativen Einflusses auf das gute Funktionieren des öEWG Abk seine Zustimmung versagte.
- Das Polystrol-Hartschaumstoffe-Kartell diene nach der Ansicht des PA ebenfalls zur Beherrschung struktureller Schwierigkeiten. Der PA ging davon aus, dass im Zeitpunkt der Eintragung des Kartells Überkapazitäten vorhanden gewesen wären. Anlässlich der weiteren Genehmigung des Kartells wurden als Positiva festgehalten:<sup>1006</sup>
  - dass die relativen Marktanteile zu anderen Materialien gehalten werden konnten;
  - dass Produktionsanlagen modernisiert werden konnten (Energieeinsparung, kürzere Produktionszeiten usw).
  - dass Versuche des Großhandels, die Erzeuger zu gegenseitigem Preisunterbieten zu bewegen und diese damit in ruinöse wirtschaftliche Verhältnisse zu bringen, abgewehrt werden konnten. Als Beweis wurde angeführt, dass ein namhafter Außenseiter, der mit Unterbietungen das Kartell auszuhöhlen versuchte, den Konkurs anmelden musste.
  - dass daher die Sicherung der relativen Erzeugungskapazitäten gelungen sei, und in allen Betrieben bessere Deckungsbeiträge erreicht wurden.
- Das Betonfertiggaragen-Kartell<sup>1007</sup> sollte dazu dienen, einen Verdrängungswettbewerb, der zu einer nicht erwünschten Oligopol Stellung der verbliebenen Anbieter hätte führen können, zu verhindern. Bei der Verlängerung des Kartells 1987<sup>1008</sup> wurde darauf hingewiesen, dass die Einbeziehung von Produzenten aus der BRD in das Kartell gelungen sei und damit ein „*ruinöser Wettbewerb zu Grenzkosten*“ verhindert werden konnte. Durch eine Gebietsaufteilung sei es möglich geworden, die Frachtkosten zu senken. Gemeinsame Werbung und Produktweiterentwicklung hätten sich ebenfalls positiv ausgewirkt.
- Die Gründe, die zur Zulassung des Kooperationsvertrages Ziegeldecken<sup>1009</sup> geführt hatten, glichen jenen für das Betonfertiggaragen-Kartell.
- Auch das Kartell Betongroßflächendecken Oberösterreich, Salzburg, Tirol<sup>1010</sup> sollte während eines begrenzten Zeitraumes einer Marktberuhigung dienen, um Kapazitäts- und Strukturprobleme zu lösen. Es diene auch der Abwehr von Importen aus der BRD.
- In diese Gruppe von Kartellen fiel auch die Verkaufsgemeinschaft steirischer Ziegelwerke

<sup>1004</sup> JABI 1988/31, 74.

<sup>1005</sup> JABI 1976/29, 64; JABI 1980/19, 114.

<sup>1006</sup> JABI 1987/42, 182.

<sup>1007</sup> JABI 1986/44, 112; JABI 1988/31, 75.

<sup>1008</sup> JABI 1988/31, 75.

<sup>1009</sup> JABI 1986/44, 113.

<sup>1010</sup> JABI 1988/31, 70.

GesmbH.<sup>1011</sup>

#### 3.4.4.1.2 Schutz vor Substitutionsdruck

Zwei Quotenkartelle dienten der Anpassung an den Substitutionsdruck durch andere Waren.

- Das Kartell österreichischer Kleberollenerzeuger<sup>1012</sup> diente dem Auffangen des Drucks durch die Konkurrenz von PVC-Kunststoffrollenklebebändern.
- Das Eternit-Durit-Kartell<sup>1013</sup> betraf Form- und Druckrohre aus Asbestzement und kämpfte auch gegen die Konkurrenz der Kunststoffindustrie.

#### 3.4.4.1.3 Zusammenschluss gegen einen Großanbieter

Eine Sonderstellung nimmt das Speiseölkartell<sup>1014</sup> ein. Es diente praktisch ausschließlich der Abwehr des Einflusses von Unilever auf diesen Markt.<sup>1015</sup> Die Kartellmitglieder erzeugten 40 % des in Österreich hergestellten Speiseöls. Interessanterweise wurde in die Kartellvereinbarung die Abrede aufgenommen:

*„Da den Kartellmitgliedern marktmächtige Nachfrager gegenüberstehen, wurde darüber hinaus eine Bestimmung aufgenommen, die die Einhaltung des Nahversorgungsgesetzes in Richtung kaufmännisches Wohlverhalten beinhaltet.“<sup>1016</sup>*

Fraglich ist der Sinn dieser Vertragsbestimmung insofern, als das Kartell ja einem mächtigen Anbieter gegenüberstand. Wenn dieser der Nachfragemacht eines Großkunden erliegen würde, würden wohl auch die Kartellteilnehmer nicht standhaft bleiben können.

#### 3.4.4.1.4 Kartelle der Zuckerwirtschaft

Drei Kartellverträge der Zuckerwirtschaft, die alle 100 % der inländischen Produktion umfassten, gehörten wohl zu den umfassendsten, zugelassenen Vereinbarungen.<sup>1017</sup> Es wurden in diesen Verträgen Preise, Quoten, Konditionen und gegenseitiger Gebietsschutz vereinbart. Das Richtlinienübereinkommen, das das Verhältnis zwischen den 6 Zuckerfabriken und den etwa 20.000 Rübenbauern regelte, wurde aus der Prüfung ausgenommen, da es nach Ansicht des KartG unter die Ausnahmeregelung des § 5 Abs 1 Z 1 KartG 1972 und daher nicht in die Zuständigkeit der Gesetzgebung des Bundes fiel.

Um einen Gesamteindruck gewinnen zu können, sei erwähnt, dass das gesamte System der österreichischen Zuckerwirtschaft auch mit Hilfe der Regeln des ZuckerG und des AußHG aufrechterhalten wird. Ein weiteres Beispiel für die Wechselwirkung zwischen Wettbewerbsrecht und anderen wirtschaftsrechtlichen Normen.

Bei der ersten Prüfung des Zuckerkartells nach dem KartG 1972 konnte im PA keine gemeinsame Posi-

---

<sup>1011</sup> JABI 1977/20, 141.

<sup>1012</sup> JABI 1975/36, 61; JABI 1984/43, 138.

<sup>1013</sup> JABI 1975/36, 65.

<sup>1014</sup> JABI 1975/36, 59; JABI 1982/24, 47; JABI 1986/44, 114; 1987/42, 183.

<sup>1015</sup> JABI 1986/44, 114.

<sup>1016</sup> JABI 1987/42, 183.

<sup>1017</sup> JABI 1976/29, 57; JABI 1982/24, 48; JABI 1986/44, 115.

tion zu diesem Kartell gefunden werden.<sup>1018</sup>

Die vom Österreichischen Arbeiterkammertag vorgeschlagenen Mitglieder des PA meinten, dass besonders die Verstärkung der Kartellwirkung durch das Zucker-, ZuckerförderungsG und AußHG in die wirtschaftliche Betrachtungsweise miteinzubeziehen sei und begründete ihre Ablehnung des Kartells im Wesentlichen damit, dass die Verknüpfung des Rübenpreises mit dem Zuckerpreis nicht gerechtfertigt sei, weil die Diskriminierung von Außenseitern sittenwidrig sei und die Quotenregelung zu geringerer Produktivität führen müsse. Weiters stelle die Vereinbarung des amtlich festgesetzten Höchstpreises als Fixpreis einen Mißbrauch des PreisregelungsG durch einen privatrechtlichen Vertrag dar.

Die von der Bundeswirtschaftskammer vorgeschlagenen Mitglieder des PA führten dagegen aus: Das Zuckerkartell unterläge einer Kontrolle durch das Kartellrecht und durch das Preisrecht. Da der Terminus „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ im Preisrecht und im Kartellrecht dieselbe Bedeutung hätte und der für Zucker festgesetzte Preis zu keinen Unzukömmlichkeiten Anlass gegeben habe, sei auch das Zuckerkartell volkswirtschaftlich gerechtfertigt. Es wurde aber von diesen Mitgliedern des PA Änderungswünsche vorgebracht: Abwehrregeln gegen neue Unternehmen sollten abgeschwächt werden. Die Regelung, dass Höchstpreise gleich Fixpreise sein sollen, sollte ebenfalls geändert werden. Der Zuckerfrachtausgleich sollte beseitigt werden.

In den folgenden Verhandlungen im PA wurde die Vereinbarung des amtlich preisregulierten Höchstpreises als Fixpreis beseitigt, ein quotenfreier Raum wurde geschaffen und das Kartell bis 1980 befristet zugelassen.

1980 wurde jedoch eine weitere Verlängerung des Kartells auf 5 Jahre akzeptiert.<sup>1019</sup> 1985 erfolgte eine weitere Verlängerung auf 5 Jahre.<sup>1020</sup> Die mögliche Mitgliedschaft Österreichs bei den EG führte aber bereits damals zu verschiedenen betriebswirtschaftlichen Maßnahmen der Zuckerindustrie und zu Preisenkungen.

#### 3.4.4.1.5 Zulassung von Kartellen ohne Begründung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung in den Jahresberichten des Paritätischen Ausschusses

Obwohl gerade die Quotenkartelle vom PA als volkswirtschaftlich gefährliche Kartellarten bezeichnet wurden, fehlte in den Jahresberichten bei einer großen Gruppe von positiven Gutachten des PA, die Quotenkartelle zuließen, eine Begründung für diese Entscheidungen. Es sind dies zB folgende Kartelle: Baustahlgitter<sup>1021</sup>; österreichische Natursteinwerke<sup>1022</sup>; österreichische Papierverkaufs GesmbH (ÖPA)<sup>1023</sup>; Kabelevidenzbüro<sup>1024</sup>; Glühlampenkartell<sup>1025</sup>; Vertriebsgesellschaft für isolierte Leitungen<sup>1026</sup>; Kartellvereinbarung der Zementindustrie<sup>1027</sup>; Drahtseilverband<sup>1028</sup>; Werksübereinkommen

---

<sup>1018</sup> JABI 1976/29, 57.

<sup>1019</sup> JABI 1982/24, 48.

<sup>1020</sup> JABI 1986/44, 115.

<sup>1021</sup> JABI 1975/36, 60; JABI 1984/33, 113.

<sup>1022</sup> JABI 1975/36, 60.

<sup>1023</sup> JABI 1975/26, 62.

<sup>1024</sup> JABI 1975/36, 62; JABI 1988/31, 75.

<sup>1025</sup> JABI 1975/36, 63.

<sup>1026</sup> JABI 1975/36, 63.

<sup>1027</sup> JABI 1975/36, 65; JABI 1982/24, 49.

<sup>1028</sup> JABI 1976/29, 65.

Drahtindustrie<sup>1029</sup>.

#### 3.4.4.2 *Preiskartelle (ohne Quotenvereinbarung)*

Nur zwei Kartelle gehörten zur Gruppe der volkswirtschaftlich gerechtfertigten Kartelle:

- Die Weißhohlglaserzeuger Österreichs (Wirtschaftsglas)<sup>1030</sup>
- die Vereinbarung der österreichischen Gipskartonplatten-Erzeuger<sup>1031</sup>. Als Ziel dieses Kartells wurde die Durchführung einer einheitlichen Marktpolitik genannt, die zu einer verstärkten Rationalisierung und Produktivität führen sollte. Die volkswirtschaftliche Berechtigung des Kartells wurde vor allem damit begründet, dass nur 2 österreichische Gipskartonplatten-Erzeuger bestünden, die auch nach preisrechtlichen Vorschriften vom Preisunterausschuss der Paritätischen Kommission gleich behandelt würden.

#### 3.4.4.3 *Konditionen- und Rabattvereinbarungen*

Auch die veröffentlichten Äußerungen des PA zu Konditionen- und Rabattekartellen sind in Bezug auf die Erkennbarkeit von wirtschaftlichen Standpunkten des PA meist unergiebig. Folgende Kartellverträge wurden vom PA behandelt:

- Der nach dem KartG 1972 zu bewertende Marktregelungsvertrag der österreichischen Schallplattenerzeuger<sup>1032</sup> beruhte auf einem bereits länger bestehenden Kartellvertrag. Bereits im Jahresbericht des PA aus dem Jahr 1978<sup>1033</sup> wurden die vergleichsweise hohen Preise der österreichischen Schallplatten diskutiert und kritisiert. 1986 begann der PA Untersuchungen über dieses Faktum.<sup>1034</sup> Auch die UrheberrechtsG-Novelle 1988 wurde zT mit der Preisgestaltung bei österreichischen Schallplatten begründet.<sup>1035</sup>
- Ein Kunststoff-Isolierrohrekartell<sup>1036</sup> wurde nicht eingetragen, da keine Einigung über ein Gutachten im PA zustande kam. Die von der Arbeiterkammer vorgeschlagenen Mitglieder sprachen sich gegen eine Eintragung aus, da ein Oligopol vorläge und die Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs bei Nichteintragung nicht glaubhaft gemacht werden konnte.
- Auch dem Gutachten des PA zum Konditionenkartell der Handlungsmühlen Österreichs<sup>1037</sup> sind keine wesentlichen Aussagen über die volkswirtschaftliche Zulässigkeit dieser Vereinbarung zu entnehmen. Die Oberflächlichkeit der Diskussion im PA ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass Wettbewerb in der Mühlenwirtschaft unter Geltung des MühlenG und des MOG ohnehin fast nicht stattfinden konnte.
- Im einzigen, im gegebenen Zusammenhang relativ interessanten Fall, wurde das Kartell des Großhandels mit elektrischen Leitungen<sup>1038</sup> geprüft. Das Kartell umfasste Vereinbarungen über Rabatte und Konditionen. Großabnehmer und Wiederverkäufer von isolierten Leitungen sowie

<sup>1029</sup> JABI 1976/29, 66; JABI 1982/33, 112.

<sup>1030</sup> JABI 1975/36, 64; JABI 1977/20, 14; JABI 1977/20, 14.

<sup>1031</sup> JABI 1978/21, 70; JABI 1984/43, 138; JABI 1987/42, 138.

<sup>1032</sup> JABI 1975/36, 59; JABI 1978/21, 71; JABI 1979/19, 114; JABI 1987/42, 184.

<sup>1033</sup> JABI 1979/21, 71.

<sup>1034</sup> JABI 1987/42, 184.

<sup>1035</sup> BGBl 1988/601; Hanreich Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (119).

<sup>1036</sup> JABI 1975/36, 64.

<sup>1037</sup> JABI 1975/36, 66; JABI 1983/24, 72.

<sup>1038</sup> JABI 1976/29, 62; JABI 1980/19, 114; JABI 1984/43, 138.

der Großhandel verpflichteten sich, ihren Bedarf an derartigen Waren bei einem Produzentenkartell, nämlich der Vertriebsgesellschaft für isolierte Leitungen, zu decken, außer es käme keine Einigung über die Konditionen zustande. Die von der AK vorgeschlagenen Mitglieder des PA verneinten die volkswirtschaftliche Rechtfertigung dieses Kartells. Da bereits die Produktion von isolierten Leitungen kartelliert sei, würde durch diese Vereinbarung auch die zweite Wirtschaftsstufe kartelliert werden. Die Vereinbarung ginge jedenfalls zu Lasten der Verbraucher. Die von der BWK vorgeschlagenen Mitglieder des PA stellten fest, dass die Preise der isolierten Leitungen vom Preisunterausschuss der Paritätischen Kommission genehmigt werden würden. Die Vereinbarung wirke Importdruck entgegen. Dadurch werde die Auslastung der österreichischen Erzeuger und die Erhaltung von Arbeitsplätzen gewährleistet und Rationalisierung bewirkt. Im Wortlaut: „Die Erhaltung einer Produktionssparte und die Unabhängigkeit des österreichischen Marktes vom Ausland muß als vordringliches und gerechtfertigtes Anliegen der Volkswirtschaft gewertet werden.“ Laut Tätigkeitsbericht des PA für das Jahr 1979<sup>1039</sup> wurde eine Verlängerung dieser Vereinbarung vom PA de facto für gerechtfertigt angesehen. Laut Tätigkeitsbericht 1983<sup>1040</sup> wurde das Kartell zur Abwehr der Auslandskonkurrenz auch weiterhin als volkswirtschaftlich gerechtfertigt angesehen.

#### 3.4.4.4 Kartelle auf der Handelsstufe

- Die Verhandlungen um den Marktregelungsvertrag des österreichischen Fotogroß- und -einzelhandels<sup>1041</sup> sind vor allem von historischem Interesse, ihre Auswirkungen auf die wettbewerbsrechtliche Praxis wurden schon erörtert.<sup>1042</sup>
- Erwägungen über die volkswirtschaftliche Rechtfertigung der Vereinigung österreichischer Papiergroßhändler<sup>1043</sup> wurden nicht veröffentlicht. Aus „*volkswirtschaftlichen und integrationspolitischen*“ Erwägungen wurde eine Ausweitung des Kartelles auf importierte Waren abgelehnt.<sup>1044</sup>
- Die von Coca Cola verwendeten Vertriebsbindungsverträge wurden auf Antrag der AK überprüft.<sup>1045</sup> Sie hatten zusammengefasst folgenden kartellrechtlich relevanten Inhalt: Coca Cola stellte Konzentrat her und schloss mit Abfüllern die Vereinbarung, dass diese nur in einem genau beschriebenen Gebiet Coca Cola vertreiben durften.

Die von der AK vorgeschlagenen Mitglieder des PA vertraten den Standpunkt, ein Kartell liege vor, da der Gesetzgeber 1972 in Kenntnis der E OGH 23.2.1967, ÖBl 1966/17 keine Änderung in Bezug auf Lizenzverträge oder Sternverträge vorgenommen hätte. Die in einem Gutachten von HonProf Dkfm Seidl festgestellte volkswirtschaftliche Beurteilung, dass der Lizenzgeber Coca Cola durch Aufteilung der Märkte und Zuweisung dieser Märkte an bestimmte Vertragspartner die maximale Ausschöpfung dieser Märkte erzwingen, sei zwar richtig. Es sei auch richtig, dass die Ausschaltung des Investitionsrisikos für den einzelnen Unternehmer akzeptabel sei.

<sup>1039</sup> JABI 1980/19, 114.

<sup>1040</sup> JABI 1984/43, 138.

<sup>1041</sup> JABI 1975/36, 66.

<sup>1042</sup> H. Wilhelm, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1966), 179; Mayer-Maly, Fachhandelsbindung und Kartellrecht, in FS Kastner (1972), 299.

<sup>1043</sup> JABI 1975/36, 68; JABI 1983/24, 73; JABI 1985/34, 94.

<sup>1044</sup> JABI 1985/34, 94.

<sup>1045</sup> JABI 1977/20, 141.

Es sei jedoch ein schwerer Fehler, dass das Gutachten keine Analyse der Auswirkungen dieses Zustandes auf die Letztverbraucher vorgenommen habe. Die Vereinbarungen seien auch deswegen volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen, weil durch sie die Möglichkeit, eine Kostendegression durch erweiterten Absatz zu erzielen, ausgeschlossen werde. Die Alleinvertriebsverträge mit Gebietsschutz bewirkten somit nach Ansicht der AK in Österreich eine wettbewerbsbeschränkende Aufteilung des gesamten Absatzgebietes. Außerdem lasse die Tatsache, dass mit zwei geringfügigen Ausnahmen in allen Absatzgebieten gleich hohe Preise verlangt werden, eine Preisabsprache nach § 1 KartG vermuten. Die von der BWK vorgeschlagenen Mitglieder des PA meinten hingegen Folgendes: Lizenzverträge genießen eine Sonderstellung im Wettbewerbsrecht, wenngleich das österreichische KartG keine Sondernorm enthalte. Der Vertrag zwischen Coca Cola und den österreichischen Herstellern sei primär ein Herstellervertrag, in dem der Hersteller eine Reihe von Pflichten bezüglich der Qualität des vertriebenen Produkts etc übernehme. Dafür verlange er eine gewisse Absatzgarantie. Diese Garantien würden in Form von „*Exklusivvertriebsbereichen*“ erteilt. Diese Vereinbarungen dienten nicht der Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Abfüllern. Der Vertrag sei daher zum Teil als Herstellervertrag zT als Lizenzvertrag anzusehen. Zu den Lizenzverträgen gehe das österreichische Kartellrecht von der Schutzrechtstheorie aus: Das heißt, es liege dann kein Kartell vor, wenn nur das Schutzrecht im gesetzlich erlaubten Rahmen ausgeübt werden solle. Diese Rechtsansicht werde durch die Spruchpraxis des OGH erhärtet. Da das Markenrecht ein Ausschließlichkeitsrecht sei, bleibe es dem Markenrechtsinhaber vorbehalten, entsprechende Lizenzen auszugeben oder selbst tätig zu werden. Coca Cola hätte daher die Möglichkeit gehabt, selbst abzufüllen und die Ware selbst zu vertreiben. Der tatsächlich gewählte Weg begünstige Österreichische klein- und mittelbetriebliche Getränkehersteller und -vertreiber. Wertvolle Betriebssubstanz und Arbeitsplätze sollten nicht gefährdet werden. Darüber hinaus waren diese Mitglieder des PA der Auffassung, dass keine Wettbewerbsbeschränkungen durch die Verträge vorlägen. Der einheitliche Preis entstünde nämlich wegen der in PreisG geregelten Tätigkeit des Preisunterausschusses der Paritätischen Kommission, die den Preis regeln würde.

Der PA konnte mangels übereinstimmender Standpunkte kein Gutachten fassen.

Der Vertriebsbindungsvertrag Coca-Cola wurde vom Kartellgericht als Wirkungskartell eingetragen.<sup>1046</sup>

- Die Vertriebsbindungsverträge der Grundig Austria GesmbH, die für bestimmte Grundig Erzeugnisse mit Händlern abgeschlossen wurden, wurde ebenfalls überprüft.<sup>1047</sup> Der PA kam zur Auffassung, die selektive Vertriebsbindung Grundig sei volkswirtschaftlich gerechtfertigt.<sup>1048</sup> Die Gültigkeitsdauer dieser Vereinbarung wurde in der Folge immer wieder verlängert.
- Die Vertriebsbindungen Ingelen<sup>1049</sup>, Körting<sup>1050</sup> und Konstrukta<sup>1051</sup> wurden vom PA ebenfalls als volkswirtschaftlich gerechtfertigt bezeichnet und in das Kartellregister eingetragen.

---

<sup>1046</sup> ÖBI 1978, 78.

<sup>1047</sup> JABI 1978/21, 70; JABI 1984/43, 138; JABI 1987/42, 182.

<sup>1048</sup> ÖBI 1978, 82.

<sup>1049</sup> JABI 1980/19, 113; JABI 1982/24, 47.

<sup>1050</sup> JABI 1982/24, 47.

<sup>1051</sup> JABI 1986/44, 113.

- Durch den Marktregulierungsvertrages Schi<sup>1052</sup>, der von den Schierzeugern initiiert und gelenkt wurde, sollte ein Preiskampf im österreichischen Handel verhindert werden, der gegen die gemeinsamen Interessen der Schierzeuger gegangen wäre. Dazu kam, dass ausländische Händler drohten, österreichische Schi nicht mehr abnehmen zu wollen, wenn der Schipreis durch einen möglichen Preiskampf in Österreich auch international zerstört werden würde.<sup>1053</sup> Die Vereinbarung wurde als volkswirtschaftlich gerechtfertigt ins Kartellregister eingetragen.
- Der PA musste sich auch aus Anlass eines Strafverfahrens gegen Estee Lauder mit der Frage der kartellrechtlichen Relevanz von Depotverträgen befassen. Der PA vertrat in diesem Fall die einhellige Meinung, dass Exportverbote und Verbote von Parallelimporten mit dem guten Funktionieren des Abkommens zwischen Österreich und der EWG unvereinbar und daher derartige Bestimmungen aus den Vertriebsbindungsverträgen zu eliminieren seien. Auch für Lieferungen im Inland dürften innerhalb des autorisierten Depotsystems keinerlei Beschränkungen bestehen, die Möglichkeit von Querlieferungen zwischen autorisierten Depositären müsse offenstehen.
- Die Depotverträge von diversen Importeuren von Kosmetika wurden vom PA ursprünglich als kartellrechtlich nicht relevant bezeichnet.<sup>1054</sup> Nach dem Fall Estee Lauder aber zum Thema eines „Kontaktgespräches“ im PA gewählt.<sup>1055</sup> Der PA empfahl darin den Vertretern der Kosmetikgeneralimporteure im Anschluss an sein Gutachten im Fall Estee Lauder dringend, ihre Depotverträge im aufgezeigten Sinn umzugestalten. Die Vertreter der Generalimporteure sicherten zu, nach Rücksprache mit ihren Muttergesellschaften ihre Verträge iS der Anregungen des PA zu ändern.
- Die Preisbindung der zweiten Hand für Gardena-Geräte<sup>1056</sup> war nach Meinung des PA volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt. Zur Begründung dieses Gutachtens bezog sich der PA auf seine grundsätzlichen Ausführungen im Tätigkeitsbericht 1973. Darüber hinaus stellte er einige allgemeinen Regeln auf:
  - Nur das den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigende Mittel könne als volkswirtschaftlich gerechtfertigt zugelassen werden.
  - Wettbewerbskontrolle richte sich vor allem an die Erhaltung längerfristig wettbewerbsfähiger Strukturen.
  - Ein Vertriebssystem, das den Fachhandel bevorzugen würde, könne gerechtfertigt werden, weil dort Lehrlinge ausgebildet würden, in „Niedrigpreisgeschäften“ jedoch nicht.

Der PA empfahl daher Gardena eine Vertriebsbindung zu konzipieren, die als wesentliche Kriterien der Teilnahmemöglichkeit am System die Beratungsfähigkeit, Sortiment Breite und Servicebereitschaft beinhalten sollte.

#### **3.4.4.5 Kooperationen und Rationalisierungsvereinbarungen**

Zuletzt soll auf eine Reihe von Rationalisierungs- und Kooperationsvereinbarungen hingewiesen werden, die vom PA als gerechtfertigt bezeichnet wurden.

<sup>1052</sup> JABl 1980/19, 112; JABl 1982/24, 48; JABl 1983/24, 73; JABl 1984/22, 112; JABl 1985/34, 95; JABl 1986/44, 115; JABl 1987/42, 184; JABl 1988/31, 77.

<sup>1053</sup> JABl 1980/19, 112.

<sup>1054</sup> JABl 1978/21, 72.

<sup>1055</sup> JABl 1988/31, 74.

<sup>1056</sup> JABl 1982/33, 110.

- Vertriebs- und Rationalisierungsvertrag Backerbsen und Frittaten<sup>1057</sup>,
- Werkzeug-Union- GesmbH DWU - Stubai WerkzeugindustriegenossenschaftmbH<sup>1058</sup>,
- Grundlagenvertrag BMW - Steyr-Daimler-Puch<sup>1059</sup>,
- Hartplattenkartell<sup>1060</sup>,
- Unilever - LOBA, Wasch- und Reinigungsmittelkartell<sup>1061</sup>,
- ARGE Textilservice Österreich<sup>1062</sup>,
- Holzimportvereinbarung<sup>1063</sup>.

#### **3.4.4.6 Verschiedene allgemeine Untersuchungen des Paritätischen Ausschusses**

Der PA führte immer wieder Gespräche mit Kartellinteressenten durch, die manchmal in den Tätigkeitsberichten erwähnt wurden.<sup>1064</sup> Es fanden in diesem Gutachtergremium auch allgemeine Erörterungen der Wettbewerbsverhältnisse statt, die aber daneben auch konkrete Fälle betrafen.<sup>1065</sup> Die Erörterungen des PA über das Problem der Going-Preise ergab kein einhelliges Ergebnis.<sup>1066</sup> Die veröffentlichten Berichte über diese Gespräche sind für das hier interessierende Thema jedoch nicht ergiebig.

#### **3.4.4.7 Ergebnis**

Der RSp zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen liegen offenbar keine einheitlichen wirtschaftspolitischen Vorstellungen zugrunde. Dennoch kann man einzelne Grundsätze, die bei der Beurteilung von Kartellen eingehalten wurden, ableiten:

- Als wichtigstes Ergebnis lässt sich feststellen, dass jede Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse deutlich auf die Inhalte der Entscheidungen einwirkte. ZB führte eine der ersten E zum KartG 1951 den Zweck der Stabilisierung, auch um den Preis einer kartellgelenkten Wirtschaft, als Rechtfertigung für ein Kartell an. Die gleiche E wertete das Interesse der in den kartellierten Betrieben Beschäftigten auf Erhaltung ihres Arbeitsplatzes höher als allgemeine Konsumenteninteressen. Diese Wertungen wurden auch in anderen E der 1950er Jahre vertreten. Die fortschreitende Besserung der wirtschaftlichen Situation in Österreich bewirkte danach eine Änderung dieser RSp. Die Mischkalkulation von Preisen durch das Kartell wurde als zulässig erachtet, sie sei nur dann nicht gerechtfertigt, wenn insgesamt überhöhte Preise verlangt würden.
- Die RSp vertrat den Standpunkt, dass die Interessen der Konsumenten bei Beurteilung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells nicht einseitig überbewertet werden dürften. Eine ausgeglichene Berücksichtigung der verschiedenen Interessen an der Existenz eines Kartells sei anzustreben.

<sup>1057</sup> JABI 1976/29, 67.

<sup>1058</sup> JABI 1980/19, 113.

<sup>1059</sup> JABI 1980/19, 113; JABI 1982/24, 46.

<sup>1060</sup> JABI 1982/24, 46; JABI 1988/31, 74.

<sup>1061</sup> JABI 1984/43, 136; JABI 1987/42, 182.

<sup>1062</sup> JABI 1985/34, 94; JABI 1986/44, 112.

<sup>1063</sup> JABI 1986/44, 114; JABI 1988/31, 76.

<sup>1064</sup> ZB Erzeuger von Sportbekleidung - JABI 1979/21, 46.

<sup>1065</sup> JABI 1980/19, 114; JABI 1982/24, 50.

<sup>1066</sup> JABI 1987/42, 183.

- Nachdem in den 1950er Jahren die Interessen des Exports vor vielen anderen volkswirtschaftlichen Erwägungen im Vordergrund standen (sogar die Hochhaltung der Preise im Inland durch ein Kartell, um bei Exporten Dumping betreiben zu können, wurde als volkswirtschaftlich gerechtfertigt angesehen), sind nunmehr die Verpflichtungen aus den verschiedenen Freihandelszonenabkommen Österreichs vorrangig zu wahren.
- Die RSp zog keine Schlüsse aus den Zwecken anderer wirtschaftsrechtlicher Normen, um den Begriff der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen differenzierter auszulegen. Allein die Verbindung von Preisregelungsvorschriften zu bestimmten Bestandteilen von Kartellvereinbarungen wurde manchmal gewürdigt. Es lässt sich daraus aber keine einheitliche Linie der RSp feststellen.

Die volkswirtschaftlichen Grundsätze, die der Paritätische Ausschuss seinen Gutachten zugrunde legte, lassen sich besser systematisch erfassen als die Entscheidungen der Kartellgerichte. Als wesentlichste Leitgedanken des Paritätischen Ausschusses können abgeleitet werden:

- jene Vereinbarung ist am ehesten volkswirtschaftlich gerechtfertigt, die den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigt.
- Sanierungs- und Strukturkrisenkartelle werden praktisch immer zugelassen.
- Betriebswirtschaftlichen Interessen kommt bei der Beurteilung oft wesentliche Bedeutung zu.
- Konsumenteninteressen werden kaum zur Begründung der Ergebnisse von Gutachten vorgebracht. Diese Tatsache ist wohl damit zu erklären, dass die vom österreichischen Arbeiterkammertag entsandten Mitglieder des Paritätischen Ausschusses die Interessen der Arbeitnehmer der kartellierten Betriebe (die unmittelbaren Interessen ihrer Mitglieder) höher bewerteten, als die Gesamtinteressen der Konsumenten, die ihre Politik wohl weniger gezielt bestimmte. Diese Tatsache weist wohl bereits in die Richtung, dass sich bei einem möglichen Beitritt Österreichs zu den EG eigene Konsumentenschutzverbände bilden werden, auch um im Wirtschafts- und Sozialausschuss der EWG zweckmäßig vertreten zu sein.
- Die Gutachten und Äußerungen des Paritätischen Ausschusses stellen wie die Gerichtsentscheidungen lediglich Verbindungen zu Preisregelungen her, um Schlüsse auf die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einzelner Kartellvereinbarungen zu ziehen. Schlüsse aus anderen wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Normen des Wirtschaftsrechts werden nicht gezogen.

### 3.4.5 Wissenschaftliche Äußerungen

#### 3.4.5.1 Die Äußerungen der ersten Nachkriegszeit

Die erste wesentliche Äußerung zum österreichischen Kartellrecht war der sog Johnstone-Bericht.<sup>1067</sup> Obwohl dieser Bericht im Wesentlichen eine politische Analyse der Lage Österreichs in der ersten Zeit nach dem 2. Weltkrieg enthielt, ist er auch ein schonungsloses Dokument über die damalige österreichische Wettbewerbssituation. Er ging von der These aus, dass die Einrichtungen und Methoden, die sich in der österreichischen Wirtschaft herausgebildet hätten, klar auf eine Vernichtung des Wettbewerbs ausgerichtet seien. Das grundlegende Prinzip der Strukturen der gesamten Wirtschaft in Österreich sei die innere Solidarität der

---

<sup>1067</sup> Johnstone-Bericht.

wirtschaftlichen Hauptgruppen.<sup>1068</sup> Die Aussichten auf die Entwicklung eines freien Wettbewerbes durch das neue KartG 1951 seien daher sehr gering.

Johnstone beachtete auch die Wechselwirkungen zwischen Kartellrecht und Politik, sowie zwischen Kartellgesetz und anderen Wirtschaftsgesetzen (zB GewO, UntersagungsG 1934, KreditwesenG, Recht der Interessenvertretungen<sup>1069</sup>). Die Existenz und der Einfluss des verstaatlichten Sektors der österreichischen Wirtschaft wurden ebenfalls in die Analyse einbezogen. Johnstone wies auch auf das Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und Marken- bzw Patentrecht hin.<sup>1070</sup> Er bezog seine Überlegungen bereits auf die europäische Integration und die dann anzustrebende Wettbewerbssituation in Europa.<sup>1071</sup>

Das österreichische Schrifttum jener Zeit war hingegen eher kartellfreundlich eingestellt. Wiederaufbau könne „*nur planmäßig unternommen werden*“.<sup>1072</sup> Nur vereinzelt wurden wirtschaftspolitische Erwägungen in kartellrechtliche Arbeiten einbezogen. Orator<sup>1073</sup> begründete die Tendenz, zum System der sog „*freien Verkehrswirtschaft*“ zurückzukehren, durch einen Hinweis auf Änderungen in verschiedenen Wirtschaftsgesetzen.<sup>1074</sup> Er fasste dann die aktuelle wirtschaftspolitische Situation so zusammen:

*„Gerade der mitteleuropäische Wirtschaftsraum neigte von jeher zu einer dichten Kartell- und sonstigen Monopolbildung. Auch hat die Wirtschaftsverfassung der letzten Jahre nicht gerade erzieherisch iS des freien Wettbewerbes gewirkt. Monopolartige Bestrebungen haben - in Deutschland vor allem in der Großindustrie, in Österreich besonders im Kleingewerbe - schon vor der Zentralverwaltungswirtschaft des 3. Reiches - in der Legislative mitunter ein zu williges Ohr gefunden. Die künftige Wirtschaftspolitik wird diesen Bestrebungen ihr besonderes Augenmerk zuzuwenden haben.“*<sup>1075</sup>

Auch Wahle<sup>1076</sup> zog Querverbindungen vom Kartellrecht zur Gewerbeordnung und zum UntersagungsG und stellte fest, daß eine Parallelentwicklung zwischen dem Entstehen des Kartellwesens und der Beschränkung der liberalen Gewerbeordnung in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts bestünde.

Pütz<sup>1077</sup> stellte eine Verbindung zwischen der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der Kartelle in Österreich und den weitgehenden Verstaatlichungsmaßnahmen der Nachkriegszeit her. Im Zeitpunkt 1949 stellten die Verstaatlichten Unternehmen und die unter öffentlicher Verwaltung stehende Unternehmen 75 % des gesamten Aktienkapitals der österreichischen Unternehmen dar! Pütz führte aus:

*„Dabei handelt es sich vor allem um die typisch „kartellfähigen“ Produktionsgüterindustrien*

---

<sup>1068</sup> Johnstone-Bericht, 1.

<sup>1069</sup> Johnstone-Bericht, 4.

<sup>1070</sup> Johnstone-Bericht, 57.

<sup>1071</sup> Johnstone-Bericht, 141.

<sup>1072</sup> Johnstone-Bericht, 7.

<sup>1073</sup> Serini, Kartelle und Kartellrecht, ÖJZ 1949, 592.

<sup>1074</sup> Orator, Das Kartellgericht, JBl 1950, 200.

<sup>1075</sup> Orator, Das Kartellgericht, JBl 1950, 201.

<sup>1076</sup> Wahle, Das neue Kartellgesetz, ÖJZ 1952, 561.

<sup>1077</sup> Pütz, Wettbewerbsverhältnisse und Kartellgesetzgebung in Österreich, WuW 1952, 594.

*mit volkswirtschaftlicher Schlüsselstellung, wie die Rohstoff- und Halbwarenherzeugung. Die Bedeutung und Machtstellung der Kartelle erscheint also hierdurch volkswirtschaftlich stark beschränkt auf die konsumnäheren Produktionsstufen und auf Kartellwaren mit relativ elastischer Nachfrage. Dazu kommt die Enge des Binnenmarktes, sodaß jeder Fortschritt der Außenhandelsliberalisierung eine besonders empfindliche Schwächung der Kartellpositionen mit sich bringen würde.“<sup>1078</sup>*

Nach Ansicht Pütz wäre das einzige, durchschlagende Mittel zur Aktivierung des Wettbewerbs in Österreich die Liberalisierung des Außenhandels,

*„welche aber sowohl im Hinblick auf die strukturellen Zahlungsbilanzschwierigkeiten wie auch auf die starke wirtschaftspolitische Position der sozialistischen Partei in absehbarer Zeit keine wesentlichen Fortschritte machen wird. Wenn das ÖKG (Anm: Österreichische Kartellgericht) ganz offenbar kein sinngemäßer Baustein einer einheitlichen wirtschaftspolitischen Konzeption ist und in sich selbst ein Kompromiß zwischen den Haltungen der „Duldung“ und der „Bekämpfung“ des Kartellwesens darstellt, so erscheint diese Tatsache als Ausdruck des gruppenegoistischen, pluralistischen Charakters der österreichischen Wirtschaftspolitik, die auf dem „Gleichgewicht“ der beiden Koalitionsparteien beruht; wobei noch beachtet werden muß, daß die österreichische Volkspartei ein Konglomerat verschiedener Interessentengruppen darstellt, was in geringerem Ausmaß auch für den sozialistischen Koalitionspartner gilt.“<sup>1079</sup>*

Bayer zeigte in einer rechtsvergleichenden Untersuchung anhand des KartG 1951 <sup>1080</sup>, dass Österreich im Vergleich zu den anderen europäischen Staaten damals durchaus nicht rückschrittlich, sondern sogar einer der ersten Staaten in Europa war, der dieses Rechtsgebiet regelte.

Im Vorwort zum Kommentar zum Kartellgesetz von Ender / Landau <sup>1081</sup> betonte Kamitz, damaliger Finanzminister, die wirtschaftspolitische Relevanz des neuen KartG. Als Ziele der Wirtschaftspolitik, zu deren Erreichung das KartG beizutragen hätte, führte Kamitz an: Erhöhung der Produktion und der Produktivität, Rationalisierung der Betriebe und Preissenkung. Das Gesetz sei der besonderen wirtschaftspolitischen Lage Österreichs angepasst worden. In Österreich sei zwar grundsätzlich die Marktwirtschaft wieder eingeführt worden, dessen Wirtschaftsleben sei aber noch weitgehend von planwirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt. Eine bedingungslose Rückkehr zum Ordnungsprinzip des freien Marktes sei derzeit nicht möglich. Auf dem Gebiet der Landwirtschaft seien marktregelnde Gesetze für längere Zeit notwendig; durch die Verstaatlichung der Grundindustrien und der Großbanken sei die wirtschaftliche Monopolstellung des Staates, die sich bis dahin auf wenige Sachgüter beschränkt hätte, wesentlich erweitert worden; zahlreiche Waren, deren Erzeugung der Privatwirtschaft vorbehalten sei, würden in Österreich nur von wenigen Unternehmern hergestellt. Durch diese Lage werde das Entstehen von Kartellvereinbarungen begünstigt. Daher schein

<sup>1078</sup> Pütz, Wettbewerbsverhältnisse und Kartellgesetzgebung in Österreich, WuW 1952, 595.

<sup>1079</sup> Pütz, Wettbewerbsverhältnisse und Kartellgesetzgebung in Österreich, WuW 1952, 603.

<sup>1080</sup> Bayer, Das neue österreichische Kartellgesetz, RabelsZ 1952, 656. Er führte aus, dass bis dahin nur Schweden und Großbritannien neue, aber außerordentlich vorsichtige und kartellfreundliche Gesetze erlassen hätten.

<sup>1081</sup> Ender / Landau, Kommentar zum Kartellgesetz (1952).

bar geboten, Sanktionen zur Untersagung jener Unternehmerzusammenschlüsse in das Gesetz einzubauen, die für das Gesamtinteresse schädlich sind.<sup>1082</sup> Ein generelles Verbot von Kartellen komme in Österreich ebenfalls nicht in Betracht, da Kartelle doch geeignet seien, die nationale Wirtschaft zu stärken und gegenüber dem Ausland konkurrenzfähig zu erhalten.

Ender / Landau<sup>1083</sup> selbst führten 2 Beispiele für eine gesamtwirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen an:

- die Arbeitsplatzhaltung,
- die Hochhaltung der Exportpreise.

Kiwe / Stohanzl<sup>1084</sup> formulierten keine eigenständigen Anschauungen zur gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen. Wichtig ist jedoch deren Analyse der Verbindung des internationalen Kartellrechts zu den innerstaatlichen Normen, die besonders unter Einfluss der USA erfolge.<sup>1085</sup>

Frühe Arbeiten Schönherr<sup>1086</sup> enthielten einige wenige Aussagen zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen. Schönherr wies auf die positive Funktion der Exportkartelle hin und meinte allgemein, nicht das Kartell hätte nachzuweisen, dass es gesamtwirtschaftlich nützlich sei. Er meinte, „*gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt*“ bedeute „*gesamtwirtschaftlich unbedenklich*“.

Haberda vertrat die Meinung<sup>1087</sup>, dass die Kartelle der österreichischen Papier-, Zellulose- und Pappe Industrie eine weitgehende Rationalisierung dieses Wirtschaftsbereichs bewirkt hätten. Österreich würde daher im Fall der Teilnahme „*an der Europäischen Großraumwirtschaft*“ für diesen Wirtschaftszweig keine Schutzklauseln benötigen.<sup>1088</sup>

Lorenz<sup>1089</sup> stellte die wirtschaftspolitische Dimension des KartG in den Vordergrund. Er ging von der These aus, Kartelle seien kein juristisches Problem, sondern ein wirtschaftspolitisches. Er vertrat die Meinung, dass in einem Staat, in dem die tatsächliche wirtschaftliche Situation vom Modell der vollständigen Konkurrenz abweiche, immer „*mehr wirtschaftliche Entscheidungen vom einzelnen Produzenten und Konsumenten auf die Gruppen (pressure groups) und schließlich auf die politischen Instanzen übergehen.*“ Er forderte: „*Die Untersuchung der österreichischen Marktformen einerseits und der vorherrschenden Verhaltensweisen andererseits erscheint als eine unerläßliche Voraussetzung jeder konstruktiven Kartellpolitik.*“<sup>1090</sup>

---

<sup>1082</sup> Kamitz, Vorwort zu Ender / Landau, Kommentar zum Kartellgesetz (1952), 4.

<sup>1083</sup> Ender / Landau, Kommentar zum Kartellgesetz (1952), 27.

<sup>1084</sup> Kiwe / Stohanzl, Österreichisches Kartellrecht (1954).

<sup>1085</sup> Kiwe / Stohanzl, Österreichisches Kartellrecht (1954), 44.

<sup>1086</sup> Schönherr, Das Fazit der bisherigen Kartellpraxis, BuI 582, 13.9.1957; Schönherr, Die 3. Kartellgesetz-Novelle - praktische Auswirkungen, BuI 639, 17.10.1958, 9 (10).

<sup>1087</sup> WipolBl 1956, H 3, 35.

<sup>1088</sup> Diese Aussage dürfte sich tatsächlich bewahrheitet haben. Beachte die Schutzklauseln der EWG gegen die Österreichische Papierindustrie, zB in Art 6 Prot Nr 1 und Anh A, B, C zu Prot Nr 1 öEWGAbk.

<sup>1089</sup> Ein freies Wort zum Kartellproblem, WipolBl 1956, H 1, 7.

<sup>1090</sup> Eine solche Untersuchung unternahm E. Nowotny, Studien zur Wettbewerbsintensität (1978).

### 3.4.5.2 *Das KartG nach einigen Jahren der Praxis - skeptische Stimmen*

Machek<sup>1091</sup> beschrieb Erfahrungen der Kartellkommission bei der Prüfung der zur Registrierung angemeldeten Preiskartelle. Meist würden die Kartelle zur Abwehr wirtschaftlicher Schäden gegründet werden. Er meinte, dass durchaus zu Recht auch von einem defensiven Charakter der Kartelle gesprochen werden könne, da viele Kartelle in Zeiten der Konjunktur preisdämpfend wirkten. Machek betonte auch den exportorientierten Charakter mancher Kartelle. Er berichtete davon, dass die Kartellkommission in solchen Fällen auch höhere Inlandspreise zugunsten eines Exportdumpings für zulässig erklärt hätte. Weiters meinte er, dass durch die Kartellierung auch der Konzentrationsprozess verlangsamt und der Bestand kleiner Unternehmen gesichert werden konnte.

Machek stellte zusammenfassend fest, dass die Kartelle in der Wirtschaftsstruktur Österreichs keine überragende Bedeutung hätten, meinte aber, dass der Konzentrationsprozess im Rahmen einer europäischen Integration besonders notwendig sei und sah die Kartellbildung als raschest wirkendes Mittel dafür an.

Nach Beschlussfassung der 3. KartG-Novelle, die eine einschneidende Änderung des Kartellrechtes brachte, analysierte Machek die wirtschaftspolitischen Auswirkungen dieser Änderungen.<sup>1092</sup>

Zur nunmehr notwendigen Überprüfung der gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells führte Machek aus:

*„Als gesamtwirtschaftlicher Vorteil der Kartellbildung wird zB angesehen werden müssen, daß dadurch eine ruinöse Konkurrenz bei oligopolistischen Situationen verhindert werden kann. Bei Vorhandensein weniger etwa gleich starker Konkurrenten führt eine ruinöse Konkurrenz zu einer Vernichtung von Produktionskapital und zu örtlicher Arbeitslosigkeit, was auch gesamtwirtschaftlich gesehen ungünstig ist. Auch der Zusammenschluß vieler kleinerer Betriebe wird gesamtwirtschaftlich gesehen begrüßt werden müssen, wenn dadurch das Quasimonopol eines Großerzeugers gebrochen werden kann oder wenn durch Spezialisierung und Rationalisierung der einzelnen Betriebe deren Produktivität und internationale Wettbewerbsfähigkeit erhöht werden kann. Besonders Fragen der Exportförderung werden bei der gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen eine große Rolle spielen. Durch die Kartellierung kann auch der Bestand kleinerer Unternehmungen gesichert werden, wodurch eine übermäßige Konzentration vermieden wird. Da in der größeren europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Aufrechterhaltung des freien Warenaustausches ein internationales Kartellverbot bestehen wird, wird sich innerhalb der einzelnen Staaten unter Umständen eine zunehmende Kartellbereitschaft zeigen. Diese Kartelle werden auch die Aufgaben der Förderung der heimischen Industrie zu übernehmen haben, die der Staat selbst nach seinen internationalen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen darf.“*

*Die beispielsweise Aufzählung möglicher Rechtfertigungsgründe zeigt, daß diese in wirtschafts- und handelspolitischen Erwägungen und nicht mehr in der Preisgestaltung allein*

---

<sup>1091</sup> Gedanken zu einer Novellierung des KartG, ÖJZ 1957, 509.

<sup>1092</sup> Machek, Neues Kartellrecht, ÖJZ 1958, 483.

gesucht werden müssen. Es werden daher in Zukunft nicht mehr in erster Linie die Kartellpreise auf ihre zulässige Höhe zu untersuchen sein, sondern vorerst wird die Zweckmäßigkeit der Kartellierung überhaupt in Frage stehen. Erst in zweiter Linie wird auch auf die Preisbildung einzugehen sein. Für die Kartellgerichte und auch für die Kartellsachverständigen ergeben sich damit eine Reihe neuer Fragestellungen.“<sup>1093</sup>

Machek strich die Bedeutung der wirtschaftspolitischen Entscheidungen bei der Beurteilung von Kartellen heraus:

„Es ist nicht zu übersehen, daß das Kartellgericht bei Bewältigung der letzterwähnten Aufgabe eine wirtschaftspolitische Entscheidung von weittragender Bedeutung treffen muß. Kartell und Antikartellmaßnahmen sind Instrumente der Wirtschaftspolitik und sollten gemeinsam mit allen anderen Mitteln, die dieser zur Verfügung stehen, wie Zollmaßnahmen, Einfuhrbeschränkungen, Maßnahmen der Gewerbeförderung, Konzessionserteilungen usw. gehandhabt werden“.<sup>1094</sup>

Für Machek wurden die volkswirtschaftlichen Erwägungen der Kartellkommission wiederholt zu Unrecht einer Kritik unterzogen, „weil es sich dabei nicht um die Anwendung feststehender wissenschaftlicher Erkenntnisse handelt, sondern um Fragen der Volkswirtschaftspolitik, die von den einzelnen volkswirtschaftlichen Schulen völlig verschieden beantwortet werden. Die Antwort wird jeweils anders lauten, wenn sie beispielsweise von einem Vertreter des Neoliberalismus oder der Freiburger Schule, von einem Verfechter des uneingeschränkten freien Wettbewerbs oder der gelenkten Wirtschaft abgegeben wird. Man kommt eben nicht über die Tatsache hinweg, daß ein Gericht nicht dazu berufen sein kann, wirtschaftspolitische Entscheidungen zu treffen, die aus dem Gesamtzusammenhang der Wirtschaftspolitik einfach nicht herausgestellt werden können.“

Macheks Skepsis gegenüber der Fähigkeit eines Gerichtes diese wirtschaftspolitischen Entscheidungen zu treffen, war mit der Skepsis gegenüber der Gutachtenserstellung durch den Paritätischen Ausschuß verbunden.

Auracher<sup>1095</sup> erklärte unter anderem, wie „gesamtwirtschaftliche Verhältnisse“ zu „betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“ in Verbindung zu bringen seien: Die Belange der Gesamtwirtschaft, seien uneingeschränkt, die des Betriebes jedoch nur im Rahmen des Notwendigen zu berücksichtigen. Dies werde in der Praxis von der Judikatur aber nicht so gehandhabt.

„Bei der Entscheidung, ob ein Kartell durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt erschien, ging die Judikatur von den betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten aus, anstatt diese, laut Gesetz, lediglich zu berücksichtigen. Die Formel lautete: Wenn sich ein Kartell in seiner Preispolitik an die Selbstkostenrechnung bindet, so hat die Überprüfung nur in der Richtung zu erfolgen, ob die Selbstkosten nach betriebswirtschaftlich richtigen Grundsätzen errechnet wurden, weil die Anwendung dieser Grundsätze auch gesamtwirtschaftlich gesehen als richtig bezeichnet werden muß“.

<sup>1093</sup> Machek, Neues Kartellrecht, ÖJZ 1958, 483 (484).

<sup>1094</sup> Machek, Neues Kartellrecht, ÖJZ 1958, 483 (485).

<sup>1095</sup> Die 3. Kartellgesetz-Novelle, ÖJZ 1958, 648.

Daher sei in der 3. KartG Novelle der Wortlaut des § 12 Abs 5 geändert worden (§ 12 b).

H. Wilhelm<sup>1096</sup> versuchte in seiner Arbeit die „*Gesetzliche Bewältigung des Kartellproblems*“ bei der Beurteilung von Kartellen die volkswirtschaftlichen von den rechtlichen Gesichtspunkten zu trennen. Ganz im Einklang mit den bereits dargestellten Meinungen, stellte er aber fest, dass Kartelle nur in einem zusammenhängenden wirtschaftsrechtlichen und wirtschaftspolitischen Rahmen zu verstehen seien. Er fand es bedenklich, dass ein Gericht über die Frage, ob ein Kartell volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, befindet, obwohl dies nach wirtschaftspolitischen Grundsätzen zu entscheiden sei.<sup>1097</sup>

### 3.4.5.3 Die volkswirtschaftliche Analyse des KartG

Streissler unternahm in den 1960er Jahren in mehreren Arbeiten die ausführlichste wirtschaftspolitische und volkswirtschaftliche Auseinandersetzung mit den Zielen und Zwecken des Kartellrechts.<sup>1098</sup> Im Zentrum seiner Untersuchungen stand immer die Frage, wann ein Kartell als „*gesamtwirtschaftlich*“ oder „*volkswirtschaftlich*“ gerechtfertigt angesehen werden könne. Streissler stellte bereits in seinem ersten Aufsatz zu diesem Thema klar, dass ein gesamtwirtschaftliches „*Gerechtfertigt-Sein*“ nie objektiv dargestellt werden könne.<sup>1099</sup> Es sei unmöglich bei einer solchen Entscheidung ohne Werturteile auszukommen.<sup>1100</sup> Streissler meinte eingangs, dass die vom Gesetzgeber gewünschten Werturteile aus dem KartG selbst zu entnehmen seien. Darauf folgten aber keine juristischen Interpretationsversuche, sondern er stellte wirtschaftstheoretische Ausführungen über die Zweckmäßigkeit von Kartellen an, die er so zusammenfasste:

*„Kartelle lassen sich in Zeiten gleichmäßiger Aufwärtsentwicklung des Volkseinkommens eher rechtfertigen als in Zeiten wirtschaftlicher Stagnation oder gar Depression.“*

Diese Meinung stand in Gegensatz zu den damals meist vertretenen praktischen volkswirtschaftlichen Ansichten. Andererseits unterschied sich Streissler nicht wesentlich von den Ansichten anderer Autoren dieser Epoche, wenn er meinte, dass dem KartG ein relativ bescheidener Aufgabenkreis im Rahmen der gesamten Wirtschaftspolitik zukomme. Gegenüber den Bereichen Außenhandelsregime, Steuerrecht, Geldpolitik und Ordnung des Arbeitsmarktes sei die Kartellpolitik immer ein kleines Geschütz.<sup>1101</sup> In Österreich sei bei Beurteilung der Kartellpolitik der Einfluss des verstaatlichten Sektors auf die Wettbewerbssituation besonders zu berücksichtigen.

---

<sup>1096</sup> Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1966).

<sup>1097</sup> H. Wilhelm, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1966), 167.

<sup>1098</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12; Streissler, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, BuI vom 3.8.1962, H 837, 9; Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967).

<sup>1099</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12.

<sup>1100</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12.

<sup>1101</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 19 bes FN 28, 19.

Streissler meinte, das KartG müsse restriktiv angewendet werden und warnte vor zu „*ehrgeizigen Wirtschaftsgesetzen*“, weil dann Umgehungsstrategien und damit gegenteilige Auswirkungen zu befürchten seien. Er gab auch zu bedenken, dass die Märkte in Österreich weitgehend von Oligopolen beherrscht seien, die gegenüber wettbewerbspolitischen Maßnahmen weitgehende Ausweichmöglichkeiten besäßen. Demgegenüber sei die Errichtung eines Kartells nur eine kooperative Verhaltensweise zur Beeinflussung des Marktes.

Streissler ging an die Beantwortung der Frage nach einer gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen anhand folgender Thesen heran<sup>1102</sup>:

- Kartelle seien eher in Zeiten rascher wirtschaftlicher Entwicklung volkswirtschaftlich gerechtfertigt;
- der österreichische Gesetzgeber solle in Anbetracht des engen österreichischen Marktes ein in seinen Zielen bescheidenes KartG schaffen;
- besonders wichtig sei, dass das Recht der Vertragsfreiheit aufrecht bleibe.

Streissler teilte bei seiner Betrachtung volkswirtschaftlich gerechtfertigte Kartelle in 3 Gruppen ein:

- Kartelle, die nur volkswirtschaftliche Vorteile bringen;
- Kartelle die volkswirtschaftlich neutral sind;
- Kartelle die bei einer Abwägung der Vor- und Nachteile ergeben, dass die Vorteile überwiegen.

Zur ersten Gruppe zählte Streissler Rationalisierungs-, Normen- und Typenkartelle oder Forschungskartelle. Aber selbst Quotenkartelle könnten nach seiner Ansicht unter Umständen nur vorteilhaft sein. Als Beispiel führt er das Presshefe Kartell<sup>1103</sup> an, da mit diesem Kartell Überkapazitäten verhindert würden.

Zu den neutralen Kartellvereinbarungen zählte Streissler offenbar vor allem jene, deren Auswirkungen sich nicht oder nicht klar feststellen ließen. Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung dieser Gruppe leitete Streissler aus dem übergeordneten Grundsatz der Vertragsfreiheit ab. Daher widersprach er aus theoretischen Überlegungen (nicht im Ergebnis) Schönherr / Dittrich<sup>1104</sup>, die für die Zulassung eines Kartells nicht verlangten, dass dieses positiv gerechtfertigt werden könne, sondern dass es bloß volkswirtschaftlich unbedenklich sein müsse.

Die letzte Gruppe von Kartellen, die gerechtfertigt werden könnten, seien jene, bei denen feststellbare volkswirtschaftliche Nachteile vorlägen, aber diesen Nachteilen größere Vorteile gegenüber stünden. Die Rechtfertigung solcher Kartelle sei am schwersten zu beurteilen. Der größte dabei zu beurteilende Vorteil eines Kartells läge nach Streissler im Anreiz und in der Durchführung von Investitionen. Streissler meinte, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung sei jedenfalls dann gegeben, wenn Investitionswilligkeit und -bedarf im betreffenden Wirtschaftszweig hoch seien, aber nur durch Preiserhöhungen oder durch Hochhaltung der Preise erzielt werden könne. Diese Ansicht werde nicht nur durch die Erkennt-

---

<sup>1102</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 31.

<sup>1103</sup> KOK 21.1.1954, Schönherr / Dittrich, Das KartellgesetzZ (1958), E 11.

<sup>1104</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 34 FN 73.

nisse der Volkswirtschaftslehre gerechtfertigt, sondern auch durch den zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, die wirtschaftliche Produktivität allgemein zu steigern.<sup>1105</sup> Dieses Prinzip käme auch in der gesetzlichen Ablehnung der Preisbindung und Preisempfehlung zum Ausdruck. Hier werde klar, dass der Gesetzgeber den Kleinhändler, bei dem besonders wenige Chancen zur Automatisierung etc bestünden und bei dem daher besonders geringer Investitionsbedarf bestehe, strenger behandeln will als größere Einheiten.

Betrachtet man diese Aussagen Streisslers von der Warte einer sich verändernden wirtschaftspolitischen Anschauung, zeigen sich die inzwischen eingetreten Veränderungen grundsätzlicher Wertungen deutlich. Bereits in den 1980er Jahren wurden Klein- und Mittelunternehmen unter gewissen Voraussetzungen begünstigt (NVG, MittelstandsG, Raumordnungsvorschriften für Supermarkets). Keinesfalls werden sie strenger behandelt als Großunternehmen. Die zumindest in politischen Äußerungen erkennbare Tendenzwende, die sich im Lob der regionalen, kleinräumigen Wirtschaft zeigt, dokumentiert ebenfalls die Wandelbarkeit volkswirtschaftlicher Ansichten.

Nach Ansicht Streisslers wurde das Argument des Beschäftigungserhalts bei Beurteilung von Kartellen zu sehr in den Vordergrund gerückt. Auch der Rechtfertigungsgrund der Werterhaltung angelegten Betriebskapitals werde zu stark betont.

Skeptisch stand Streissler auch dem Rechtfertigungsgrund der „*Verhinderung ruinöser Konkurrenz aus der Vorbeugung gegen Konzentration*“ gegenüber.<sup>1106</sup> Streissler behauptete, Konzentration könne vom „*rein wirtschaftlichen Standpunkt nicht verurteilt werden*“. Nur aus soziologischen Gründen sei Konzentration möglicherweise schlecht.

Streissler erkannte unter gewissen Umständen auch die preisstabilisierende Funktion von Kartellen als Rechtfertigungsgrund an.

Er meinte, dass der Rechtfertigungsgrund der Exportsubventionierung durch erhöhte Inlandspreise in der Vergangenheit eine Zeit lang gerechtfertigt gewesen sein könnte. Zum Zeitpunkt seiner Betrachtung anerkannte er den Rechtfertigungsgrund der Exportsubventionierung nicht mehr. In diesem Zusammenhang sagte Streissler wieder etwas, was Gegenstand meiner gesamten Arbeit ist:

*„Gerade hier zeigt sich freilich die notwendige Zeitgebundenheit aller Rechtfertigungsargumente“.*<sup>1107</sup>

Die Ausführungen Streisslers stellen einen wesentlichen Fortschritt in der wissenschaftlichen Behandlung des Problems, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen aus der sich ändernden Wirtschaftspolitik abzuleiten, dar.

In seinem Beitrag zur 4. KartG-Novelle wollte Streissler das Kartellrecht nicht mehr wirt-

---

<sup>1105</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des Österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 38.

<sup>1106</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 41.

<sup>1107</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 42.

schaftspolitisch erklären und durchdringen.<sup>1108</sup> Primär ging es ihm um Kritik an der neuesten KartG-Novelle. Dennoch begann er mit allgemeinen Aussagen zum Kartellrecht und meinte, die österreichische wirtschaftliche Situation erforderte ein Kartellrecht, das als Ziel das Missbrauchsprinzip aufweisen sollte. Eine Bemerkung in diesem Zusammenhang, die heute wieder aktuell ist, erstaunt etwas, da sie auch zum Zeitpunkt 1962 nicht ganz realistisch gewesen sein dürfte: Streissler meinte damals nämlich, dass gerade in Zusammenhang mit einem möglichen „*Brückenschlag zur EWG*“ den Kartellen besondere Bedeutung zugekommen wäre. Viele Umstellungen wären nur mit Hilfe von Kartellierung ohne große „*Reibungsverluste*“ zu bewältigen gewesen.<sup>1109</sup>

Es ist nicht klar, wie sich Streissler damals die Anpassung der österreichischen Wirtschaft an die EWG mit Hilfe von Kartellen vorstellte, da doch der EWGV immer schon Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich verboten und nur beschränkt Ausnahmen zugelassen hat.

Auch Streisslers Kritik an der gesetzlichen Formulierung, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartelles sei „*unter besonderer Bedachtnahme auf die Interessen der Letztverbraucher*“ zu beurteilen, ist nach meiner Meinung nicht wirklich gerechtfertigt. Er bezeichnete diese Formulierung als Pleonasmus. Den Pleonasmus führte er auf Adam Smith und dessen wesentlichen Grundsatz, dass „*jedes nachhaltige Wirtschaften letztlich auf die Interessen der Konsumenten (=Letztverbraucher) abgestellt*“ sei, zurück.<sup>1110</sup> Streissler bezeichnete in dieser Arbeit die nationalökonomische Theorie der englischen Klassik zuerst selbst als veraltet und entwertet, um danach sein Argument gegen die Formulierung des KartG mit einer Grundthese dieser Lehre zu begründen.

In seiner dritten Arbeit zum Kartellrecht „*Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen*“ verallgemeinerte Streissler das Problem der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells im Dienste der Volkswirtschaft. Er widmete sich darin der Frage, wie sich gesetzliche Gemeinwohlvorstellungen in der juristischen Praxis allgemein handhaben lassen.<sup>1111</sup>

Streissler relativierte nun seine Kritik an der Gemeinwohlformel des KartG nach der 4. Novelle insoweit, als er anerkannte, dass in solchen Normen auch auf die Interessen eines Teils der Gesellschaft eingegangen werden könne. Gleichwohl kritisierte Streissler weiterhin die Formulierung des KartG, bei Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Kartells die Interessen der Letztverbraucher besonders zu beachten.<sup>1112</sup> Ursache der Kritik scheint aber lediglich die unterschiedliche Definition des Begriffs „*Letztverbraucher oder Konsument*“ die Streissler bzw die der Gesetzgeber verwendete, zu sein. Während der damalige Gesetzgeber unter „*Letztverbraucher oder Konsumenten*“ offenbar eine, wenn auch sehr große, aber doch begrenzbar Gruppe von Staatsbürgern meinte, sind nach Streisslers Verständnis alle Personen

---

<sup>1108</sup> Streissler, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, BuI vom 3.8.1962, H 837, 9.

<sup>1109</sup> Streissler, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, BuI vom 3.8.1962, H 837, 10.

<sup>1110</sup> Streissler, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, BuI vom 3.8.1962, H 837, 11.

<sup>1111</sup> Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaft (1967), 1.

<sup>1112</sup> Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaft (1967), 6.

„Konsumenten“, weil eben alle Personen als Letztverbraucher Waren und Dienstleistungen nachfragen. Bei Verwendung einer derartigen Definition besteht natürlich kein Unterschied zwischen den Konsumenteninteressen und dem allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse.

Streissler kam nach dieser Kritik am KartG zu seiner zentralen Aussage. Er stellte die These auf, die Anwendung von Gemeinwohlvorstellungen habe sich am gesellschaftlichen Willen auszurichten, dh an der „sozialen Gesamtwertung der Mehrheit der Rechtsgenossen“. <sup>1113</sup> Ein widerspruchsfreier sozialer Wertmaßstab müsse somit gefunden werden. Er wies zu dieser Aufgabe auf die These Arrows hin, nur in einem System, das ein traditionell verfestigtes, einheitliches Wertesystem besäße, sei es möglich, eine widerspruchsfreie gesellschaftliche Reihung verschiedener Werte zu finden. <sup>1114</sup> Auch Streissler meinte, dass eine Konkretisierung von Gemeinwohlvorstellungen nur unter den von Arrows aufgestellten Voraussetzungen denkbar sei. <sup>1115</sup>

Eine Möglichkeit unter diesen Bedingungen zu einer sinnvollen Anwendung von Normen, die Gemeinwohlvorstellungen enthalten, zu kommen, sieht Streissler darin, dass die einzelnen gesellschaftlichen Wertungen, aus denen zuletzt ein Gesamturteil geschöpft werden kann, nicht gezählt, sondern gewogen werden müssten. Streissler war klar, dass auch mit dieser Vorgangsweise die Probleme der Gemeinwohlfeststellung nicht endgültig beseitigt werden können. Er schloss daher mit der zweifellos richtigen Feststellung:

*„Gerade wegen der Kompliziertheit der Wertungsfragen, die somit zu ganz verschiedenen Denkweisen in richterlichen Entscheidungen zwingen, muß daher stets auch für den Juristen, wie jetzt schon für den Sozialwissenschaftler (im engeren Sinn) als oberstes Gebot aller Überlegungen zur Sachklärung der Grundsatz gelten: Wertungen (sollen) offen und bewußt vorgenommen werden.“* <sup>1116</sup>

Barfuß <sup>1117</sup> widmete sich dem Thema, ob ein rechtlicher Unterschied zwischen der Gemeinwohlklausel des KartG 1951 und der des KartG idF 4. Novelle (oder des KartG 1972) bestünde. Er kam ohne eingehende Begründung zum Ergebnis, die Formulierungen seien inhaltlich ident.

Straberger <sup>1118</sup> versuchte mit einer Rechtsvergleichung zu Art 85 EWGV bzw zu der auf Grund dieser Bestimmung ergangenen Verordnungen und Entscheidungen, Maßstäbe für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen zu finden. Er meinte, dass auch ein Vergleich zu den §§ 2-8 dtGWB anzustellen sei. Straberger teilte nicht die Meinung Koppensteiners <sup>1119</sup>, dass die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartells unter nationalen und internationa-

---

<sup>1113</sup> Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaft (1967), 8.

<sup>1114</sup> Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaft (1967), 9.

<sup>1115</sup> Man könnte die Ansicht vertreten, diese Homogenität der sozialen Wertungen sollte der PA herbeiführen.

<sup>1116</sup> Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaft (1967), 19.

<sup>1117</sup> Zur „wirtschaftlichen Rechtfertigung“ von Kartellen, BuI 1973, 1402/03, 12.

<sup>1118</sup> Zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen, GesRZ 1962, 126.

<sup>1119</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht <sup>1</sup>, (1981), 171 f.

len Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilt werden kann, sondern trat dafür ein, mit den Mitteln der Rechtsvergleichung ein einheitliches Ergebnis zu finden.

Straberger war der Meinung, dass nicht nur ein Kartell, das die Volkswirtschaft positiv beeinflusst, eintragungsfähig ist, sondern auch ein „*neutrales*“ oder „*überflüssiges*“<sup>1120</sup>. Straberger leitete aus der RSp und der Praxis des PA folgende Begründungen zur positiven Bewertung eines Kartells ab:

- Überprüfung, ob Wettbewerbsbeschränkung direkte Auswirkung auf Letztverbraucher hat. Wenn ja, ist zur positiven Entscheidung eine angemessene Beteiligung der Verbraucher erforderlich, die nicht unbedingt im Parameter „*Preis*“ gelegen sein muss.
- Strukturelle Anpassungen (langfristig) und der technisch, wirtschaftliche Fortschritt (kurzfristig) dürfen nicht behindert werden.
- Die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die unternehmerische Marktgegenseite müssen berücksichtigt werden.
- Außenseiterauswirkungen sind zu prüfen.
- Ausnahmsweise können bei sehr starker Substitutionskonkurrenz auch Quoten-, Preis- und Konditionenkartelle gerechtfertigt sein. Sie dürfen aber keine Strukturversteinigung bewirken.
- Selektive Vertriebsbindungen seien meist volkswirtschaftlich gerechtfertigt.
- Der Schutz einer Gruppe von Unternehmern gegen marktmächtige Wettbewerber kann gerechtfertigt sein.
- Die Erhaltung internationaler Wettbewerbsfähigkeit kann gerechtfertigt sein, wenn sie nicht völkerrechtlichen Verpflichtungen widerspricht.
- Höherrangige staatspolitische Interessen, wie zB Aufrechterhaltung der Neutralität, Schutz der Volksgesundheit, Förderung und Aufrechterhaltung von Kulturbetrieben etc können ein Kartell rechtfertigen.

#### ***3.4.5.4 Wirtschaftspolitische Forderungen an das KartG in der Literatur***

Hoffmann<sup>1121</sup> forderte va im Vergleich zum EWG-Wettbewerbsrecht ein Wettbewerbsrecht, das den Wettbewerb als solchen verstärken soll und nicht nur volkswirtschaftlich schädliche Kartelle untersagt. Er beklagte, dass weder das KartG 1972, noch seine Vorgänger im Rahmen eines wirtschaftspolitischen Konzeptes erlassen worden seien.<sup>1122</sup>

Szecsí / Wehsely traten vor allem für die Einrichtung eines Kartellamtes statt der Zuständigkeit des Kartellgerichts ein.<sup>1123</sup> Sie dokumentierten unter Bezug auf die Geschichte vor allem die Einstellung der Sozialdemokraten zu Kartellen. Ausdrücklich wurde von Szecsí / Wehsely auch festgehalten, dass Arbeitsplatzargumente nicht mehr zur Rechtfertigung eines Kartells herhal-

---

<sup>1120</sup> Straberger, Zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen, GesRZ 1962, 128.

<sup>1121</sup> Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, Wirtschaft und Gesellschaft 1976, 77.

<sup>1122</sup> Hoffmann, Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, Wirtschaft und Gesellschaft 1976, 82.

<sup>1123</sup> Szecsí, Kartelle: Mancher Wunsch bleibt offen, Arbeit und Wirtschaft 1972, H 10, 2; Szecsí / Wehsely, Alte Kartelle, neu geprüft, Wirtschaft und Gesellschaft 1975, H 4, 33.

ten können.<sup>1124</sup>

Krenn wies in seiner Untersuchung<sup>1125</sup> auf internationale Zweifel zur wirtschaftspolitischen Rechtfertigung von Exportkartellen hin und wollte diese Überlegungen für Erkenntnisse im IPR nutzbar machen. Er ging dabei davon aus, dass auch die nationalen Kollisionsnormen aufgrund wirtschaftspolitischer Vorstellungen erlassen wurden. Als wesentliche wirtschaftspolitische Kriterien, die immer wieder berücksichtigt werden, führte er das „*Abwehrargument*“, das „*Mittelstandsargument*“ und das „*Devisenargument*“ an. Gegen die nationale Privilegierung von Exportkartellen würden die Inlandsmarktauswirkungen von Exportkartellen und die Theorie der internationalen Arbeitsteilung sprechen. Krenn spricht sich, unter Bezug auf Meessen<sup>1126</sup> dafür aus, bei der gerichtlichen Entscheidung über Exportkartelle auch wirtschaftspolitische Interessen des Auslandsmarktes miteinzubeziehen.

Auch Lindinger<sup>1127</sup> gehörte zu jenen, die wirtschaftspolitische Erwägungen den rechtlichen Ausführungen voranstellten und diese Verbindung zur besseren Vollziehung kartellrechtlicher Normen dauernd nutzen wollten. Lindinger ging in dieser Arbeit aber nicht über rechtsvergleichende Aussagen zum EG-Recht und deren dogmatischen Konsequenzen auf das österreichische Recht hinaus.

Die beiden umfangreichsten Arbeiten der Nachkriegszeit über das österreichische Wettbewerbsrecht und zur österreichischen Wirtschaftspolitik, nämlich Koppensteiner, *Wettbewerbsrecht* (1981) und E. Nowotny, *Studien zur Wettbewerbsintensität in der österreichischen Wirtschaft* (1978), lassen für das hier wesentliche Thema wenig neues erkennen:

Koppensteiner<sup>1128</sup> meinte im Abschnitt „*Zweck des Gesetzes*“<sup>1129</sup>, die „*offizielle*“ Zielsetzung des KartG 1972 sei die Anpassung der „*innerösterreichischen*“ Kartellrechtslage an internationale Verpflichtungen gewesen. Diese Tatsache war für Koppensteiner Grundlage seines Standpunktes, das österreichische KartG nach den Ergebnissen der RSp des EuGH zu den Wettbewerbsartikeln des EWGV zu interpretieren.<sup>1130</sup>

Das Bestehen und die Aufrechterhaltung der Privatautonomie waren für Koppensteiner die rechtliche Ursache und der Zweck des Wettbewerbsrechts. Wettbewerb zu gewährleisten war für ihn der wirtschaftspolitische Grund für Wettbewerbsrecht. Er fasste diesen Gedanken so zusammen:

*„Zum zweiten ist Wettbewerb geeignet, günstige gesamtwirtschaftliche Wirkungen hervorzu-  
bringen. Daraus ist zu folgern, daß Wettbewerb auch in Österreich als Voraussetzung von  
Privatautonomie und wegen seiner ökonomischen Nützlichkeit geschützt wird. Das KartG ist*

---

<sup>1124</sup> Szecsí / Wehsely, Alte Kartelle, neu geprüft, *Wirtschaft und Gesellschaft* 1975, H 4, 38.

<sup>1125</sup> Anknüpfung von Exportkartellen im deutschen und österreichischen IPR, *RIW* 1976, 487.

<sup>1126</sup> Meessen, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts* (1975), 262 ff.

<sup>1127</sup> Zur kartellrechtlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, *ÖBl* 1985, 145.

<sup>1128</sup> *Wettbewerbsrecht*<sup>1</sup> (1981).

<sup>1129</sup> Koppensteiner, *Wettbewerbsrecht*<sup>1</sup> (1981), 63.

<sup>1130</sup> Die Methode, das österreichische KartG wie ähnliche wettbewerbsrechtliche Normen des EWGV zu interpretieren, vertritt auch Schuhmacher, zB in: „Inhalt des Patentrechts“ und Kartellgesetz, *ÖZW* 1974, 41 und: Das „Dispositionsrecht“ der Pressegrossisten, *MR* 1986, 8 (9).

*systemnotwendige Komplementärregelung im Verhältnis zum Prinzip der Vertragsfreiheit, es ist gleichzeitig aber auch wirtschaftspolitisches Instrument.*<sup>1131</sup>

Nowotny<sup>1132</sup> übernahm das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs als Maßstab für seine empirischen Untersuchungen. Er meinte, dass zwar in der österreichischen wettbewerbspolitischen Diskussion keine expliziten Hinweise auf die ihr zugrunde liegenden theoretischen Leitbilder zu finden seien, entsprechend der internationalen wettbewerbspolitischen Entwicklung und vor allem wegen spezifischer Fragestellungen seiner Untersuchung, würde er von der Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs ausgehen.<sup>1133</sup>

#### **3.4.5.5 Die sog „Genossenschaftsdiskussion“ als verdeckte Auseinandersetzung über wirtschaftspolitische Grundwertungen des KartG**

Anlässlich der Diskussion um ein geplantes KartG 1986 wurde auch das sog „Genossenschaftsprivileg“ wieder diskutiert.<sup>1134</sup>

Typisches Beispiel für die eigentlich wirtschaftspolitische Diskussion des Problems der Ausnahme von Genossenschaftsverträgen aus dem KartG war die Stellungnahme von Frotz zum KartG-E 1986.<sup>1135</sup> Die Förderung des Genossenschaftswesens durch den Gesetzgeber wird dort von Frotz als mit guten „*wirtschaftspolitischen und gesellschaftspolitischen, insbesondere mittelstandspolitischen Gründen*“ versehen, bezeichnet. Eine Förderung von Genossenschaften dürfe aber nicht, kartellrechtlich gesehen, zu volkswirtschaftlich ungerechtfertigten Folgen führen.<sup>1136</sup>

Krejci<sup>1137</sup> untersuchte das sog „Genossenschaftsprivileg“ historisch von seinen Grundsätzen im KartG 1951 her. Er ging aber nicht wie Demelius<sup>1138</sup> auf die alte RSp zum Problem Genossenschaft und Kartell zurück. Obwohl die Untersuchung Krejcis va dogmatischer Art ist, zeigte er sich eingangs nicht überrascht, dass der Entwurf das „Genossenschaftsprivileg“ „*angesichts der erfolgreichen, wirtschaftlichen Entwicklung der Genossenschaften und ihrer Verbände*“ erheblich einschränken wollte. Auch Krejci sah den Ansatz für die rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers, die Genossenschaften zu privilegieren „*in der besonderen soziologischen und wirtschaftlichen Ordnungsaufgabe der Genossenschaften*“.<sup>1139</sup> Von der Warte des Wettbewerbsrechts her gesehen sollte die Genossenschaft der Bildung von Marktgegengewicht und somit dem Abbau von Übermacht auf der Marktgegenseite dienen. Er zog dann eine Parallele zum Arbeitsrecht - auch Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern und Arbeitgebern unterlägen nicht dem KartG.

Krejci fasste zusammen:

<sup>1131</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 63.

<sup>1132</sup> E. Nowotny, Studien zur Wettbewerbsintensität in der österreichischen Wirtschaft (1978).

<sup>1133</sup> E. Nowotny, Studien zur Wettbewerbsintensität in der österreichischen Wirtschaft (1978), 2.

<sup>1134</sup> Bereits früher vertrat Jud, Gedanken zur Neuregelung des österreichischen Genossenschaftsrechts, die Meinung, man solle das „Genossenschaftsprivileg“ Großgenossenschaft nicht zubilligen.

<sup>1135</sup> Zur Neuregelung des Kartellrechts, GesRZ 1986, 62.

<sup>1136</sup> G. Frotz, Zur Neuregelung des Kartellrechts, GesRZ 1986, 68.

<sup>1137</sup> „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 3.

<sup>1138</sup> Krejci, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, Verweis in FN 4.

<sup>1139</sup> Krejci, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 6.

„Alles in allem sollte das Genossenschaftsprivileg wohl sicherstellen, daß das sozial- und wirtschaftspolitisch seitens der Rechtsordnung positiv beurteilte Wirken der Genossenschaften nicht Gefahr lief, durch eine möglicherweise strenge Kartellrechtsprechung über Gebühr behindert zu werden.“<sup>1140</sup>

Keinert<sup>1141</sup> trat aus wirtschaftspolitischen Gründen im Sinne einer wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung für eine möglichst restriktive Gestaltung der Ausnahme der Genossenschaften vom Kartellrecht ein.

#### **3.4.5.6 Ergebnis**

Bedeutend stärker als in der RSp wird in der Literatur der enge Zusammenhang zwischen wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Beurteilung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen betont. Meist wird dabei ein direkter Bezug zwischen wirtschaftspolitischer Anschauung und der Auslegung der relevanten Normen des KartG hergestellt. Juristische Ansätze, die aus den Inhalten anderer wirtschaftsrechtlicher Normen auf die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen schließen, sind relativ selten und führen ihren Ansatz praktischen oft nicht durch. Fast alle Autoren gehen aber davon aus, dass der unbestimmte Gesetzesbegriff „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“, einer sinnvollen Interpretation zugänglich ist.

#### **3.4.6 Das österreichische internationale Kartellrecht**

Die österreichischen Rechtssubjekte unterliegen nicht nur dem nationalen Wettbewerbsrecht, sondern auch völkerrechtlichem und europarechtlichem Wettbewerbsrecht. In der Folge sollen zuerst die Wettbewerbsnormen der Österreichischen FHA (Freihandelszonenabkommen) dargestellt und ihre Einwirkung auf das innerstaatliche Kartellrecht behandelt werden. Danach werde ich mich mit der Auswirkung des EWG-Wettbewerbsrechts auf österreichische Unternehmen beschäftigen.

Das Wettbewerbsrecht der FHA gilt nicht unmittelbar für die Unternehmen und hat daher in der heutigen Praxis relativ wenig Bedeutung. Das Wettbewerbsrecht der FHA hat aber bereits heute die Auslegung des österreichischen Kartellrechts und hier besonders die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung beeinflussen können. Ansätze zu einer systematischen Berücksichtigung von wettbewerbsrechtlichen Normen der FHA sind bereits in der RSp des OGH und in den Gutachten des PA aufzufinden.<sup>1142</sup>

##### **3.4.6.1 Die österreichischen kartellrechtlichen Kollisionsnormen**

§ 24 Abs 2 KartG 1972 stellte ohne Einschränkung fest, dass die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartelles jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn dies mit dem guten Funktionieren der einzeln aufgezählten völkerrechtlichen Abkommen unvereinbar ist. Die Erl zu § 24

---

<sup>1140</sup> Krejci, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 8.

<sup>1141</sup> Genossenschaftsrecht (1988), 351 ff.

<sup>1142</sup> OGH 27.6.1980 ÖBI 1981, 28; PA: zB JABl 1976/29, 64; JABl 1980/19, 114 - Kartell der österreichischen Spanplattenindustrie.

Abs 2 KartG 1972 lauten<sup>1143</sup>:

*„In Abs. 2 wurde eindeutig klargestellt, daß Verstöße gegen die Verträge mit den Europäischen Gemeinschaften oder gegen das EFTA-Übereinkommen die volkswirtschaftliche Rechtfertigung ausschließen.“*

Diese Aussage schließt klar an den allgemeinen Teil der Erl an, der den Abschluss der FHA mit der EWG und dem EGKS gleichsam als Urgrund und Maßstab des gesamten KartG 1972 ausweist.<sup>1144</sup> Das KartG 1972 sollte ein „*Begleitgesetz*“ zu den Verträgen mit den EG sein, da die wettbewerbsrechtlichen Normen der Abkommen „*nicht unmittelbar anwendbar seien*.“<sup>1145</sup> Damit Österreich seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen auch im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Abkommen mit den EG nachkommen könne, sei § 24 Abs 2 KartG 1972 erforderlich gewesen.

Könnte man aus diesen Formulierungen annehmen, Österreich wolle die Wettbewerbsregeln der EG nachvollziehen<sup>1146</sup>, ergibt sich aus der sog interpretativen Erklärung Österreichs zum öEWGAbk anderes.<sup>1147</sup> Ganz iS herkömmlichen Völkerrechtes erklärte sich die Republik darin für allein zuständig, die Wettbewerbsregeln der FHA auszulegen. Damit wäre in Verbindung mit § 24 Abs 2 KartG 1972 eigentlich ein Zirkel geschlossen - niemand in der österreichischen Vollziehung wäre zuständig, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung österreichischer Kartelle, die sich auf den Märkten der jeweiligen Integrationsräume auswirken, festzustellen. § 24 Abs 2 KartG 1972 verwies ja auf das Recht der bezeichneten völkerrechtlichen Verträge. Zu den Wettbewerbsnormen dieser völkerrechtlichen Verträge hielt Österreich fest, sie selbst auslegen zu wollen.

Nach richtiger Auslegung verblieb die Zuständigkeit, einen Verstoß gegen die Wettbewerbsnormen der FHA als Vorfrage für eine innerstaatliche Beurteilung eines Kartells oder einer wettbewerbsrechtlichen Verhaltensweise festzustellen, jedoch beim Kartellgericht. Fraglich ist jedoch, ob die österreichischen Kartellgerichte an die Entscheidungen der Gemischten Ausschüsse oder anderer Organe der Freihandelszonenabkommen gebunden sind?<sup>1148</sup> Eine Bindung an E des EuGH ist sicherlich nicht gegeben, ein tatsächlicher Einfluss dieser RSp ist aber ebenso sicher.

Diese Situation hat das KartG 1988 nicht geändert. § 7 KartG 1988 regelt das Verhältnis des KartG 1988 zu den Integrationsabkommen nunmehr generell, § 23 P 3 KartG 1988 stellt die Verbindung zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung und zu den FHA her. In den Erl zur RV des KartG 1988 widmet sich ein eigener Abschnitt des allgemeinen Teils dem Verhältnis des

---

<sup>1143</sup> 473 BlgNR 13. GP, 34.

<sup>1144</sup> 473 BlgNR 13. GP, 1.

<sup>1145</sup> 473 BlgNR 13. GP, 2.

<sup>1146</sup> Diese Meinung vertritt grosso modo zB Koppensteiner.

<sup>1147</sup> 485 BlgNR 13. GP, 331; Hummer, Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit den EG sowie im „Luxemburger Folgeprozeß“ - Semantische Leerformeln, dilatorische Formelkompromisse oder materieller Dissens, in FS Schnorr (1988), 473 (475).

<sup>1148</sup> Hanreich, Die Beschlüsse internationaler Wirtschaftsorganisationen im österreichischen Rechtsquellensystem, öZöfR 1975, 173; Griller, Die Organe der Freihandelsabkommen und ihre Befugnisse im Lichte der österreichischen Rechtsordnung, in Hanreich / Stadler, Österreich - Europäische Integration III, 10.1., (37 f, 51 f).

KartG 1988 zum EG-Recht.<sup>1149</sup> Im hier relevanten Teil dieser Erl wird festgestellt, dass die Normen der FHA, nicht wie das EG-Wettbewerbsrecht, unmittelbar gelten, sondern durch Erlassung innerstaatlicher Vorschriften erst „*konkretisiert*“ werden müssen. Dies sei in Österreich durch das KartG 1972 geschehen. Abschließend weist die RV darauf hin, dass sich durch das KartG 1988 trotz der prinzipiell getrennten Entwicklung des EWG-Wettbewerbsrechts und des österreichischen Kartellrechts, manche Annäherungen zwischen diesen Rechtsgebieten ergeben sollen. Als einen solchen Bereich bezeichnet die RV die Freistellung der Fachhandelsbindungen aus den Regeln über Kartelle.<sup>1150</sup>

Bevor die Verschränkung zwischen dem österreichischen Wettbewerbsrecht und den wettbewerbsrechtlichen Normen der FHA behandelt wird, werden die für die Untersuchung wichtigen Vorschriften dargestellt. Die Wettbewerbsregeln der verschiedenen FH-Zonen, an denen Österreich teilnimmt, sind untereinander nicht systematisch abgestimmt. Dieses System der ohne gemeinsame Verbindung nebeneinander bestehenden FH-Zonen erschwert die praktische Anwendung aller einschlägigen Bestimmungen. Dies ist wohl eine der Gründe für die praktische Bedeutungslosigkeit dieser Vorschriften sowohl in Österreich als auch in den anderen Mitgliedstaaten dieser Abkommen.

#### **3.4.6.2 Die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EFTAÜbk**

Willemsen fasste die volkswirtschaftliche Bedeutung der EWG und der EFTA wie folgt zusammen:<sup>1151</sup>

*„EWG und EFTA bezwecken die Steigerung der volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der beteiligten Staaten durch die Integration ihrer Märkte mit freier Zirkulation der vertraglich erfaßten Waren, in welchen die Koordination des Wirtschaftsgeschehens sich grundsätzlich nach dem marktwirtschaftlichen Prinzip richtet.“*

Im Gegensatz zum EWG-V mit seinen weitreichenden Zielen<sup>1152</sup>, beschränkt sich die EFTA auf Durchführung des Prinzips des Freihandels. Nach der Theorie des internationalen Handels führt der Freihandel unter bestimmten Voraussetzungen durch internationale Arbeitsteilung und Spezialisierung zu Wohlfahrtsvermehrung aller beteiligten Staaten.<sup>1153</sup> Der Schutz des Wettbewerbs zwischen den Partnerstaaten dient dem Freihandel und hat funktionalen Charakter. Dies wird bereits in Art 2 EFTAÜbk festgestellt:

*„Die Assoziation hat zum Ziel:*

*a) in der Zone und in jedem Mitgliedstaat die fortwährende Ausweitung der wirtschaftlichen*

---

<sup>1149</sup> 633 BlgNR 17. GP, 25.

<sup>1150</sup> Näher erläutert in 633 BlgNR 17. GP, 27 zu § 17.

<sup>1151</sup> Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 99.

<sup>1152</sup> Pescatore betont aber dennoch, dass auch diese Ziele ihren Ursprung im Freihandel hätten, EG-Beitritt Österreichs: Voraussetzungen, Folgen, Alternativen, Economy 1989, H 2, 65 (73).

<sup>1153</sup> Haberler, Außenhandel, HdSW, I, 460; Curzon, The Essentials of Economic Integration, Lessons of EFTA Experience (1974); Breuss / Stankovsky, Westeuropäische Integration und österreichischer Außenhandel, in Hanreich / Stadler, Österreich - Europäische Integration III, 1. 3., 1; Breuss, Österreichs Außenwirtschaft 1945-1982 (1983), 169 ff; Breuss / Stankovsky, Österreich und der EG-Binnenmarkt (1988), 151.

*Tätigkeit, die Vollbeschäftigung, die Steigerung der Produktivität sowie die rationelle Ausnutzung der Hilfsquellen, die finanzielle Stabilität und die stetige Verbesserung des Lebensstandards zu fördern,*

*b) zu gewährleisten, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten unter gerechten Wettbewerbsbedingungen erfolgt...“*

Der ungestörte zwischenstaatliche Handelsverkehr innerhalb einer FH-Zone kann nach Willemsen beeinträchtigt werden, durch: <sup>1154</sup> „*Staatliche Beihilfen, Subventionen und andere Formen der staatlichen Einflußnahme auf die Position der Unternehmen im grenzüberschreitenden Wirtschaftsprozeß, private wettbewerbsbeschränkende Praktiken und diskriminierende Regelungen im Niederlassungsrecht; ferner: Unterschiede in den nationalen Zoll- und Steuersystemen, in der Normengesetzgebung und im Immaterialgüterrecht.*“

Nicht alle der von Willemsen so formulierten Behinderungen des freien Warenaustausches in einer FH-Zone werden im EFTAÜbk auch tatsächlich geregelt. In den Wettbewerbsbestimmungen des EFTAÜbk wird nur allgemein festgehalten, dass solche Praktiken mit dem Abkommen unvereinbar sein sollen, die die vom Abbau oder Fehlen der Einfuhrzölle oder mengenmäßigen Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten erwarteten Vorteile wieder vereiteln können (Art 15). Die Wettbewerbsvorschriften richten sich außerdem nicht an einzelne Unternehmen oder andere Rechtssubjekte, sondern an die Mitgliedstaaten selbst. Eine unmittelbare Geltung dieser Normen in einem Mitgliedstaat wurde von den Vertragspartnern nie erwogen.

Die im EFTAÜbk gewählte Konstruktion der Wettbewerbsregeln ist in der Praxis schwer zu vollziehen, da nicht den Unternehmen wie in Art 85 EWG-V <sup>1155</sup> die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes innerhalb des Vertragsgebietes verboten wird, sondern nur jene Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen untersagt werden, die den Freihandel zwischen den Mitgliedstaaten negativ beeinflussen.<sup>1156</sup> Willemsen sagt somit zu Recht, dass die Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall objektiv gemessen werden müsste.<sup>1157</sup>

*„Weder nationalstaatliche, noch branchen- oder gar individuellen Unternehmerinteressen darf Rechnung getragen werden, es sei denn, diese Interessen deckten sich mit jenen der Assoziation als Gesamtheit. Eine Beeinträchtigung würde in diesem Sinne vorliegen, wenn die Marktergebnisse schlechter sind, als die unter Wettbewerbs- und Freihandelsverhältnissen zu erwartenden Resultate.“*

---

<sup>1154</sup> Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 184.

<sup>1155</sup> Die sog Zwischenstaatlichkeitsklausel wird vom EuGH weit ausgelegt. Sie besagt, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein muss, um europarechtlich verboten zu sein. Es genügt für den EuGH jedoch, dass man feststellen kann, dass sich ohne eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung die Warenströme anders entwickelt hätten (zB Drauz, EG-Wettbewerbspolitik gegenüber Unternehmer, ÖBl 1987, 113 (114)).

<sup>1156</sup> Die praktischen Schwierigkeiten, die sich bei Auslegung des Art 15 ergeben, wurden auch von der EFTA selbst anerkannt; zB EFTA Bulletin 1968, H 9, 8.

<sup>1157</sup> Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 294.

In die Beurteilung müssten aber nach Willemsen folgende Kriterien einbezogen werden: Die Vorteile für die Vertragsziele, die Beteiligung der Verbraucher, die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe und das Ausmaß dieser Eingriffe im Vergleich zur verbleibenden Freiheit, grenzüberschreitend wirtschaftlich tätig zu sein. Schwierige Probleme stellten sich außerdem dann, wenn zu beurteilen sei, ob Vorteile für 2 Mitgliedstaaten sich auch mit den Vorteilen für die Gesamtheit der EFTA-Staaten deckten.<sup>1158</sup>

Obwohl man aus der Konstruktion der EFTA-Wettbewerbsregeln schließen kann, dass auch die Mitgliedstaaten des EFTAÜbk für ihr gemeinsames Wettbewerbsrecht das Wirkungsprinzip<sup>1159</sup> beanspruchen, ist Willemsen wohl rechtzugeben, wenn er meint, dass die Durchsetzung des Wirkungsprinzips auf Grundlage des EFTAÜbk schwierig sein wird.<sup>1160</sup> Beeinträchtigt nämlich ein Unternehmen aus einem Nicht-Mitgliedstaat des EFTAÜbk den Wettbewerb in einem oder mehreren EFTA-Staaten, wird wohl keine Möglichkeit bestehen, das Wirkungsprinzip durchzusetzen, da der Staat, aus dem die Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht wird, ja gerade nicht zur Einhaltung des EFTAÜbk verpflichtet ist und sich die Wettbewerbsregeln des EFTAÜbk nicht direkt an Unternehmen richten. Die Wettbewerbsregeln des EFTAÜbk werden somit in aller Regel nur auf jene Praktiken anzuwenden und verfolgbar sein, die entweder von Rechtssubjekten eines Mitgliedstaates wo auch immer ausgeübt werden, wenn sie nur die Vorteile des Freihandels in der EFTA vereiteln und auf Wettbewerbs-handlungen von Rechtssubjekten eines Nicht-Mitgliedstaates, die unmittelbar im Staatsgebiet eines EFTA-Mitgliedstaates erfolgen. Auch im zweiten Fall wäre wohl jener Mitgliedstaat (oder jene Staaten) auf deren Staatsgebiet das Rechtssubjekt des Nicht-Mitgliedstaates seine Wettbewerbs-handlungen setzt, verpflichtet, dieses Verhalten zu verhindern.

Das EFTAÜbk sieht kein eigenes Entscheidungsorgan vor, das solche und vergleichbare dif-fizile Auslegungsprobleme lösen könnte. Da auch die nationalen Behörden zu einer ausrei-chenden Beurteilung der zu lösenden Fragen nicht bereit zu sein scheinen, ist bis jetzt kein Fall bekannt, der nach EFTA-Wettbewerbsrecht entschieden worden wäre. Alle möglichen Verletzungen der Wettbewerbsregelung wurden noch in der informellen Phase zwischen den Mitgliedstaaten und den EFTA-Organen bereinigt.<sup>1161</sup> <sup>1162</sup> Die EFTA konnte sich nur zu der sog. „Kopenhagener Erklärung des Ministerrates vom Oktober 1965 hinsichtlich der Behand-lung konkreter Fälle“ entschließen.<sup>1163</sup> Das „Kopenhagener Verfahren“ sieht primär ein in-formelles und vertrauliches bilaterales Verfahren zwischen den Staaten, in denen die Urheber

---

<sup>1158</sup> Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 196.

<sup>1159</sup> Zum Wirkungsprinzip allgemein: Abschnitt 3.4.7.

<sup>1160</sup> Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 291.

<sup>1161</sup> Die Bemühungen um ein Entscheidungsorgan beschreibt zB Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbe-werbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 197. Dazu auch: oA, Die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken in der EFTA, EFTA Bulletin 1970, H 7, 12.

<sup>1162</sup> Wie wenig Gewicht die EFTA selbst der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen beimisst, zeigt die Tatsa-che, dass in der Informationsbroschüre „Die europäische Freihandelsassoziation“ (1980) nur auf 3 Wettbewerbs-fälle hinweist, obwohl im gerade zitierten Artikel, oA, Die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken in der EFTA, schon 1970 über 6 Fällen berichtet wird. Informationen zu allen diesen Fällen sind der Öffentlichkeit jedoch nicht zugänglich. Beachte dazu auch: Weiss, The European Free Trade Association after Twenty-five-years, Yearbook of European Law 5, 1985, 287 (300).

<sup>1163</sup> EFTA Bulletin, Jg VIII; H 5, 4 f.

und die Benachteiligten einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ansässig sind, vor.<sup>1164</sup> Damit geht dieses Abkommen von Art 31 EFTAÜbk ab, der grundsätzlich auch bei Wettbewerbsverstößen anzuwenden wäre.

Insgesamt kann daher gesagt werden, dass die Wettbewerbsregeln der EFTA, sofern sie die Beschränkung des Wettbewerbs durch private Absprachen oder Marktmachtausübung durch Unternehmen betreffen, höchst ineffektiv sind, da sie als „*Akzessorium zum Freihandelssystem*“<sup>1165</sup> konstruiert sind. Für sich genommen haben sie daher auch keinen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Situation in Österreich. Sie sind nur insofern zu beachten, als sie zusammen mit den Wettbewerbsregeln des öEWGAbk, die in der Folge zu besprechen sind, ein Klima der Beobachtung der Wettbewerbssituation in den beiden Integrationsräumen geschaffen haben.

### 3.4.6.3 Die Wettbewerbsregeln des ÖEWGAbk

Anders als das Verhältnis der EFTA-Mitgliedstaaten untereinander, ist die Verbindung der Freihandelszonen-Partner der EWG nicht multilateral, sondern jeweils bilateral zwischen einem Staat und der EWG. Eine Verbindung zwischen den einzelnen Freihandelszonenpartnern der EWG untereinander besteht somit nicht.<sup>1166</sup> Alle FHA mit der EWG enthalten aber beinahe gleichlautende Wettbewerbsnormen.<sup>1167</sup> Man muss - und dies ist eine typische Folge der Konstruktion der FHA mit der EWG - davon ausgehen, dass die Auslegung der Normen auf Seite der EWG gegenüber jedem Partner gleich erfolgen wird, die Partnerstaaten selbst aber unterschiedliche Auslegungen vertreten können. Diese Tatsache macht deutlich, dass besonders das grundlegende Problem - ob nämlich die Wettbewerbsregeln der Freihandelszonenabkommen direkt anwendbar sind - von allen Vertragspartnern unterschiedlich gelöst werden können, da kein gemeinsames Entscheidungsorgan aller bilateralen Vertragspartner vorhanden ist.

Das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der FHA auf Unternehmen ist nicht vorrangig Gegenstand dieser Untersuchung. Dennoch müssen Überlegungen zu dieser Fragestellung hier berücksichtigt werden, um den tatsächlichen Einfluss der Wettbewerbsregeln auf das österreichische Wettbewerbsrecht feststellen zu können. Die völkerrechtliche als auch die verfassungsrechtliche Komponente dieses Problems wird hier jedoch nicht vorrangig behandelt.<sup>1168</sup> Es interessiert vor allem, wie die innerstaatliche Wettbewerbslage und damit das innerstaatliche Wettbewerbsrecht, durch Freihandelsabkommen praktisch beeinflusst werden.

---

<sup>1164</sup> Inhalt des Protokolls in Hanreich / Stadler, Österreich - Europäische Integration II, 4.0.1., 18.

<sup>1165</sup> Willemssen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 286.

<sup>1166</sup> Ein Abgehen von dieser Bilateralität ist auch Teil des sog Delors-Plan, Hafner, Ein dritter Weg für Österreich? Economy 1989, H 1, 54

<sup>1167</sup> Die Erl zum öEWGAbk, 485 BlgNR 13. GP, 328, weisen darauf hin, dass dieses Vertragswerk in Zusammenhang mit den anderen Freihandelszonenabkommen mit der EWG gesehen werden muss.

<sup>1168</sup> Vgl dazu zB: Bleckmann, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten im Rechtsraum der EWG, Zur Konstruktion des Verhältnisses zwischen dem Völker- und dem Gemeinschaftsrecht, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 85; Hummer, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen, in Koppensteiner, Rechtsfragen (1987), 43.

### 3.4.6.3.1 Die unmittelbare Anwendbarkeit von Freihandelszonenabkommen in der österreichischen Praxis und Rechtsprechung

Die Erl zur RV des öEWGAbk bezeichnen die Vorschriften des Abkommens als „*überwiegend zur unmittelbaren Vollziehung geeignet*“.<sup>1169</sup> Die Beschlüsse des Gemischten Ausschusses nach dem öEWGAbk treten nach Ansicht der Erl für Österreich unmittelbar in Kraft, ohne dass es dazu einer Transformation bedürfte.<sup>1170</sup> Zur innerstaatlichen Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften verweisen die Erl<sup>1171</sup> auf das EG-Abk-DurchführungsgG, sowie auf das damals in Beratung stehende KartG 1972.

Zu Art 23 Abs 1 ÖEWGAbk haben die Vertragsparteien folgende jeweils einseitige Erklärung abgegeben<sup>1172</sup>:

*„Erklärung der EWG zu Art 23 Abs 1 des Abkommens:*

*Die EWG erklärt, daß sie im Rahmen der den Vertragsparteien obliegenden selbständigen Anwendung des Art 23 Abs 1 des Abkommens die diesem Artikel zuwiderlaufenden Praktiken auf der Grundlage der Kriterien beurteilen wird, die sich aus der Anwendung der Art 85, 86, 90 und 92 des Vertrages zur Gründung der EWG ergeben.“*

*„Erklärung der Republik Österreich:*

*Österreichischerseits wird festgestellt, daß zwischen den Vertragsparteien Einvernehmen darüber besteht, daß durch die Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die autonome Anwendung des Art 23 Abs 1 des Vertrages zwischen der Republik Österreich und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft seitens der Vertragsparteien die Rechte der Republik Österreich aus den Vertragsbestimmungen nicht geändert werden.“*

*„Erklärung der EWG über die regionale Anwendung bestimmter Vorschriften des Abkommens:*

*Die EWG erklärt, daß die Anwendung der Maßnahmen, die sie gegebenenfalls auf der Grundlage von Art 23, 24, 25 und 26 des Abkommens nach dem Verfahren und den Modalitäten von Art 27 sowie auf der Grundlage von Art 28 trifft, nach ihren eigenen Regeln auf eine ihrer Regionen beschränkt werden kann.“*

Die einseitigen Erklärungen der EWG und Österreichs begründeten für die Republik Österreich oder die EWG keine rechtlichen Verpflichtungen und waren daher nicht als Staatsverträge anzusehen; darüber bestand Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien. Die Erklärungen bedurften somit in Österreich nicht der Genehmigung durch den Nationalrat gem Art 50 Abs 1 B-VG.

---

<sup>1169</sup> 485 BlgNR 13. GP, 329.

<sup>1170</sup> ZB Hanreich, Die Beschlüsse internationaler Wirtschaftsorganisationen im österreichischen Rechtsquellen-system, öZöfR 1975; Griller, Die Organe der Freihandelsabkommen und ihre Befugnisse im Lichte der Österreichischen Rechtsordnung, in Hanreich / Stadler, Österreich - Europäische Integration III, 10.1..

<sup>1171</sup> 485 BlgNR 13. GP, 337.

<sup>1172</sup> 485 BlgNR 13. GP, 331.

Die österreichischen Verwaltungsbehörden und Gerichte wurden in der Folge nur in Einzelfällen mit Fragen des öEWG Abk konfrontiert. Der erste Fall, mit dem sich ein österreichisches Höchstgericht mit dem Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit von Normen aus Freihandelszonenverträgen auseinandersetzen musste, betraf einen Fall, der nach dem Vorarlberger LandschaftsschutzG vom VwGH zu entscheiden war.<sup>1173</sup>

Der Beschwerdeführer behauptete in seinem Antrag an der VwGH, § 17 Abs 2 Vorarlberger LandschaftsschutzG stehe in Widerspruch zu Art 8 EFTAÜbk. Eine bestimmte rechtliche Konsequenz dieses Widerspruchs wurde vom Beschwerdeführer nicht behauptet. Der VwGH stellte zuerst, aufgrund eines in der E nicht wiedergegebenen Vorbringens der Beschwerdeführerin, fest, dass diese nicht dazu legitimiert sei, „eine allfällige Verletzung der Rechte der Schweizer Bundesrepublik aus dem EFTA-Übereinkommen durch die belangte Behörde geltend zu machen.“<sup>1174</sup>

Dann legte der VwGH dar, dass die hier wesentliche Bestimmung des EFTAÜbk nicht in Verfassungsrang stünde. Daher fand er keinen Anlass, diese dem VfGH zur Entscheidung vorzulegen. Obwohl, wie zitiert, zuerst darauf hingewiesen wurde, dass die Beschwerdeführerin keine Legitimation besäße, völkerrechtliche Ansprüche von EFTA-Mitgliedstaaten geltend zu machen, sprach der VwGH dann aus, dass das Vorarlberger Landschaftsschutzgesetz keine Diskriminierung „eines anderen EFTA-Mitgliedstaates iS der Erhebung einer Abgabe mit gleicher Wirkung wie einem Ausfuhrzoll“ begründe.<sup>1175</sup> Der VwGH untersuchte daher dann nur mehr ob „die von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung der Gesetzesstelle nach den allgemeinen Interpretationsregeln richtig ist.“<sup>1176</sup>

Der VwGH behandelte die Frage, ob Art 8 EFTAÜbk unmittelbar auf österreichische Staatsbürger anzuwenden ist, in diesem Fall nicht. Er ging in seiner Entscheidung nur davon aus, dass die Beschwerdeführerin nicht berechtigt sei, verwaltungsrechtliche Ansprüche für andere EFTA-Mitgliedstaaten zu stellen und wandte daher ausschließlich das Vorarlberger LandschaftsschutzG an. Damit lehnte er für diese Fallkonstruktion aber inzident auch die unmittelbare Anwendbarkeit von Normen des EFTAÜbk auf Privatrechtssubjekte ab.

Das zweite in Österreich ergangene Urteil eines Höchstgerichtes betraf einen Sachverhalt, der es notwendig machte, sich direkt mit der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des öEWGAbk zu beschäftigen.<sup>1177</sup> Da jedoch von den Parteien des Verfahrens zu diesem Punkt keine ausreichenden Vorbringen gemacht wurden, konnte sich der OGH mit folgenden, seine Begründung abschließenden Bemerkungen begnügen:

*„Inwiefern dieses Ergebnis mit den Bestimmungen des sog „Globalabkommens“ zwischen Österreich und den europäischen Gemeinschaften (BGBl 1972, Nr. 466) nicht zu vereinbaren wäre, hat die Beklagte nicht näher begründet; der OGH kann sich daher diesbezüglich mit einem Hinweis auf die Ausführungen Dittrichs (ÖBl 1977, 81 ff) begnügen, wonach das Ent-*

---

<sup>1173</sup> VwGH 16.12.1977, RIW 1978, 343 mit einem Kommentar von Seidl-Hohenveldern.

<sup>1174</sup> RIW 1978, 344.

<sup>1175</sup> RIW 1978, 345.

<sup>1176</sup> RIW 1978, 345.

<sup>1177</sup> OGH 10.7.1979, GRURInt 1980, 185.

*stehen und die Ausübung von Urheberrechten im weiteren Sinn - jedenfalls insoweit, als die dabei vereinbarten Beschränkungen über den Inhalt des Schutzrechts nicht hinausgehen - den erwähnten "Globalabkommen" nicht unterliegen und insbesondere § 16 Abs 3 UrhG von § 5 Abs 2, 24 Abs 2 KartG in keiner Weise überlagert wird (aaO S 87 f).“<sup>1178</sup>*

Die Frage der unmittelbaren Geltung wurde somit in diesem Urteil des OGH ebenfalls nicht entschieden.

In einem Antrag auf Gesetzesprüfung an den VfGH stellte der VwGH in einem weiteren Fall zur Begründung seines Antrages ua fest, dass die gem Art 60 erlassene Entscheidung der EGKS, die nach Art 20 öEGKSAbk, „auch für Österreich gelten solle“, möglicherweise in Österreich nicht unmittelbar anwendbar sei. Der VfGH setzte sich in seiner E 28.11.1983<sup>1179</sup> nicht mit der Frage des VwGH, ob die VO 12.12.1978 über die Erhebung eines Antidumpingzollens dem öEGKSAbk widersprechen würde, auseinander, sondern hob sie wegen eines Verfahrensfehlers auf.

Auch in der E VwGH 15.3.1984<sup>1180</sup> musste sich der VwGH nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob Normen des öEWGAbk unmittelbar anzuwenden wären, da die relevanten Bestimmungen durch das EG-Abk-Durchführungsg und das ZollG ausdrücklich in die österreichische Rechtsordnung umgesetzt worden waren. Nur für das Verhältnis der Vertragspartner untereinander (nämlich zur Frage des Inhaltes von Amtshilfetätigkeiten) zog der VwGH auch Bestimmungen des öEWGAbk heran.<sup>1181</sup> Wie im Fall des Vorarlberger Landschaftsschutzgesetzes war auch aus dieser E zwischen den Zeilen zu erkennen, dass der VwGH eine unmittelbare Geltung der Normen der Freihandelsabkommen für einzelne Rechtsunterworfenen ablehnte.

#### 3.4.6.3.2 Die Schweizerische Praxis und Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Freihandelsabkommen

Der Schweizerische Bundesrat hat anlässlich der Genehmigung des Vertrages mit der EWG eine offizielle Stellungnahme zu einer Erklärung der EWG, die ident mit jener gegenüber Österreich war, gemacht.<sup>1182</sup> Der Bundesrat stellte, ausführlicher als Österreich,<sup>1183</sup> fest:

*„Es ist somit festzuhalten, daß das Abkommen die Vertragsparteien nicht zwingt, ihre eigene Wettbewerbspolitik und -gesetzgebung zu ändern. Insbesondere ergibt sich daraus keine Verpflichtung, das im schweizerischen Kartellgesetz verankerte Prinzip der Mißbrauchsbekämpfung zugunsten einer Präventivgesetzgebung aufzugeben. Das Freihandelsabkommen stellt vielmehr Wettbewerbsregeln auf, die zu den Kartellrechtsbestimmungen der Schweiz, der EWG und der EWG-Mitgliedstaaten hinzutreten und die zusätzlich zu diesen Gesetzen den Wettbewerb im Warenverkehr zwischen der Schweiz und der EWG ordnen. In der schweizeri-*

---

<sup>1178</sup> GRURInt 1980, 188.

<sup>1179</sup> VfGH 28.11.1983, V 42/82.

<sup>1180</sup> JBl 1985, 442.

<sup>1181</sup> JBl 1985, 445.

<sup>1182</sup> Botschaft des Bundesrates vom 16.8.1972, S 700 ff, zitiert nach Meier / Meyer-Marsilius, ua, Abk Schweiz-EWG, Bd 4, Abschnitt 14.2..

<sup>1183</sup> 485 BlgNR 13. GP, 331.

*schen Wettbewerbspolitik hat übrigens die Konkurrenz durch die Einfuhr von jeher eine Rolle gespielt, sodaß das Abkommen in diesem Bereich keine grundsätzliche Neuerung für die schweizerischen Unternehmen bringt. Auch Exportkartelle sind im Hinblick auf die EFTA-Wettbewerbsregeln in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes einbezogen worden, doch hat die Praxis ihnen bisher wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dies kann sich nun natürlich in Anbetracht der Neuordnung der Handelsbeziehungen mit der EWG und der größeren Aufmerksamkeit, mit der das störungsfreie Funktionieren dieses Handels beobachtet werden muß, ändern.“*

Der Schweizerische Kassationshof musste sich erstmals im sog Adams-Fall mit der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Rechts des schwEWGAbk befassen.<sup>1184</sup> Das Schweizerische Bundesgericht stellte sich in der Revision zu dieser E der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des schwEWGAbk. Das Bundesgericht begann seine Argumentation damit, dass bei Abschluss des schwEWGAbk *„die bestehenden Rechtsordnungen gegenseitig anerkannt und deren uneingeschränkte autonome Durchsetzung gutgeheißen“* wurde.<sup>1185</sup> Es fuhr dann in Bezug auf die Wettbewerbsnormen des Art 23 schwFHA fort:

*„Art 23 FHA schafft sodann kein Verhaltensrecht für Private (Amtsbericht EJPD, act 415 a); er stellt lediglich fest, welche Praktiken mit dem guten Funktionieren des Freihandelsabkommens unvereinbar seien, verbietet diese aber nicht, bezeichnet sie auch nicht als rechtswidrig und erklärt sie im Gegensatz zu Art 85 und 86 des EG-Vertrages weder als nichtig noch sieht er Sanktionen vor; er ermächtigt die Vertragsparteien lediglich, gem den in Art 27 FHA festgelegten Voraussetzungen und Verfahren geeignete Maßnahmen zu treffen. Die Anwendung innerstaatlicher Rechtsnormen hat demnach nicht zurückzustehen, wenn die Wettbewerbsgrundsätze des Freihandelsabkommens beeinträchtigt werden. Ist Art 23 FHA keine Verbotsnorm, so kann er auch nicht verletzt werden (Amtsbericht EJPD, act 415 a). Schon in seiner Antwort auf die einfache Anfrage Jauslin (act 415 b) hatte der Bundesrat darauf hingewiesen, das Freihandelsabkommen und dessen Wettbewerbsgrundsätze berührten die beiderseitigen Strafgesetze, insbesondere Art 273 StGB nicht. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen läuft deshalb den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz aus dem Freihandelsabkommen nicht zuwider; eine Kollision zwischen innerstaatlichem und staatsvertraglichem Recht liegt nicht vor.“*

Gleich im nächsten Jahr war die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des schwEWGAbk in einem Zivilverfahren, dem sog OMO-Fall, wieder zu beurteilen.<sup>1186</sup> Das Bundesgericht begründete seine E ausführlich:

Von der Bundesversammlung genehmigte Staatsverträge könnten auch Einzelpersonen verpflichten, wenn diese *„unmittelbar anwendbar, dh inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind“*. Das BG vertrat aber den Standpunkt, dass das schwEWGAbk ein reines Handelsabkommen sei,

---

<sup>1184</sup> E 3.5.1978, BGE Vol 104 (1978) IV, 175.

<sup>1185</sup> E 3.5.1978, BGE Vol 104 (1978) IV, 179.

<sup>1186</sup> Bundesgericht 25.1.1979, GRURInt 1979, 569.

„...das nicht wie der EWG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloß eine Freihandelszone schaffen will. Es beschränkt sich zudem im Wesentlichen auf den industriellen Freihandel. Bei seiner Aushandlung wurde nicht nur eine Pflicht zur gegenseitigen Angleichung der gemeinschaftlichen und schweizerischen Rechtsnormen bewußt ausgeschlossen; die bestehenden Rechtsordnungen und deren uneingeschränkte autonome Durchsetzung wurden vielmehr gegenseitig vorbehalten (BGE 104 IV 179 mit Hinweisen auf amtliche Stellungnahmen). Das Abkommen sieht auch kein Organ vor, das wie der Europäische Gerichtshof als Institution der EWG die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Normen für die Vertragsparteien verbindlich festlegen könnte. Es begnügt sich mit einem Gemischten Ausschuß, der für die ordnungsgemäße Erfüllung des Abkommens zu sorgen hat, aber nur Empfehlungen aussprechen kann (Art 29 FHA).

Diese Unterschiede sind auch bei der Auslegung einzelner Bestimmungen zu beachten, weshalb es entgegen den Einwänden der Beklagten nicht angeht, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu analogen Bestimmungen des EWG-Vertrages unbesehen zu übernehmen. Die Schweiz wird durch das Abkommen nicht gezwungen, ihre Wirtschaftspolitik und innere Gesetzgebung mit derjenigen der EWG zu harmonisieren, mag es auch nahe liegen, in konkreten Fällen für gleichartige Probleme ähnliche Lösungen wie die Nachbarstaaten anzustreben (Botschaft zum FHA, BuBl 1972, 730) ; dies ändert jedoch nichts daran, daß der schweizerische Richter das Abkommen seinem handelspolitischen Charakter und Zweck entsprechend autonom auszulegen und anzuwenden hat. Staatsverträge sind zudem in erster Linie nach ihrem Text auszulegen. Ist dieser klar und seine Bedeutung, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie aus dem Gegenstand und Zweck des Vertrages ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, so kommt eine andere Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder aus der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schließen ist (BGE 97 I 363, 96 I 648 mit Hinweisen).“

Das BG legte dann Art 13 und 20 schwEWGAbk aus und kam zu einem anderen Ergebnis als der EuGH bei Auslegung vergleichbarer Normen des EWGV:

„b) Art 13 FHA ist nach seinem Wortlaut klar, und für eine davon abweichende Auslegung liegen keine Anhalte vor. Mit „Maßnahmen gleicher Wirkung“ können nur solche gemeint sein, welche die Wareneinfuhr unmittelbar betreffen. Einfuhrverbote oder -beschränkungen, die zum Schutze des gewerblichen Eigentums gerechtfertigt sind, werden in Art 20 FHA ausdrücklich vorbehalten. Solche Vorbehalte können sich aber auch aus dem schweizerischen Markenrecht ergeben, die die Anwendung des Art 13 FHA folglich ausschließen.“

Das BG fährt dann fort:

„Die Vorschriften des Art 13 richten sich zudem an den schweizerischen Gesetzgeber und an die Verwaltung. Daß sie Rechte und Pflichten begründen würden, welche der schweizerische Richter in einem Entscheid über eine zivilrechtliche Streitigkeit zu beachten hätte, ist ihnen nicht zu entnehmen. Eine bestimmte Verhaltensnorm mit zivilrechtlichen Folgen ergibt sich auch dann nicht, wenn Art 13 iVm Art 20 Abs 2 und 23 FHA ausgelegt wird. Art 20 Satz 2 will

*Diskriminierungen und verschleierte Beschränkungen des Handels von den Rechtfertigungsgründen ausgenommen wissen, während Art 23 lediglich feststellt, welche Praktiken mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar sind: Er erklärt sie im Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen des EWG-Vertrages aber weder als rechtswidrig noch als nichtig und sieht auch keine Sanktionen vor, sondern ermächtigt die Vertragsparteien lediglich gem den in Art 27 FHA festgelegten Voraussetzungen und Verfahren vorzugehen (BGE 104 IV 179/80).“*

Das BG entschied somit, dass Art 13, 20 FHA nicht unmittelbar für Rechtsunterworfenen gelten, aber selbst dann, wenn dies der Fall wäre, würde Art 13 und 20 FHA nicht zu einem Verbot der Marktaufteilung mit Hilfe des Markenrechts führen.<sup>1187</sup>

Eine weitere interessante und hier wesentliche Komponente zur Auslegung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ist im zitierten OMO-Urteil enthalten. Das BG bezog sich nämlich auf Abs 4 der Präambel des schwEWGAbk, der festlegt, dass das Abk so auszulegen ist, dass die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen aus anderen völkerrechtlichen Verträgen wahrnehmen können. Vor dem 1.1.1973 abgeschlossene Völkerrechtsverträge gingen daher dem schwEWGAbk vor. Die Fragen nach Funktion, Inhalt und Verkehrsgeltung einer Marke seien aber vor allem nach den zeitlich vor dem schwEWGAbk abgeschlossenen PVÜ und dem Madrider Markenabkommen nach dem Recht des Verbandslandes, in dem der Schutz verlangt wird, zu beurteilen. Diese vom BG aufgeworfenen Rangfragen von mehreren internationalen Abkommen wettbewerbsrechtlichen Inhalts sind meines Wissens bisher weder in E noch in wissenschaftlichen Arbeiten gestellt worden.

#### 3.4.6.3.3 Die Praxis der EWG und die RSp des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Freihandelsabkommen

Obwohl verschiedentlich und zu Recht festgestellt wird, dass die EWG den Normen der Freihandelsabkommen zu wenig Bedeutung zumisst,<sup>1188</sup> ist es der EuGH, der sich am meisten und intensivsten mit der Auslegung der FHA zwischen der EWG und mehreren Staaten und anderer Handelsabkommen und daher besonders mit dem Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Normen beschäftigte.

Die wichtigsten Urteile dieser Entscheidungskette beginnen mit dem Urteil Internationale Fruit Co gegen Produktschap voor Groenten en Fruit.<sup>1189</sup> In diesem Verfahren war die unmittelbare Wirkung von Art 11 GATT zu beurteilen. Sie wurde vom EuGH verneint; das GATT sei durch große Geschmeidigkeit seiner Bestimmungen gekennzeichnet; das Abkommen wolle kein „richterrechtlich durchsetzbares“ Recht schaffen.

Ähnlich entschied der EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 62 Lome-Abkommen

---

<sup>1187</sup> In seiner E 2.9.1986 (Maison Godard-Burnet-Fall) prüfte das BG die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von FHA nicht, da eine Verletzung einer Norm dieses Abk nicht vorlag.

<sup>1188</sup> W.-H. Roth, Kartellrecht und Subvention, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 239, unter Bezug auf Pescatore (FN 1).

<sup>1189</sup> EuGH RSp 1972, 1219 ff; Mestmäcker, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, in FS Zweigert (1981), 681 (687).

(Nichtdiskriminierung im Bereich von Dienstleistungen und Niederlassungen).<sup>1190</sup> Er verneinte die unmittelbare Anwendbarkeit, ebenso wie jüngst in der E zu Art 12 Assoziierungsabkommen EWG/Türkei.<sup>1191</sup>

Die E zu Art 13 Abs 2 Jaunde-Abkommen (Verbot zollgleicher Abgaben),<sup>1192</sup> und zum Verbot diskriminierender steuerlicher Belastungen in Art 13 Assoziierungsabkommen mit Griechenland bejahte hingegen die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung.<sup>1193</sup>

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Bestimmungen der FHA war vor allem in 4 Urteilen des EuGH von Bedeutung. Das erste Urteil behandelte das Thema der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht direkt, ging aber offenbar von der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 13 schwEWGAbk aus.<sup>1194</sup>

In der zweiten Entscheidung<sup>1195</sup> entschied der EuGH darüber, ob seine RSp zu den Artt 30 und 36 EWGV, die besagt, dass ein einmaliges berechtigtes Inverkehrbringen einer Ware in das Gebiet der EWG die Erschöpfung des damit verbundenen Urheberrechts bewirkt, auf das FHA mit Portugal (Artt 14 und 23 portEWGAbk) zu übertragen sei.<sup>1196</sup> Der EuGH entschied, dass allein die Ähnlichkeit des Wortlauts der Bestimmungen kein ausreichender Grund dafür sei, die RSp zu den Artt 30, 36 EWGV auf ähnliche Bestimmungen des FHA mit Portugal zu übertragen. Die Überlegungen, die zur Auslegung der Artt 30 und 36 EWGV geführt hätten, gälten nämlich nicht für die Beziehungen im Rahmen des Vertrages EWG-Portugal. Dieses Abkommen ließe nämlich erkennen, dass dessen Bestimmungen, obgleich sie die unbedingte Beseitigung bestimmter Beschränkungen des Handels zwischen der Gemeinschaft und Portugal - wie der mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung - vorschreiben, nicht die gleichen Ziele hätten wie der EWG-Vertrag. Der EWGV ziele darauf ab, einen einheitlichen Markt zu schaffen, dessen Bedingungen denjenigen eines Binnenmarktes möglichst nahekommen sollen. Die Zielsetzung des portEWGAbk gehe hingegen nicht so weit. Eine Unterscheidung in der Auslegung sei umso mehr geboten, als die Instrumente, über die die Gemeinschaft verfüge, um innerhalb des gemeinsamen Marktes zur einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechtes und zur schrittweisen Abschaffung der Unterschiede in den Rechtsvorschriften zu gelangen, in den Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und Portugal kein Äquivalent fänden. Die Ausübung von nationalen Urheberrechten sei daher nicht als eine verschleierte Handelsbeschränkung iS des portEWGAbk anzusehen.

---

<sup>1190</sup> EuGH 24.11.1977 - RS 65/77 - Jean Razantsimba; EuGH RSp 1977, 2229; Mestmäcker, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, FS Zweigert (1981), 681 (688).

<sup>1191</sup> EuGH 30.9.1987, RS 12/86, EuR-Europarecht 1988, 46 mit einer Besprechung von Veelken, Ausländerrecht für türkische Arbeitnehmer, Die Demirel-Entscheidung des EuGH, das Bundesgericht und die Folgen, EuR-Europarecht 1988, 50.

<sup>1192</sup> EuGH 5.2.1976, RS 87/75 - Bresciani/Italienische Finanzverwaltung, EuGH Slg 1976, 141 = RIW 1976, 225; Veelken, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsverträge der EG mit den sog Rest-EFTA-Staaten, RIW 1988, 112 (115).

<sup>1193</sup> EuGH 29.4.1982, RS 17/81 - Pabst und Richarz / Hauptzollamt Oldenburg, EuGH Slg 1982, 1331 = RIW 1982, 432.

<sup>1194</sup> EuGH 24.4.1977 - RS 65/79 - Wirkstoffe-Zollwert (Chatain), EuGH Slg 1980, 1345 ff = RIW 1980, 508.

<sup>1195</sup> EuGH 9.2.1982, RS 270/80 - freier Verkehr mit Schallplatten; Urheberrechte (Polydor), EuGH Slg 1982, 329 ff = RIW 1982, 358.

<sup>1196</sup> Diese Artt des portEWGAbk entsprechen den Art 13 und 23 öEWGAbk.

Wie im Urteil Chatain<sup>1197</sup> ging der EuGH nicht explizit auf die Frage ein, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit der angewendeten Bestimmungen des portEWGAbk gegeben sei. Er ging aber offenbar von der unmittelbaren Anwendung aus, ohne die er eine Interpretation der genannten Normen gar nicht vornehmen hätte müssen.

Anders argumentierte der EuGH in seinem Urteil Kupferberg I.<sup>1198</sup> Auch in diesem Fall war das portEWGAbk auszulegen. Der EuGH kam hier zum Ergebnis, dass weder Rechtsnatur noch Systematik des portEWGAbk gegen die unmittelbare Anwendbarkeit sprächen. Der EuGH bejahte daher die direkte Anwendbarkeit von Art 21 portEWGAbk, erkannte aber, dass die Auslegung dieser Bestimmung des portEWGAbk anders erfolgen müsse, als die des vergleichbaren Art 95 EWGV.<sup>1199</sup>

Im Verfahren S. Adams hatte sich der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die EWG verpflichtet sei, Verstöße gegen die Wettbewerbsnormen des schwEWGAbk vor den Gemischten Ausschuss dieses Abk zu bringen.<sup>1200</sup> Weiters ob die EWG verpflichtet sei, als ultima ratio, dieses Abk zu kündigen, wenn es nicht gelinge, den Vertragspartner von seiner Auslegung dieser Bestimmungen zu überzeugen.

Folgender Sachverhalt lag dem Verfahren zugrunde: S. Adams klagte die EWG auf Schadenersatz, weil diese nicht auf ein Verfahren vor dem gemischten Ausschuss mit der Schweiz bestanden habe und als ultima ratio das Abk gekündigt hätte. Der EuGH lehnte einen Schadenersatzanspruch ab. Die Einleitung eines Verfahrens vor dem Gemischten Ausschuss sei eine politische Entscheidung. Der Einzelne hätte keinen Anspruch auf ein Verfahren vor dem Gemischten Ausschuss.

Aus dem Urteil könnte man ableiten, dass der EuGH der Ansicht ist, dass die Artt 23 ff schwEWGAbk nicht unmittelbar anwendbar seien, weil die potentielle Sanktionslosigkeit dieser Normen anders schwer zu erklären wäre. Mit einer solchen Rechtsmeinung würde der EuGH auch die Meinung der Kommission teilen, die davon ausgeht, dass die Wettbewerbsregeln der FHA nicht unmittelbar auf Unternehmen anzuwenden sind.<sup>1201</sup>

#### 3.4.6.3.4 Wissenschaftliche Meinungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit der FHA, besonders der Wettbewerbsregeln

Eine Reihe von wissenschaftlichen Arbeiten beschäftigte sich mit der Frage der direkten oder unmittelbaren Anwendbarkeit der FHA. In der österreichischen, schweizerischen und deutschen Literatur wurden die FHA Österreichs und der Schweiz mit der EWG überwiegend als grundsätzlich direkt „*anwendungsfähig*“ anerkannt. Unterschiedliche Meinungen bestanden in Bezug auf die Anzahl der Vorschriften, die ausreichend bestimmt sind, um unmittelbar ange-

<sup>1197</sup> EuGH 24.4.1977 - RS 65/79 - Wirkstoffe-Zollwert (Chatain), EuGH Slg 1980, 1345 ff = RIW 1980, 508.

<sup>1198</sup> EuGH 26.10.1982, RS 104/81 - Wirkungen der Freihandelsabkommen - steuerliche Diskriminierung (Kupferberg I), EuGH Slg 1982, 3641 ff = RIW 1982, 904. Die RS 253/83 - Kupferberg II, EuGH Slg 1985, 157 bestätigte die Ausführungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit in Kupferberg I.

<sup>1199</sup> Als Beispiel für die nationale Auslegung eines FHA der EG durch einen EG-Mitgliedstaat, sei auf die E BFH 30.7.1987, RIW 1986, 73 verwiesen. Der dt BFH wendete die relevanten Normen des schwEWGAbk als in der BRD unmittelbar geltende EWG-Verordnung (EWGVO 2840/72) direkt an.

<sup>1200</sup> RS 53/84 - außervertragliche Haftung - Pflicht zur Anrufung des Gemischten Ausschusses EWG - Schweiz.

<sup>1201</sup> 2. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1973), 17; 6. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1977), 35.

wendet werden zu können. Die nationalen RSp der Freihandelszonen-Länder und der RSp des EuGH, die zur Frage der unmittelbaren Anwendung von Normen der FHA manchmal zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen, wurden in diesen Arbeiten immer wieder diskutiert.

Besonders Bebr trat wegen dieser zum Teil widersprüchlichen RSp für eine Änderung der RSp des EuGH ein.<sup>1202</sup> Er vertrat die Meinung, dass die Anwendung der Normen der FHA im Bereich der EG nur bei reziproker Anwendung im Bereich des FH-Partners erfolgen sollte.

In diesen Arbeiten wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Bestrebungen einer weiteren Annäherung zwischen der EFTA und der EWG nach der Erklärung von Luxemburg<sup>1203</sup> und den folgenden Verhandlungen und Bekräftigungen dieser Entwicklung auch auf die RSp der Gerichte der EFTA-Staaten Auswirkung zeigten und eine integrationsfreundlichere Judikatur zur Folge haben sollte.<sup>1204</sup>

Ganz überwiegend bestand in der österreichischen, schweizerischen und deutschen Lehre die Meinung, dass die jeweiligen Art 23 ff FHA nicht zu den unmittelbar anwendbaren Normen gezählt werden könnten.<sup>1205</sup> Als Argumente, die gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit der Art 23 ff FHA sprachen, nannte zB Mestmäcker<sup>1206</sup>:

*„- das Fehlen der Nichtigkeitsfolge oder einer anderen im Verhältnis der Vertragspartner zueinander wirksamen Sanktion in den Freihandelsabkommen;*

*- das Fehlen einer Art 85 III entsprechenden Ausnahmeregelung;*

*- das Fehlen jeder direkten materiellen oder verfahrensrechtlichen Verpflichtung der Unternehmen, deren Verhalten Gegenstand der Regelung ist;*

*- auch wenn eine Vertragsverletzung festgestellt ist, verpflichten die Abkommen nicht die beteiligten Unternehmen, sondern lediglich die Vertragsparteien, für die Beendigung der beanstandeten Praktiken Sorge zu tragen;*

---

<sup>1202</sup> Bebr, Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche Wirksamkeit, EuR 1983, 128 (158).

<sup>1203</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1984, H 4, 10.

<sup>1204</sup> Hummer, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 43 (69).

<sup>1205</sup> Baldi, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, WuR, 1984, 83 (95); Baldi, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art 42/43 des Kartellgesetzes, WuR, 1989, 53 (58); Koller, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 23 der Freihandelsabkommen Schweiz-EWG, Melanges en l'honneur de Henri Deschenaux (1977), 600 ff; Koppensteiner, Auswirkungen des FHA zwischen Österreich und der EWG auf das österreichische Kartellrecht, in FS Kummer, (1980) 376 und FN 4; Mestmäcker, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, in FS Zweigert (1981), 681; W-H. Roth, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 409 (417) - W-H. Roth vertrat bereits in dieser Arbeit die Ansicht, dass Art 23 von den EG-Mitgliedstaatsgerichten über die EWG-VO, die die FHA in die EG-Rechtsordnung umsetzten (zB das öEWGAbk: Abl Nr L 300 vom 31.12.1972), anzuwenden sei und baute diese Meinung in W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 239 (260) aus; Veelken, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelszonenverträge der EG mit den sog Rest-EFTA-Staaten, RIW 1988, 112 (120).

<sup>1206</sup> Mestmäcker, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, in FS Zweigert (1981), 681 (694).

- als Sanktion bei Fortsetzung einer Vertragsverletzung oder bei Nichtzustandekommen eines Beschlusses des Gemischten Ausschusses sind Schutzmaßnahmen, insbesondere das Zurückziehen von Zollzugeständnissen, in Art 27 vorgesehen.“

Er vertrat die Meinung, dass diese Verschiedenheiten Rechtsfragen betreffen, welche die Entwicklung der Wettbewerbspolitik in der Gemeinschaft begleitet hätten, und die den Kern jeder Kartellgesetzgebung bildeten. Es handle sich nicht nur um Abweichungen im Wortlaut, sondern um bewusste wettbewerbsrechtliche Regelungslücken.

Mestmäcker resümierte: Die Entstehungsgeschichte der Freihandelsabkommen, ihr Zusammenhang mit dem EWG-Vertrag und dem Vertrag von Stockholm sowie die festgestellten kartellrechtlichen Regelungslücken führten daher zu dem Ergebnis, dass die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auf die völkerrechtliche Ebene beschränkt sein sollten.<sup>1207</sup>

Wulf-Henning Roth<sup>1208</sup> setzte dieser herrschenden Ansicht, die auch er als von der Praxis der EG-Kommission gestützt erkannte<sup>1209</sup>, eine vorsichtige und bedenkenswerte Position entgegen, die vielleicht die zukünftige RSp der nationalen Gerichte und des EuGH beeinflussen könnte. Voraussetzung für eine solche Beeinflussung wäre, dass die Entwicklungen der Integrationspolitik in den EFTA-Mitgliedstaaten in Richtung einer immer weiter gehenden Annäherung der Rechtsordnungen dieser Staaten an die EG-Rechtsordnung gegangen wären.

W-H. Roth<sup>1210</sup> nahm die Grundsätze des Kupferberg I Urteils des EuGH zum Anlass, die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Art 23 FHA neuerlich zu überprüfen. Nach seiner Ansicht stünde der Umstand, „daß die Vertragspartner in Artt 27, 28 öFHA völkerrechtliche Sanktionen und ein Schlichtungsverfahren vorgesehen haben, der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 23 Abs 1 ÖFHA nicht entgegen.“

Er wies darauf hin, dass der Mangel der Sanktionierung von Kartellabsprachen nur darauf zurückzuführen gewesen sei, dass die EFTA-Partner das Verbotsprinzip der Art 85, 86 EWGV nicht übernehmen wollten. Für die EG-Rechtsordnung sei es auch nicht entscheidend gewesen, ob Art 23 in den EFTA-Staaten als unmittelbar anwendbar angesehen wurde. Diese Frage wäre von jedem Staat iS des Völkerrechts autonom zu entscheiden gewesen.<sup>1211</sup> W-H Roth meinte zusammenfassend, dass Art 23 sicherlich auslegungsbedürftig - aber auch auslegungsfähig sei.<sup>1212</sup>

Er schloss seine Ausführungen: „Im ganzen will mir daher scheinen, daß die von der Kommission der Gemeinschaft vertretene These, daß die kartellrechtlichen Bestimmungen des

---

<sup>1207</sup> Mestmäcker, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, in FS Zweigert (1981), 681 (695).

<sup>1208</sup> W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 239.

<sup>1209</sup> 2. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1973), 17; 6. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1977), 35.

<sup>1210</sup> W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 262.

<sup>1211</sup> Bebr, Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche Wirksamkeit, EuR 1983, 128 (158) ist gegenteiliger Meinung.

<sup>1212</sup> W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 264.

*Freihandelsabkommens nicht unmittelbar anwendbar sind, einer erneuten Überprüfung bedarf.“<sup>1213</sup>*

Waellbroeck<sup>1214</sup> und Urlesberger<sup>1215</sup> entfernten sich weiter als W-H. Roth von der Praxis der EG-Kommission. Waellbroeck meinte, Art 23 FHA sei unmittelbar anzuwenden, weil sich die Vertragsstaaten in Art 22 FHA verpflichtet hätten, sich aller Maßnahmen zu enthalten, die geeignet seien, die Verwirklichung der Ziele der FHA zu gefährden. Urlesberger war zum Teil mit ähnlichen Argumenten wie W-H. Roth der Ansicht, dass Art 23 FHA sowohl in Österreich, als auch in der EWG unmittelbar anwendbar gewesen sei. Dem Ergebnis der Untersuchung Urlesbergers bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 23 öEWGAbk in Österreich ist wohl zu folgen, da § 24 KartG 1972, § 7 und § 23 KartG 1988 auf Art 23 öEWGAbk verweisen. Richtig stellte Urlesberger auch fest, dass damit zur praktischen Vollziehung dieser Bestimmungen nichts gewonnen wäre, da sie durch diesen Verweis nicht justiziable geworden seien. Urlesberger zitierte zur Bestärkung seiner Meinung ein Gutachten des BKA-VD.<sup>1216</sup> Die zitierte Passage des Gutachtens des BKA-VD betonte zuerst die unbestrittene Tatsache, dass auch Art 23 generell transformiert wurde und fährt dann fort:

*„Damit gilt der Art 23 wie ein innerstaatliches Gesetz. Um die innerstaatliche Erfüllung der übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtung zu gewährleisten, hat der Nationalrat jedoch gleichzeitig mit der Genehmigung des genannten Abkommens begleitende gesetzliche Regelungen in Form des Kartellgesetzes 1972 beschlossen. Diese Bestimmungen treten ergänzend neben die Regelung des Art 23 des Freihandelsabkommens.“*

Aus dieser Passage lässt sich erkennen, dass der BKA-VD der Ansicht war, Art 23 öEWGAbk wäre in Österreich unmittelbar durch das Abk selbst und mittelbar über das KartG 1972 wirksam geworden.

Urlesberger ist jedenfalls damit Recht zu geben, dass das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit in Österreich keine besondere praktische Bedeutung gehabt habe, da - im Gegensatz zur EWG – durch das EWG-Abkommen-Durchführungsgesetz und das KartG 1972 eine ausdrückliche inhaltliche Umsetzung des Art 23 öEWG Abk in das innerstaatliche Recht erfolgt sei.

#### 3.4.6.3.5 Der Inhalt der Wettbewerbsregeln des öEWGAbk

Die Formulierung der Wettbewerbsregeln des öEWGAbk ist im Vergleich zu den entsprechenden Regeln des EWGV sehr kompakt.

---

<sup>1213</sup> W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 265. Ebenso: Baldi, Das Verbot Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in den Freihandelsabkommen EFTA-Staaten – EWG, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 159 (178).

<sup>1214</sup> Waellbroeck, L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972 entre la Communauté économique européenne et la Confédération Suisse, in Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1973, 127.

<sup>1215</sup> Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich-EWG - Ende der Debatte?, ZfRv 1985, 11 (51 ff).

<sup>1216</sup> Gutachten 670 003/4-V/4/81 vom 24.3.1981 öZöfR 1981/82, Vol 32, 309.

Art 23 öEWGAbk lautet:

*„(1) Mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens sind unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen Österreich und der Gemeinschaft zu beeinträchtigen,*

*i) alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs bezwecken oder bewirken;*

*ii) die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen;*

*iii) jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht.*

*(2) Ist eine Vertragspartei der Auffassung, daß eine Praktik mit diesem Artikel unvereinbar ist, so kann sie gemäß den in Art 27 festgelegten Voraussetzungen und Verfahren geeignete Maßnahmen treffen.“*

Die Erl zur RV zu Art 23 öEWGAbk bleiben ebenfalls an der Oberfläche <sup>1217</sup> :

*„Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, die durch verschiedene Wirtschaftspraktiken seitens der Vertragsparteien verursacht werden können, werden - so wie in den zwei folgenden Artikeln - Regeln aufgestellt, bei deren Nichtbeachtung durch eine Vertragspartei unter Einhaltung der im Art 27 vorgesehenen Bedingungen und Verfahren von der anderen Vertragspartei geeignete Maßnahmen ergriffen werden können.*

*In ähnlicher Weise wurde in Art 15 des EFTA-Übereinkommens von den Mitgliedstaaten anerkannt, daß die im Art 23 Abs 1 des vorliegenden Abkommens unter i und ii beschriebenen Praktiken mit dem EFTA-Übereinkommen unvereinbar sind. Das unter iii normierte Verbot staatlicher Beihilfen entspricht dem Art 13 des EFTA-Übereinkommens.*

*Zur innerstaatlichen Durchführung dieser Vertragsbestimmungen wurde im § 19 der Regierungsvorlage des EG-Abkommen-Durchführungsgesetzes sowie in der Regierungsvorlage eines neuen Kartellgesetzes insbesondere in den §§ 5 Abs 2 und 24 Abs 2 Vorsorge getroffen.“*

Die Erl gehen somit davon aus, dass Wettbewerbsverzerrungen durch verschiedene Wirtschaftspraktiken der Vertragsparteien verursacht werden können. Sie können sich dabei wohl nur auf Art 23 Abs 1 iii öEWGAbk beziehen, da andere Wettbewerbsverfälschungen, die mit dem Abkommen unvereinbar sein sollen, in aller Regel von Privaten und nicht von den Vertragsparteien unternommen werden.

---

<sup>1217</sup> 485 BlgNR 13. GP, 337.

Es verwundert nicht, dass die Diskussion darüber, ob die Auslegung der Wettbewerbsregeln der FHA nach den Grundsätzen und der RSp zum EWG-Wettbewerbsrecht oder nach eigenständigen Grundsätzen erfolgen sollte, die damalige wissenschaftlichen Auseinandersetzungen beherrschte.

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der interpretativen Erklärung der EWG zur Auslegung von Art 23 FHA und die Reaktion Österreichs und der Schweiz darauf, stand meist am Beginn weiterer Überlegungen.<sup>1218</sup>

Die interpretative Erklärung der EWG ging davon aus, dass die Vertragsparteien Art 23 FHA selbständig anwenden werden und dass die EWG sich dabei von den Kriterien leiten lassen werde, die sich aus der Anwendung der Artt 85, 86, 90 und 92 EWGV ergäben, da in den FHA kein gemeinsames Entscheidungsorgan geschaffen wurde. Offensichtlich sollte durch diese Formulierung auch zum Ausdruck kommen, dass sich die Auslegung von Art 23 FHA durch die EWG immer wieder an der Praxis der Auslegung der Artt 85, 86, 90 und 92 EWGV orientieren werde und nicht nur mit den Mitteln einer historischen Interpretation, statisch den Entwicklungsstand der RSp zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses berücksichtigen werde. Eine dynamische Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages, wie sie aus den Äußerungen der EWG zu erschließen war, ist jedoch völkerrechtlich nicht geboten.<sup>1219</sup>

Da den Vertragspartnern der EWG bewusst war, dass der EuGH als bedeutender Motor der Integration das Recht der EG dynamisch auszulegen pflegt,<sup>1220</sup> antwortete Österreich auf die Erklärung der EWG, dass durch diese Erklärung keine Änderung der Rechte des Vertragspartners Österreich eingetreten sei.

Das in der Erklärung der EWG angekündigte Konzept einer autonomen, dynamischen Auslegung der Wettbewerbsregeln durch die EWG selbst, blieb auch deswegen Papier, weil die EG-Kommission der Ansicht war, die Normen des Art 23 müssten erst noch durch Ausführungsbestimmungen in den EG justiziabel gemacht werden.<sup>1221</sup> Die bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit erlassenen Ausführungsverordnungen der EWG regeln aber nur formale Zuständigkeiten zur Durchführung eines Verfahrens nach Art 27 öEWGAbk.<sup>1222</sup> Der Vertragspartner Österreich hatte hingegen den Weg der Erlassung materieller Durchführungsbestimmungen beschritten und durch das KartG 1972 und das EWG-Abkommen-Durchführungsgesetz (besonders § 19) ausreichende innerstaatliche Normen für eine mögliche Umsetzung getroffen.<sup>1223</sup> Dieser Mangel wettbewerbsrechtlicher Durchführungs Vorschriften in der EWG erklärt auch, dass das vorgesehene Verfahren zur Sanktionierung des Art 23 öEWGAbk, das Verfahren nach Art 27 Abs 3 öEWGAbk, noch nie durchgeführt wurde.

---

<sup>1218</sup> Wortlaut: Abschnitt 3.4.6.3.1 und 2.

<sup>1219</sup> Art 31 Wiener Konvention über das Recht der Verträge: „Gem Art 31 P 3 lit b ist nur jene nachfolgende Praxis in der Anwendung eines Vertrages, in der die Vertragsparteien übereinstimmen, in die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages mit einzubeziehen.“ Hummer, Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit den EG sowie im „Luxemburger Folgeprozeß“ - Semantische Leerformeln, dilatorische Formelkompromisse oder materieller Dissens, in FS Schnorr (1988), 473 (481).

<sup>1220</sup> ZB Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil, Die Europäische Gemeinschaft<sup>3</sup> (1987), 213.

<sup>1221</sup> 2. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1973), 17; 6. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1977), 35.

<sup>1222</sup> Zum öEWGAbk: VO 2837 vom 19.12.1972, ABI 1972 L 300/947.

<sup>1223</sup> Nunmehr: BGBl 1987/623.

Nach veröffentlichten Berichten wurde ein solches Verfahren bis jetzt nur einmal und zwar zwischen der Schweiz und der EWG begonnen, aber nach einleitenden Gesprächen wieder beendet. Es war dies der Fall Adams, gegen den in der Schweiz ein Verfahren eingeleitet worden war, weil er Betriebsgeheimnisse eines schweizerischen Unternehmens an die EG-Kommission weitergeleitet hatte. Auf der Tagung des Gemischten Ausschusses EWG/Schweiz vom 5.6.1975 und in den Debatten des Europäischen Parlaments vom 12.1.1977 wurde von Seiten der Gemeinschaft versucht, das Verhalten Adams unter Hinweis auf Art 23 FHA zu rechtfertigen.<sup>1224</sup>

Aus dieser Praxis der EWG gegenüber den FH-Partnern wird verständlich, wieso bei allen wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalten, die im Gebiet der EG wirksam wurden, Auswirkungen auf den Wettbewerb in der EWG festgestellt und EG-Sanktionen gegen beteiligte Unternehmen verhängt wurden und nicht in ein Verfahren gem Art 27 FHA eingeleitet wurde.

Die österreichische RSp hat noch keine Gelegenheit gehabt, eine E zu § 24 KartG 1972 (bzw § 23 KartG 1988) und zur Auslegung von Art 23 öEWGAbk zu treffen.<sup>1225</sup> In manchen Gutachten des PA wird auf die Wettbewerbsvorschriften des öEWGAbk hingewiesen.<sup>1226</sup> Das OLG Frankfurt entschied, ohne auf die mögliche Anwendbarkeit von Art 23 öEWG Abk einzugehen, dass zur Auslegung des Kartellbegriffs des KartG 1972 und entgegen der Ansicht Koppensteiners nicht das Kartellrecht der EWG herangezogen werden kann.<sup>1227</sup>

Jene wissenschaftlichen Arbeiten, die den Inhalt des Wettbewerbsrechts der FHA näher bestimmen wollen, können somit noch nicht auf eine Verwaltungs- oder Gerichtspraxis der Vertragspartner Bezug nehmen. Auf diese Arbeiten soll in der Folge eingegangen werden.

Wulf-Henning Roth stellte völlig zu Recht fest, dass der sachliche Anwendungsbereich des jeweiligen Art 23 FHA sich auf den Warenverkehr beschränke, so wie er von den FHA umfasst ist.<sup>1228</sup> W-H Roth meinte unter Bezug auf Koppensteiner<sup>1229</sup>, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel der FHA wie die des Art 85 Abs 1 EWGV auszulegen sei. Daraus folgerte er schlüssig, dass sich Überschneidungen im örtlichen Geltungsbereich zwischen den Wettbewerbsregeln der EWG und denen der FHA ergeben werden und versuchte eine Abgrenzung vorzunehmen.<sup>1230</sup> Er umschrieb auch einen Fall, der keine Auswirkungen auf die EWG aber Auswirkungen auf den Markt des jeweiligen EWG-FH-Partners haben könnte und der daher nur nach Art 23 FHA zu beurteilen wäre:

*„Vereinbaren zwei im Bereich der EWG ansässige und nach Österreich exportierende Unternehmen eine Aufteilung ihres Marktes in Österreich, kommt eine Anwendung des Art 85*

---

<sup>1224</sup> Urlesberger, Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich-EWG - Ende der Debatte? ZfRV 1985, 11 (54).

<sup>1225</sup> Auch in der E OGH 10.7.1979 GRURInt 1980, 185 musste sich der OGH nicht mit den Wettbewerbsregeln des ÖEWGAbk inhaltlich auseinandersetzen, da er deren unmittelbare Anwendbarkeit ablehnte.

<sup>1226</sup> ZB JABl 1976/29, 64; JABl 1980/19, 114 - Kartell der österreichischen Spanplattenindustrie.

<sup>1227</sup> OLG Frankfurt 30.8.1979 - AEG-Vertriebsbindung, ÖBl 1980, 30.

<sup>1228</sup> W-H, Roth, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 409.

<sup>1229</sup> Österreichisches und europäisches Kartellrecht, JBl 1973, 398 ff.

<sup>1230</sup> In der Praxis ist dieses Problem nicht sehr relevant, da sich die EWG in Wettbewerbsverfahren immer nur auf die Auswirkungen eines wettbewerbsbehindernden Verhaltens auf den EWG-Markt bezieht.

*EWG-V in der Regel nicht in Betracht, weil es an einer Auswirkung der Vereinbarung auf den Gemeinsamen Markt fehlen wird. Hier ist Art 23 Abs 1 Z 1 Abk/VO anwendbar. In einem solchen Fall entfalten die Wettbewerbsregeln eine über den bisherigen Rechtszustand hinausgehende Bedeutung. Zwar wird ein solcher Sachverhalt vom österreichischen Kartellrecht erfaßt, doch ergibt sich aus österreichischer Sicht ein Durchsetzungsdefizit, weil bei Streitigkeiten zwischen den Parteien österreichische Gerichte nicht angegangen werden und das österreichische Kartellgericht bei der Durchsetzung eines Spruches auf die jedem Staat gesetzten völkerrechtlichen Schranken im internationalen Bereich stößt. Die Freihandelsabkommen wählen nicht den Weg der Amtshilfe zwischen den nationalen Kartellbehörden (und -gerichten), sondern zielen auf den Erlaß nationaler Kartellrechtsnormen. Mit Art 23 Abs 1 Abk/VO hat die EWG eine materielle Rechtsnorm zur Hand, die Submissionskartelle, Marktaufteilungen, Preisabsprachen, Vertriebsbindungen etc von EWG-Unternehmen mit Wirkung für den österreichischen Markt (und den Markt der anderen Vertragspartner) erfaßt.“<sup>1231</sup>*

W-H. Roth legte dann die Grundzüge seines Auslegungskonzepts fest:

Die Auslegung des Art 23 öEWGAbk müsse sich zuerst an den Zielen der FHA orientieren, das sind:

- Die Öffnung der nationalen Märkte für Unternehmen der Vertragspartner,
- Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen im Warenverkehr zwischen den Vertragsstaaten.

Im Rahmen des allgemeinen Zieles der Marktöffnung dürften daher der Export bzw Import von Waren zwischen den Vertragspartnern durch die in Art 23 öEWGAbk bezeichneten Praktiken nicht ver- oder behindert werden.

Aus dem Grundsatz der FHA „gerechte Wettbewerbsbedingungen“ im Warenverkehr zwischen den Vertragspartnern zu gewährleisten, leitete W-H. Roth folgenden Grundsatz ab:

*„Eine Auslegung des Art 23 Abs 1 Z 1 Abk muß in einer Weise erfolgen, die dieser Zwecksetzung Rechnung trägt. Es muß gewährleistet sein, daß auf den Märkten der Vertragspartner die ausländischen Unternehmen zu den gleichen Bedingungen konkurrieren können wie die einheimischen Unternehmen.“<sup>1232</sup>*

W-H. Roth ging dann davon aus, dass Art 23 Abs 1 öEWGAbk unbedingt einer teleologischen Reduktion bedürfe. Nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Praktiken dürften unzulässig sein. Er sprach sich gegen Versuche aus, diese Reduktion durch Übernahme der Freistellungskriterien der EG-Praxis und Rechtsordnung zu gewinnen; auch der Vorschlag, in Art 23 Abs 1 öEWGAbk eine „rule of reason“ hineinzulesen, wurde von W-H. Roth unter Hinweis auf einen wahrscheinlich entgegenstehenden Parteiwillen abgelehnt.<sup>1233</sup> Er betrachtete es auch

<sup>1231</sup> W-H. Roth, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 419; W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 239 (255).

<sup>1232</sup> W-H. Roth, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 409 (421).

<sup>1233</sup> Wie von Hollenweger, Institutionelle und völkerrechtliche Aspekte des Freihandelsabkommens Schweiz-EG, SJIR 1973, 82 (91 f, 99 f, 101, 102); Homburger, Zur internationalen-kartellrechtlichen Situation der Schweiz

als nicht zielführend, die Klärung des Inhaltes des Art 23 Abs 1 öEWGAbk dem Gemischten Ausschuss zu überlassen, weil alle Vertragspartner durch ihre Interessenlage geprägt, nicht in der Lage seien, allgemein akzeptierte Regeln zu schaffen. Die nach W-H. Roth befriedigendste Lösung zur Interpretation des Art 23 Abs 1 öEWGAbk bestünde „in einer zwingenden Berücksichtigung der Kartellrechtsnormen des Landes, in dem sich die Wettbewerbsbeschränkungen auswirken.“<sup>1234</sup> Eine solche Interpretation berücksichtige, dass die Vertragspartner durch die Abkommen kein strengeres Kartellrechtssystem als das der Art 85 ff EWG-V verwirklichen wollten. Zugleich werde der Tatsache Rechnung getragen, dass ein wesentliches Ziel der Abkommen (neben der Öffnung der Märkte) gerade darin bestünde, das Durchsetzungsdefizit der nationalen Kartellgesetze bei grenzüberschreitenden Sachverhalten abzubauen.

W-H. Roth begründete diesen Standpunkt damit, dass im Rahmen eines FHA jeder Partner die Autonomie für die Ordnung des eigenen Marktes bewahren wolle und sich nicht dazu verpflichtet hätte, einen inhaltlichen Gleichlauf mit dem Kartellrecht des Vertragspartners zu gewährleisten. Es sollten nur gerechte, dh gleiche Wettbewerbsbedingungen auf dem jeweiligen Markt des Vertragspartners gewährleistet werden und kein gemeinsames wettbewerbspolitisches Ziel, wie im Binnenmarkt der EG verfolgt werden.<sup>1235</sup>

Ein bedeutender Punkt in allen Interpretationsversuchen zu Art 23 öEWGAbk ist die Frage, die Urlesberger in gewohnt pointierter Art stellte: „Können identische Begriffe einen unterschiedlichen Gehalt haben?“<sup>1236</sup> Urlesberger war bereits in seiner Arbeit, „Die Kontrolle des Freihandelsabkommens Österreichs-EWG durch den Europäischen Gerichtshof“,<sup>1237</sup> der Meinung, dass es kein Indiz dafür gäbe, dass die Bestimmungen des Freihandelsabkommens, die zum Teil wörtlich aus dem EWG-V übernommen worden seien, einen anderen Begriffsinhalt haben könnten als im EWG-V.<sup>1238</sup> Er entwickelte diese Auffassung an Fällen, die Maßnahmen zollgleicher Wirkung oder mengenmäßiger Beschränkung zu beurteilen hatten. In „Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich-EWG“,<sup>1239</sup> nahm Urlesberger die Diskussion „gleicher Wortlaut - unterschiedlicher Sinn?“ wieder auf. Er kritisierte die RSp des EuGH<sup>1240</sup> scharf und vermutete, dass die unterschiedliche Interpretation des Art

---

unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, SJZ 1972, 337. Seine Hauptthese lautet: Die rule of reason berechtigt zu einer Auslegung der Wettbewerbsnormen in dem Sinn, dass eine „erhebliche“ Benachteiligung des Handels Voraussetzung für ihre Anwendung ist. Dagegen bereits Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht, JBl 1973, 398 (402).

<sup>1234</sup> W-H. Roth, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 409 (421); W-H. Roth, Kartellrecht und Subventionen, in Koppensteiner, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 258.

<sup>1235</sup> Ähnlich wie W-H. Roth auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht (1974), 162. Der Unterschied in der Auslegung der Wettbewerbsnormen müsse darin liegen, dass die FHA einen „unverfälschten Handel“ erreichen wollen, in der Gemeinschaft hingegen das Funktionieren des gemeinsamen freien Warenverkehrs zu gewährleisten sei.

<sup>1236</sup> Die Abkommen Österreichs mit den EG im System des Gemeinschaftsrechts, ZfRV 1980, 48 (56).

<sup>1237</sup> 1. Beiheft zur ZfRV 1979 (9 und 19).

<sup>1238</sup> Urlesberger, Die Abkommen Österreichs mit den EG im System des Gemeinschaftsrechts, ZfRV 1980, 48 (56).

<sup>1239</sup> ZfRV 1985, 11 (41).

<sup>1240</sup> Vor allem die E EuGH 9.2.1982, RS 270/80 - Polydor, EuGH Slg 1982, 329 ff = RIW 1982, 358 und EuGH 26. 10. 1982, RS 104/81 - Wirkungen der Freihandelsabkommen - steuerliche Diskriminierung - Kupferberg I, EuGH Slg 1982, 3641 ff = RIW 1982, 904. Die RS 253/83 - Kupferberg II, EuGH Slg 1985, 157 bestätigte die

13 FHA und Art 30 EWGV durch den EuGH ein Zugeständnis des EuGH an die Mitgliedstaaten sei, um die Anerkennung der direkten Anwendbarkeit zu „*verstüßen*“. <sup>1241</sup> Urlesberger meinte dann, hinsichtlich des Art 23 FHA sei die idente Auslegung mit den Normen der Art 85 ff EWG-Vertrags durch die einseitige Erklärung der Gemeinschaft gesichert. <sup>1242</sup> Die schroffe Ablehnung auch nur der Möglichkeit, mit korrekt eingesetzten juristischen Methoden zu einer unterschiedlichen Auslegung gleichlautender Bestimmungen in den FHA und im EWGV zu kommen, trennte Urlesberger von der weit überwiegenden Ansicht, die in Bezug auf Art 23 FHA W-H. Roth am deutlichsten formuliert hat. <sup>1243</sup>

Hoffmann, „*Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, ein problematischer Versuch, das Kartellgesetz dem EWG-Recht anzupassen*“, <sup>1244</sup> sah das Problem der gleichförmigen Interpretation wörtlich identer Definitionen in Wirtschaftsgesetzen, die vor dem Hintergrund unterschiedlicher wirtschaftspolitischer Ziele erlassen wurden, weit differenzierter als Urlesberger und traf den Kern des Problems am Beispiel des aufeinander abgestimmten Verhaltens. Nachdem er feststellte, dass das KartG 1972 den Tatbestand des aufeinander abgestimmten Verhaltens dem Art 85 Abs 1 EWGV nachformte, warf er die Frage auf, ob der Begriff des abgestimmten Verhaltens im österreichischen Kartellgesetz, das „*seinem wirtschaftspolitischen Ansatz nach ein Mißbrauchsgesetz ist, das zum Kriterium für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen ihre volkswirtschaftliche Rechtfertigung macht*“, überhaupt denselben rechtlichen Inhalt haben kann, wie ein aufeinander abgestimmtes Verhalten, das im Rahmen der Wettbewerbsphilosophie der EWG zu beurteilen sei.

Hoffmann stellte dann fest, dass das KartG 1972 (wie dessen Vorgänger) kein Wettbewerbsgesetz ist der im Art 85 EWGV vorgenommenen Regelung sei und schloss daraus, dass sich aus der unterschiedlichen Zielsetzung der beiden Regelungen eine grundsätzlich unterschiedliche Beurteilung des abgestimmten Verhaltens in der EWG und in Österreich ergeben müsse. <sup>1245</sup> Hoffmann resümierte, dass im Hinblick auf den Terminus abgestimmtes Verhalten „*eine sachliche Anpassung unseres Tatbestandes an die EWG-Regelung nicht erfolgt ist, und daß der rein formalrechtliche Brückenschlag zu äußerst problematischen Ergebnissen führen kann.*“ <sup>1246</sup>

Koppensteiner hat sich bereits kurz nach Abschluss der FHA auch mit dem Wettbewerbsrecht dieser Abkommen beschäftigt. Obwohl besonders Urlesberger sich zur Begründung seiner These, dass wortgleiche Bestimmungen in FHA und im EWGV auch gleich auszulegen seien, besonders auf Koppensteiner berief, ist dessen Standpunkt nicht so eindeutig wie es erschei-

---

Ausführungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit in Kupferberg I.

<sup>1241</sup> Urlesberger, Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich-EWG - Ende der Debatte?, ZfRV 1985, 11 (42).

<sup>1242</sup> Urlesberger, Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich-EWG - Ende der Debatte?, ZfRV 1985, 11 (44).

<sup>1243</sup> In W-H. Roths Sinn auch Friedrich, Die Freihandelsabkommen der EG mit den EFTA-Staaten, NJW 1983, 1237 (1241).

<sup>1244</sup> Hoffmann, Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, ein problematischer Versuch, das Kartellgesetz dem EWG-Recht anzupassen, WuG 1976, 77.

<sup>1245</sup> Hoffmann, Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, ein problematischer Versuch, das Kartellgesetz dem EWG-Recht anzupassen, WuG 1976, 77 (83).

<sup>1246</sup> Hoffmann, Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, ein problematischer Versuch, das Kartellgesetz dem EWG-Recht anzupassen, WuG 1976, 77 (84).

nen mag. Koppensteiner stellte zunächst fest, dass sich der Wortlaut mancher Normen der FHA eng an Formulierungen des EWGV anlehnten (zB die Formulierung Art 23 öEWGAbk an Art 85 ff). Er stellte aber gleich anschließend fest:

*„Dennoch unterscheidet sich ihr normativer Gehalt in zumindest einer Hinsicht ganz erheblich von dem des internen Rechts der Gemeinschaft. Während heute ganz unstrittig ist, daß Art 85 Abs 1 und Art 86 EWGV unmittelbar an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen adressiert sind, ... ist solches hinsichtlich der analogen Bestimmungen der Abkommen Österreichs mit den Europäischen Gemeinschaften mit Sicherheit nicht der Fall.“*<sup>1247</sup>

Koppensteiner stellte dann die methodologische Frage, ob die EWG-interne Handhabung der Wettbewerbsnormen auch als Auslegungsrichtlinie für Art 23 FHA heranzuziehen sei oder nicht. Theoretisch, meinte Koppensteiner, sei es ganz zweifellos so, dass nicht die EWG-Praxis, sondern dieselben Maßstäbe den Ausschlag geben, die auch schon die Auslegung völkerrechtlicher Verträge determinieren. Gegenteiliges anzunehmen, würde die Behauptung implizieren, dass der Inhalt des Vertrages und damit die Verpflichtungen Österreichs zur Disposition seines Vertragspartners stünden.<sup>1248</sup> Praktisch gesehen, führte Koppensteiner dann aus, sei die Situation jedoch anders zu beurteilen. Hier müsse das EWG-Wettbewerbsrecht als hauptsächlicher Auslegungsmaßstab auch für die FHA dienen.

In Fortführung dieser These, widmete sich Koppensteiner dann nur mehr der Beschreibung der RSp und Verwaltungspraxis zum EWG-Wettbewerbsrecht und zog keine anderen Auslegungsvarianten zu Art 23 öEWGAbk, bzw zu § 24 KartG 1972 mehr in Betracht. Damit ging Koppensteiner, obwohl der praktische Einfluss der EG-Wettbewerbsregeln und Judikatur auf die Auslegung der Wettbewerbsnormen der FHA nicht geleugnet werden kann, nach meiner Meinung doch entschieden zu weit. Eine von Koppensteiners Thesen abweichende Auslegung wird besonders durch die jüngste RSp des EuGH zu den FHA bedeutend gestützt.<sup>1249</sup>

Im Gegensatz zu den ersten Arbeiten zum öEWGAbk, äußerte sich Koppensteiner zu demselben Problem in, „*Kartellrechtliche Aspekte des Lizenzverkehrs mit der EWG*“<sup>1250</sup>, undifferenziert. Hier meinte er, Österreich hätte sich durch Art 23 öEWGAbk darauf eingelassen, Wettbewerbsbeschränkungen, die den Warenverkehr zwischen der EWG und Österreich zu beeinträchtigen geeignet sind, „*nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie sie innerhalb der Gemeinschaft selbst gelten.*“<sup>1251</sup>

Ganz im Widerspruch zu seinen ersten Äußerungen zur Frage der Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Normen des FHAbk hielt Koppensteiner den gerade zitierten, simplifizierenden Ansatz auch weiterhin bei. So vertrat er in, „*Alleinvertriebsverträge im österreichi-*

---

<sup>1247</sup> Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Kartellrecht, JBl 1973, 389; ebenso: Koppensteiner, Die Abkommen Österreichs mit den EG, ÖJZ 1973, 225 (226, 228).

<sup>1248</sup> Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Kartellrecht, JBl 1973, 400.

<sup>1249</sup> E EuGH 9.2.1982, RS 270/80 - Polydor, EuGH Slg 1982, 329 ff = RIW 1982, 358 und EuGH 26.10.1982, RS 104/81 - Wirkungen der Freihandelsabkommen - steuerliche Diskriminierung - Kupferberg I, EuGH Slg 1982, 3641 ff = RIW 1982, 904. Die RS 253/83 - Kupferberg II, EuGH Slg 1985, 157 bestätigte die Ausführungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit in Kupferberg I.

<sup>1250</sup> WipolBl 1974, 389 (391).

<sup>1251</sup> WipolBl 1974, 389 (391).

schen Kartellrecht“<sup>1252</sup>, weiterhin die Meinung, Österreich hätte sich in Art 23 öEWGAbk verpflichtet, „die innerösterreichische Kartellrechtslage hinsichtlich des Warenaustausches mit dem EWG-Raum an die Maßstäbe der Art 85 Abs 1, 86 EWGV anzupassen.“ Der Hinweis Koppensteiners auf die Erl zur RV zum KartG 1972<sup>1253</sup> zur Rechtfertigung dieser These hinkte nach meiner Meinung, da das KartG 1972 unbestritten gerade nicht das Wettbewerbsrecht der EWG übernommen hat, sondern nur auf die inhaltlich nicht näher bestimmten Verpflichtungen aus dem öEWGAbk und anderen völkerrechtlichen Verträgen hinwies.

In, „Auswirkungen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG auf das österreichische Kartellrecht“<sup>1254</sup>, verließ Koppensteiner den eben wiedergegebenen vergrößernden Standpunkt und meinte nun, Art 23 ÖEWGAbk würde sich „in zentralen Formulierungen an die Art 85 und 86 des EWGV anlehnen.“ Koppensteiner zog daraus den Schluss, dass das KartG 1972 „soweit es selbst nichts Gegenteiliges bestimmt, im Einklang mit dem Inhalt des Art 23 ÖEWGAbk ausgelegt werden muß.“

Auch bei Behandlung der Frage, ob die „Zwischenstaatlichkeitsklausel“, Homburger<sup>1255</sup> folgend, so auszulegen sei, dass durch eine Vereinbarung oder ein Verhalten der Handel zwischen den Vertragspartnern „erheblich nachteilig“ beeinflusst werden muss, um die Sanktionen zu Art 23 öEWGAbk hervorrufen zu können, oder so wie in der EWG-Praxis<sup>1256</sup>, relativierte Koppensteiner seinen Standpunkt. Er führt aus:

„Festzuhalten ist damit, daß die Zwischenstaatlichkeitsklausel des öEWGAbk nach denselben Maßstäben auszulegen ist wie die des Art 85 EWGV. Wie schon hervorgehoben, folgt daraus allerdings nicht, daß die Praxis der Gemeinschaften, die Interpretation des Art 23 ÖEWGA verbindlich determinierte.“<sup>1257</sup>

Gerade in diesem Zusammenhang muss auf ein Problem hingewiesen werden, das in der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion über Auslegungsfragen des Wettbewerbsrechts der FHA nach meinem Wissen erst Hummer<sup>1258</sup> ausdrücklich gestellt hat.

Er stellte die Frage: Meinen jene, die eine Übernahme zumindest der Auslegungsergebnisse zum EWG-Wettbewerbsrechts auf das Wettbewerbsrecht der FHA befürworten, dass eine solche Übernahme quasi dynamisch erfolgen sollte?

---

<sup>1252</sup> RIW 1976, 61 (63).

<sup>1253</sup> 473 BlgNR 13. GP, 24; Lindinger, Zur kartellrechtlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, ÖBl 1985, folgt Koppensteiner darin, dass das KartG wie EG-Wettbewerbsrecht ausgelegt werde. Wie Koppensteiner begründet er diese Meinung mit einem Hinweis auf die Erl zur RV zum KartG 1972.

<sup>1254</sup> Recht und Wirtschaft heute, in FS Max Kummer (1980), 375

<sup>1255</sup> Homburger, Zur internationalen-kartellrechtlichen Situation der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, SJZ 1972, 337.

<sup>1256</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 3.9.1986 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art 85 Abs 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen (ABI 1986, C 231, 2).

<sup>1257</sup> Koppensteiner, Auswirkungen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG auf das österreichische Kartellrecht, in FS Kummer (1980), 375 (381).

<sup>1258</sup> Hummer, Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit den EG sowie im „Luxemburger Folgeprozeß“ - Semantische Leerformeln, dilatorische Formelkompromisse oder materieller Dissens, in FS Schnorr (1988), 473.

Hummer antwortete darauf selbst: Konnte man noch argumentieren, alle Vertragspartner des FHA wollten den Auslegungsstand der EWG-Praxis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses grundsätzlich zur Interpretation der FHA heranziehen, so ist diese Rechtfertigung in Bezug auf nachfolgende Änderungen der Auslegungspraxis eines Vertragspartners nicht mehr möglich. Dazu komme, dass zB Österreich sowohl im KartG 1972 (§ 2 Abs 1 KartG 1972) als auch im KartG 1988 (§ 16 KartG 1988) von den Kriterien des EG-Rechts abweichende Bagatellbestimmungen erlassen habe. Damit sei schon für die Zeit des Abschlusses des öEWGAbk ein Argument vorhanden, dass eine gleichförmige Auslegung der Spürbarkeit im Sinne des EG-Rechts von Österreich wohl nicht gewünscht worden wäre.<sup>1259</sup>

Koppensteiner bemühte sich in der Folge zur Frage der „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ weitere Auslegungskriterien für Art 23 ÖEWGAbk aus den FHA abzuleiten. Als wesentlichen Sinn der Bestimmung führte er an, ein Durchsetzungsdefizit gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen solle durch diese Norm neutralisiert werden.<sup>1260</sup>

Die Praxis zur Auslegung der Wettbewerbsbestimmungen der FHA hat den Thesen Koppensteiners entgegengearbeitet. Bis jetzt ist nur ein Fall bekanntgeworden, bei dem begonnen wurde, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen in einem Gemischten Ausschuss nach dem in den FHA vereinbarten Verfahren, zu diskutieren.<sup>1261</sup> Die EG-Kommission wendet das EWG-Wettbewerbsrecht auch zur Bekämpfung von durch Unternehmen aus Drittstaaten vorgenommenen Wettbewerbsbeschränkungen an.<sup>1262</sup> Auf der anderen Seite hat offenbar bei den Vertragspartnern der EWG noch kein Bedürfnis bestanden, die eigenen Kartellgesetze gegen ausländische Unternehmen einzusetzen oder, um dem angeblichen Defizit an Wettbewerbsnormen abzuhelfen, ein Verfahren nach Art 27 FHA durchzuführen.

### 3.4.7 Österreichisches internationales Kartellrecht und Wirkungsprinzip

Die Behandlung des österreichischen internationalen Kartellrechts wäre unvollständig, würde nicht auch das sog Wirkungs- oder Auswirkungsprinzip diskutiert werden. Die Behandlung dieses umstrittenen Grundsatzes des internationalen Wirtschaftsrechts<sup>1263</sup> ist hier besonders notwendig, da er auf ganz bestimmte wirtschaftspolitische Überlegungen zurückgeht, die auch bei der Ermittlung der volkswirtschaftlichen Grundsätze, die dem österreichischen Wettbewerbsrecht zugrunde liegen, berücksichtigt werden müssen.

---

<sup>1259</sup> Koppensteiner Auswirkungen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG auf das österreichische Kartellrecht, in FS Kummer (1980), 382 ist hingegen der Ansicht, § 2 Abs 1 KartG 1972 beziehe sich nur auf innerösterreichische Sachverhalte und könne daher zur Auslegung der Spürbarkeit überhaupt nicht herangezogen werden.

<sup>1260</sup> Auch in Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>1</sup> (1981), 173.

<sup>1261</sup> Adams-Fall; GA Schweiz-EWG 5.6.1975; Urlesberger, Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich- EWG - Ende der Debatte? ZfRV 1985, 11 (54).

<sup>1262</sup> E der Kommission, die auch österreichische Unternehmen betrafen: E 17.10.1983 - Gußeisen und Gußstahlwalzen, ABI 1983 L 317, 1; E 19.12.1984 - Aluminiumzufuhren aus Osteuropa, ABI 1985 L 92, 1; E 23.4.1986 - Polypropylen, ABI 1986 L 230, 1.

<sup>1263</sup> Das Auswirkungsprinzip widerspricht dem völkerrechtlichen Territorialitätsgrundsatz, wird aber faktisch von vielen Staaten angewendet; Fikentscher, Wirtschaftsrecht I (1983), 71; Lewald, Internationales Kartellrecht und Völkerrecht, NJW 1976, 1566; Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts (1975).

### 3.4.7.1 Die wirtschaftspolitischen Ideen, die dem Wirkungsprinzip zugrunde liegen

Die weltweite Änderung der wirtschaftspolitischen Einstellung, die sich nach dem 2. Weltkrieg zuerst in den Verhandlungen zum GATT und den anderen wirtschaftlichen internationalen Verträgen manifestierte, ging zweifellos von den USA aus und lässt sich dort bis in die 1930er Jahre zurückverfolgen. In der Amtszeit von Präsident Roosevelt erfolgte eine vollständige Neukonzeption der amerikanischen Wirtschaftspolitik. 1934 erging das als „Hull-Programm“ in die Wirtschaftsgeschichte eingegangene Handelsgesetz. Die 3 Hauptziele dieses Programms waren: Abbau der protektionistischen Handelshemmnisse, Meistbegünstigung und Reziprozität. Als wirtschaftspolitisches Ergebnis sollten die Absatzmärkte für die US-amerikanische Produktion geöffnet werden und die Möglichkeit billiger Importe aus dem Ausland vorhanden sein.<sup>1264</sup> In den 1940er-Jahren sagte Diebold<sup>1265</sup>:

*„For the United States this was an excellent state of affairs. The potential economic power of the country was great; with world markets open to it on equal terms with other suppliers, the United States could develop its power, exporting freely and supplying its growing import needs in the cheapest markets...“*

Zur Gewährleistung der gleichen Marktbedingungen auf den verschiedenen Märkten gehören nicht nur die außenhandelspolitischen Rechte wie Meistbegünstigung, Reziprozität etc, sondern es muss auch erreicht werden, eine möglichst gleichförmige wettbewerbsrechtliche Situation in den verschiedenen beteiligten Staaten zu erreichen, damit die Öffnung des Marktes nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen behindert werden kann. Dementsprechend suchte die USA nach dem Krieg auch in bilaterale völkerrechtliche Verträge Verpflichtungen zur Erlassung von wettbewerbsrechtlichen Normen aufzunehmen.

Ein Beispiel für dieses Bestreben findet sich auch in der Geschichte des österreichischen internationalen Kartellrechts. Das Abkommen zwischen Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika über wirtschaftliche Zusammenarbeit<sup>1266</sup> hatte im Art II Abs 3 (Allgemeine Verpflichtungen), folgenden Wortlaut:

*„Die Regierung Österreichs wird die Maßnahmen, die sie für zweckdienlich hält, ergreifen und mit den anderen vertragsschließenden Ländern zusammenarbeiten, um Geschäftspraktiken oder geschäftliche Abmachungen, die den internationalen Handel berühren, von seiten privater oder öffentlicher Handelsunternehmungen zu verhindern, die die Konkurrenz einschränken, den Zugang zu den Märkten beschränken oder monopolistische Kontrollen begünstigen, wenn solche Praktiken oder Abmachungen in ihrer Auswirkung die Erfüllung des gemeinsamen europäischen Wirtschaftsprogrammes beeinträchtigen.“*

Wenn auch diese Verpflichtung Österreichs allgemein gehalten ist, so geht aus ihr doch der Wille des Vertragspartners Vereinigte Staaten hervor, dass auch Österreich interne Maßnahmen dafür ergreifen sollte, private Abmachungen, die die Konkurrenz einschränken usw, zu unterbinden. In den amtlichen Interpretationsbemerkungen, welche in einem Anhang zu dem

<sup>1264</sup> Senti, GATT (1986), 5.

<sup>1265</sup> William Diebold jr., New Directions in our Trade Policy (1941), 24, zitiert nach Senti, GATT (1986), 7.

<sup>1266</sup> Wiener Zeitung Nr 154 vom 4. Juli 1948.

angeführten Abkommen angeführt sind, wird ausgeführt:

*„Es besteht Einverständnis, daß die in Art II Abs 3 erwähnten Geschäftspraktiken und geschäftlichen Abmachungen bedeuten:*

*a) Die Festsetzung von Preisen, Bedingungen oder Umständen, die bei Geschäftsabschlüssen mit anderen beim Einkauf, Verkauf oder in Bestandgabe irgendwelcher Produkte zu beobachten sind;*

*b) der Ausschluß von Unternehmungen von einem gebietsmäßig umschriebenen Markte oder einem Gebiete geschäftlicher Betätigung, die Zuteilung oder die Aufteilung eines solchen Marktes oder Betätigungsgebietes, die Zuteilung von Kunden oder die Bestimmung von Verkaufs- oder Einkaufsquoten;*

*c) Diskriminierung gegen bestimmte Unternehmungen;*

*d) Beschränkung der Produktion oder Festsetzung von Produktionsquoten;*

*e) verabredungsgemäße Verhinderung der Entwicklung oder Anwendung von technischen Erkenntnissen oder patentierten oder nicht patentierten Erfindungen;*

*f) Erstreckung der Benützungrechte nach Patenten, Warenzeichen oder Urheberrechten, die von einer der beiden Regierungen gewährt wurden, auf Dinge, die nach deren Gesetzen und Vorschriften nicht in den Rahmen solcher Schutzrechte fallen, oder auf Produkte oder Produktionsbenützung- oder verkaufsumstände, die ebenfalls nicht Gegenstand solcher Schutzrechte sind; und*

*g) solche Praktiken, über die die beiden Regierungen übereinkommen, einzuschließen.*

*Es besteht Einverständnis, daß die österreichische Regierung zur Ergreifung von Maßnahmen in speziellen Fällen nach Art II Abs 3 nur nach entsprechender Untersuchung oder Prüfung verpflichtet ist.“*<sup>1267</sup>

Aus der Tatsache, dass Österreich im KartG 1951 dem Programm des Abkommens nicht ausreichend folgte, erklärte sich auch die negative Einstellung der USA zum KartG 1951 im Alliierten Rat.<sup>1268</sup>

Die US-amerikanische RSp zum Sherman Act gibt ein markantes Beispiel vom Einfluss geänderter Wirtschaftspolitik auf die Auslegung juristischer Normen. Nachdem am Anfang des Jahrhunderts der Supreme Court eine auf den Sherman Act gestützte Klage mit der Begründung abgewiesen hatte, dass sich das Verhalten der Beklagten außerhalb der USA zugetragen

---

<sup>1267</sup> Zitiert nach Kiwe / Stohanzl, Österreichisches Kartellrecht (1954), 44 ff.

<sup>1268</sup> Kiwe / Stohanzl, Österreichisches Kartellrecht (1954), 46. Zur ähnlichen Situation in der BRD: Wank, Die Alliierten Entflechtungsmaßnahmen - politische und juristische Aspekte, in Pohl (Hrsg), Kartell und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 202; Schulz, Die Entflechtungsmaßnahmen und ihre wirtschaftliche Bedeutung, in Pohl (Hrsg), Kartell und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 210.

habe <sup>1269</sup>, brachte der Fall US v. Aluminium Co of Amerika die Wende.<sup>1270</sup> Seit 1945 wird von der US-RSp die Linie verfolgt, dass auch im Ausland getroffene Vereinbarungen unter den Geltungsbereich des Sherman Acts fallen, sofern Auswirkungen auf den amerikanischen Handel festgestellt werden können.<sup>1271</sup>

Die wirtschaftspolitische Idee, die dem Wirkungsprinzip zugrunde liegt, ist mit diesen Hinweisen auf die US-amerikanische Außenwirtschaftspolitik bereits ausreichend beschrieben. Einerseits soll damit die Einwirkung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen, die aus dem Ausland kommen und auf den nationalen Wettbewerb einwirken, verhindert werden. Andererseits wird bei möglichst weitgehender Beachtung dieses Prinzips in den verschiedenen Staaten die Vereinheitlichung des internationalen Wettbewerbsrechts weitergetrieben.

#### **3.4.7.2 Kurzer Blick auf die juristische Auseinandersetzung mit dem Wirkungsprinzip**

Der völkerrechtliche Aspekt des Wirkungs- oder Auswirkungsprinzips ist in vielen Arbeiten umfassend diskutiert worden und für das hier gestellte Thema deswegen weniger bedeutsam, weil sich sowohl im österreichischen Recht, als auch im EG-Recht Regeln oder eine RSp durchgesetzt haben, die zumindest im Effekt als Wirkungsprinzip bezeichnet werden können.<sup>1272</sup>

Bereits das KartG 1951 enthielt in § 2 Abs 1 die Bestimmung, dass das KartG auch auf solche im Ausland getroffenen Kartellvereinbarungen Anwendung findet, die in Österreich durchgeführt werden sollen. Die Erl zur RV zum KartG 1951 <sup>1273</sup> halten zu dieser Bestimmung fest, dass diese Norm dazu dienen solle, Umgehungen des KartG zu verhindern. § 4 KartG 1972 und § 6 KartG 1988 übernahmen diese Bestimmung im Wesentlichen, ohne dass die Erl zu den jeweiligen RVen inhaltliche Aussagen über den Zweck dieser Bestimmung machten. Es wurde jeweils nur auf die übernommene Regelung verwiesen.

Der österreichische Gesetzgeber unterwarf nicht nur im Ausland geschlossene Vereinbarungen, wenn sie eine Wettbewerbsbeeinträchtigung in Österreich bewirken, dem österreichischen Kartellrecht, sondern wollte im Umfang der Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen auch den Wettbewerbsvorschriften dieser Verträge zur Durchsetzung verhelfen.

Gem § 23 P 3 KartG 1988 ist ein Kartell jedenfalls dann volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt, wenn es gegen die in § 7 Abs 1 KartG 1988 angeführten Verträge verstößt. Kartelle, die den Handelsverkehr zwischen Österreich und den Freihandelszonenpartnern beeinträchtigen

---

<sup>1269</sup> American Banana Comp v United Fruit Co, 213 US, 347 (1909).

<sup>1270</sup> United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>1271</sup> Beck, Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, WuW 1984, 447; Fikentscher, Wirtschaftsrecht I (1983), 72; Lewald, Internationales Kartellrecht und Völkerrecht, NJW 1976, 1566; Kaffanke, Jüngste Entwicklungen zur extraterritorialen Anwendung der Wettbewerbsgesetze in den USA, WuW 1987, 272; Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts (1975); Schmidt-Hennerdorf, Internationale Rechtshilfe in Kartellsachen, RIW 1986, 180.

<sup>1272</sup> Jüngst: EuGH 27.9.1988 - Zellstoff WBI 1988, 429 mit einer Bemerkung von Schuhmacher; Basedow, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, 627; Schödermeier, Die vermiedene Auswirkung, WuW 1989, 21.

<sup>1273</sup> 175 BlgNR 6. GP, 6.

können, werden sogar strenger behandelt, als nationale Kartelle. Die Ausnahmen des § 5 KartG 1988 gelten nämlich nicht für jenen Bereich.

Wie der österreichische Gesetzgeber für die in Österreich zutage tretenden Auswirkungen von im Ausland verursachten Wettbewerbsbeschränkungen, vertritt auch die EWG durch die Kommission und seit kürzerer Zeit auch der EuGH <sup>1274</sup> eine Praxis, die zu Ergebnissen führt, die dem Wirkungsprinzip entsprechen. Wettbewerbsbeschränkungen die von Drittstaaten ausgehen, sich aber im Gebiet der EG auswirken, werden in der Praxis nach den Vorschriften der Art 85, 86 EWG-V beurteilt.<sup>1275</sup> Diese Praxis der EG führt ua auch dazu, dass das Wettbewerbsrecht der FHA noch nie praktisch angewandt wurde.

Zur Feststellung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen nach dem österreichischen Kartellrecht ist die Existenz des beschriebenen Zustandes insofern wesentlich, als die Beeinflussung des österreichischen Wettbewerbsrechts durch das Recht anderer Wirtschaftsräume, die bestimmte wettbewerbsrechtliche und -politische Vorstellungen haben, auch von Österreich akzeptiert wird. Besonders auf dem Gebiet der Exportkartelle könnte dieses Faktum die grundsätzliche Freistellung solcher Vereinbarungen vom Kartellrecht stark beeinflussen.<sup>1276</sup>

### 3.4.8 Wettbewerbsregeln des öEGKSAbk

Das öEGKSAbk <sup>1277</sup> enthält für die diesem Abkommen unterfallenden Waren besondere wettbewerbs- und preisrechtliche Vorschriften. Die grundsätzliche Wettbewerbsregel des Art 19 öEGKSAbk entspricht zwar dem Art 23 öEWGAbk, die anschließenden Normen des öEGKSAbk ändern jedoch diese Situation. Durch Art 20 öEGKSAbk und durch die aufgrund dieser Bestimmung rezipierten Normen der EGKS wird das Preissystem der EGKS praktisch auch auf das Verhältnis Österreich - EGKS übertragen. Das EGKS-Abkommen-DurchführungsgG <sup>1278</sup>, die Verordnung des BMHGI über unzulässige Praktiken im Verkehr mit Eisen- und Stahlerzeugnissen und über Pflichten der Unternehmer der Eisen- und Stahlindustrie zur Erfüllung des öEGKSAbk <sup>1279</sup> und die Verordnung des BMWA mit der jene Eisen- und Stahlerzeugnisse festgelegt werden, auf welche das EGKS-Abkommen-Durchführungsgesetz angewendet wird <sup>1280</sup>, setzen diese Bestimmungen in spezieller Transformation in österreichisches Recht um.

---

<sup>1274</sup> EuGH 27.9.1988 - Zellstoff, WBl 1988, 429.

<sup>1275</sup> Aus der jüngeren Literatur beachte zu diesem Thema: Drauz, Die EG-Wettbewerbspolitik gegenüber Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Handels in und mit der Europäischen Gemeinschaft, ÖBl 1987, 113; Urlesberger, Die Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts gegenüber Unternehmungen aus Drittstaaten, WBl 1987, 53; Urlesberger, Das EWG-Anti-Dumping-Verfahren gegen bestimmte nahtlose Stahlrohre aus Österreich, WBl 1988, 298; Basedow, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, 627; Schödermeier, Die vermiedene Auswirkung, WuW 1989, 21; Schuhmacher, Kommentar zum Urteil EuGH - Zellstoff, WBl 1988, 430. Zur Problematik des Exportkartells: Krenn, Anknüpfung von Exportkartellen im deutschen und österreichischen internationalen Privatrecht, RIW 1976, 487.

<sup>1276</sup> Krenn, Anknüpfung von Exportkartellen im deutschen und österreichischen internationalen Privatrecht, RIW 1976, 487.

<sup>1277</sup> BGBl 1972/467.

<sup>1278</sup> BGBl 1973/332.

<sup>1279</sup> BGBl 1973/606.

<sup>1280</sup> BGBl 1987/685.

Wesentlich für den gegebenen Zusammenhang des österreichischen internationalen Kartellrechts ist vor allem, dass gem § 1 Abs 1 EGKS-Abkommen-Durchführungsgesetz das KartG auf den Verkehr mit den, dem öEGKSAbk unterliegenden Waren, nicht anzuwenden ist.

Die Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Art 19 öEGKSAbk kann nicht an der Auslegung des Art 23 öEWGAbk orientiert werden, sondern vor allem an den Grundsätzen der speziellen Vorschriften des EGKS-Preis- und Wettbewerbssystems, das durch das EGKS-Abkommen-Durchführungsgesetz und durch die genannten Verordnungen auch für das Verhältnis zwischen Österreich und der EGKS gilt.

### **3.4.9 Ergebnis**

Aus den Regeln und Praktiken des österreichischen internationalen Kartellrechts ist zu entnehmen, dass private Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die den Wettbewerb auf Märkten, die durch besondere völkerrechtliche Normen definiert werden, beeinträchtigen können, strenger zu beurteilen sind, als solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die sich nur in Österreich auswirken.

Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die diese ausländischen Märkte betreffen, können grundsätzlich nicht volkswirtschaftlich gerechtfertigt werden. Weder österreichische wirtschaftspolitische Vorstellungen, noch positivrechtliche Ausnahmen des österreichischen KartG sind dann anzuwenden. Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die die in völkerrechtlichen Verträgen definierten Gebiete betreffen, müssen nach diesem Recht beurteilt werden. Ausnahmen von deren Geltung bestimmen daher ebenfalls nur diese Staatsverträge.

Neben dieser Ebene staatsvertraglicher Vereinbarungen tritt die Praxis des Wirkungsprinzips. Diese völkerrechtlich durchaus umstrittene Staatenpraxis wird auch vom österreichischen KartG anerkannt, daher wurden auch keine grundsätzlichen österreichischen Stellungnahmen gegen die Anwendung von wettbewerbsrechtlichen Normen durch die EG auf österreichische Unternehmen bekannt.

## **3.5 Die Teleologie des österreichischen Kartellrechts**

Der Beginn der Entwicklung des österreichischen Kartellrechts ist historisch eng mit dem wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jhd verbunden. Nach dem politischen Ende des Wirtschaftsliberalismus in Österreich des 19. Jhd, begannen Bestrebungen, ein Kartellgesetz zu erlassen, das den Bedürfnissen der Zeit entsprechen sollte. Die Diskussionen zu einem KartG zählten als Zweck eines solchen Gesetzes vor allem den Schutz der Konsumenten, des „Publikums“, gegen monopolistische Preiserstellung, das Interesse der Volkswirtschaft an einem geregelten Wirtschaftsablauf und das Interesse der beteiligten Unternehmen bzw Branchen an Strukturanpassung bzw Krisenbewältigung auf. Verschiedene Äußerungen in der Kartelldiskussion stellten die ungünstigere Marktposition der Arbeitnehmer gegenüber einer kartellierten Branche fest und sprachen sich deswegen gegen Kartelle aus. Andere sahen gerade in einem quasi-Beamtenverhältnis der Arbeitnehmer zu den Kartellen die soziale Zukunft. Wesentlich kam in der Diskussion hervor, dass Inhalt einer anzustrebenden Lösung eigentlich die Regelung der Marktmacht sei und man nicht an die rechtliche Form des Kartells anknüpfen sollte.

In dieser ersten Kartelldiskussion wurden sowohl Pläne, die die Errichtung einer verwaltungsrechtlichen Kontrolle, als auch solche, die eine gerichtliche Kontrolle vorsahen, präsentiert. Alle diese Vorschläge konnten sich weder in der Zeit der Monarchie noch in der 1. Republik politisch durchsetzen. In der Praxis wurde trotz § 4 KoalG, Verabredungen von Gewerbsleuten zum Nachteil der Abnehmer für unwirksam erklärt hatte, die Kartellierung der Wirtschaft vorangetrieben. Aus diesem Gegensatz zwischen der positiven Gesetzeslage und der wirtschaftlichen Realität ergab sich ein Konflikt zwischen RSp und Praxis, der so weit ging, dass die Kartelllobby es für „*unsittlich*“ und standeswidrig bezeichnete, den sog Kartelleinwand vor Gericht zu erheben.

Die Judikatur ging nur langsam von der Linie ab, Kartelle gem § 4 KoalG in fast allen Fällen für unwirksam zu erklären. Erst die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des 1. Weltkrieges bewirkten, dass der OGH ein Sanierungskartell, das eindeutig die Erhöhung der Preise für das Publikum bewirkte, zuließ, weil er meinte, das Interesse am Weiterbestehen dieses Industriezweiges in Österreich, sei auch für die Konsumenten höher einzuschätzen, als das Interesse an einem geringeren Preis der vertriebenen Produkte.

Die rechtspolitische Diskussion nach dem 2. Weltkrieg führte zuerst zum KartG 1951. Auch bei Erlassung dieses Gesetzes standen Wirtschaftsaufbau und -sanierung im Vordergrund. Es war daher nicht als Gesetz gegen Kartelle, sondern nur gegen die Missbräuche von Kartellen konzipiert. Diese Zielrichtung kommt deutlich sowohl in den Erl zur RV für das KartG 1951 als auch in der RSp zum KartG 1951 zum Ausdruck. Die Interessen der Verbraucher mussten gegenüber diesen Interessen zurückgestellt werden.

Gemeinsam mit der ersten Integrationsbewegung und dem Abschluss der FHA mit EWG und EGKS wurden innenpolitisch auch die Interessen der Konsumenten gegen den Bestand von Kartellen in den Vordergrund gerückt. Dennoch ist aus der Entscheidungspraxis des Paritätischen Ausschusses immer zu erkennen, dass das Interesse am Weiterbestand von Unternehmen auch unter Inkaufnahme von Wettbewerbsbeschränkungen dem Interesse der Verbraucher an niedrigen Preisen vorgezogen wurde.

Die Bemühungen der Wissenschaft um eine Erfassung des Tatbestandes der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen waren vor allem in den 1960er Jahren deutlich. Ein volkswirtschaftlich-theoretischer Ansatz, der ohne Berücksichtigung gerade geltender wirtschaftspolitischer Praxis direkte Schlüsse auf den Tatbestand der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung zog, war besonders verbreitet.

Ein wesentliches Element des Verständnisses der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung bildete sich nach 1972 heraus und könnte sich bei einem möglichen Beitritt Österreichs zu den EG positiv auswirken: die Anerkennung des Vorranges von völkerrechtlich verpflichtenden Wettbewerbsnormen. In manchen Fällen kam es zu einer direkten Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts auch auf österreichische Unternehmen, das Wirkungsprinzip bildete dafür die theoretische Grundlage, während die Wettbewerbsregeln der FHA nicht häufig angewandt wurden.

## **4 Nahversorgungsgesetz**

### **4.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund**

Das NVG<sup>1281</sup> ist das jüngste der sogenannten wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze. Es wird hier vor

---

<sup>1281</sup> BGBl 1977/392 idF der Novellen: BGBl 1980/121 und 1988/424.

den älteren „Nebengesetzen“ besprochen, weil es die inhaltlich nächsten Verbindungen sowohl zum UWG als auch zum KartG besitzt. Da die Geschichte dieses Gesetzes relativ jung ist, kann auch auf eine gesonderte Behandlung der Entwicklungsgeschichte dieser Normen verzichtet werden.

Die enge Verbindung dieses Gesetzes mit wirtschaftspolitischen und allgemeinen politischen Vorhaben der jeweiligen Regierung ist immer bewusst gewesen.<sup>1282</sup> Das NVG wurde ursprünglich aus zwei disparaten parlamentarischen Initiativanträgen im HA zusammengefasst.<sup>1283</sup> Die völlige Unterschiedlichkeit dieser Initiativanträge erklärt wohl auch, dass das Ergebnis häufig relativ heftig kritisiert wurde.<sup>1284</sup>

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Kritik einzugehen, sondern es sollen die verschiedenen wirtschaftspolitischen Ideen, die zum NVG geführt haben, herausgefiltert werden. Das Ergebnis dieses Prozesses soll die Gesichtspunkte, die bei Beurteilung der volkswirtschaftlichen Richtigkeit eines an wettbewerbsrechtlichen Normen zu messenden Sachverhalts, erweitern. So kann das NVG über seine Einzelnormen, deren Durchsetzung oft schwierig und umstritten ist, doch eine sinnvolle Rechtsquelle des Wettbewerbsrechts bilden. Obwohl nämlich die Tatsache der engen Verknüpfung zwischen wirtschaftspolitischer Praxis und NVG allgemein bewusst und anerkannt ist, erfolgte bis jetzt keine ausreichende Nutzung dieses Faktums in der Praxis.

## 4.2 Das NVG zwischen UWG und KartG

Die Normen des NVG können nicht so leicht, wie manchmal angenommen wird, nach ihrem Inhalt dem UWG oder dem KartG zugeordnet werden.<sup>1285</sup> Der Bericht des HA bezeichnet zB die §§ 1 und 2 NVG ausdrücklich als eine materielle Ergänzung der Vorschriften des KartG über marktbeherrschende Unternehmen.<sup>1286</sup> Die Notwendigkeit der Regelung hätte sich „vor allem aus dem Entstehen neuer Betriebsformen des Einzelhandels“ ergeben, die „eine leistungsgerechte Auseinandersetzung auf dem Markt zwischen Unternehmen verschiedener Größenordnungen der gleichen Handelsstufe gestört und verzerrt haben“.<sup>1287</sup> Mit diesen Formulierungen soll darauf hingewiesen werden, dass derartige Praktiken für alle beteiligten Wirtschaftsstufen und -bereiche schädliche Auswirkungen hätten. Besonders wird dabei auf die Interessen der Verbraucher hingewiesen, die in ihrer Versorgung mit Gütern unter Umständen beeinträchtigt werden oder örtlichen Monopolen ausgeliefert sein könnten.

Die Normen des NVG, die man unter dem Begriff „kaufmännisches Wohlverhalten“ zusammenfassen kann, können nicht einfach als Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb verstanden werden. Die Tatbestände kaufmännischen Wohlverhaltens sind nicht so formuliert, wie man es aus dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs kennt. Es wird nämlich ausgesprochen, dass das verbotene Verhalten nach den §§ 6 und 7 NVG vom Kartellgericht untersagt werden können. Es besteht jedoch im NVG nicht wie im Kartellrecht die Möglichkeit, ein Verhalten, das gegen das kaufmännische Wohlverhalten verstößt, als volkswirtschaftlich gerechtfertigt anzusehen. Insofern ist die Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs im Sinne des NVG (oder der „leistungsgerechte Wettbewerb“ wie § 1 Abs 1 NVG ihn bezeich-

<sup>1282</sup> AB: 694 BlgNR 17. GP, Famleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 10; AB: 565 BlgNR 14. GP; AB 262 BlgNR 15. GP; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, II (1987), 168.

<sup>1283</sup> Famleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 113.

<sup>1284</sup> ZB: Schuhmacher, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 314; Straberger, Brauchen wir ein Anti-Diskriminierungsgesetz, GesRZ 1975, 113.

<sup>1285</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 165 behandelt das NVG als Sondertatbestand des UWG.

<sup>1286</sup> 565 BlgNR 14. GP.

<sup>1287</sup> 565 BlgNR 14. GP, 1.

net)<sup>1288</sup> insgesamt gesehen etwas anderes als die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs mit den Mitteln des UWG oder der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen mit den Mitteln des KartG.<sup>1289</sup>

Im Vergleich mit dem UWG liegt der Unterschied des NVG im Wesentlichen darin, dass kein Wettbewerbsverhältnis gegenüber einem „*nicht-leistungsgerecht*“ Behandelten Voraussetzung für einen Antrag nach diesem Gesetz ist und die nach NVG zu beurteilende Handlung, auch nicht subjektiv von der entsprechenden Wettbewerbsabsicht getragen sein muss.<sup>1290</sup> Schutzobjekt des NVG ist der „*Leistungswettbewerb*“<sup>1291</sup>, der im Sinne des sog. „*structure approach*“<sup>1292</sup> unabhängig von einer subjektiven Bewertung des Verhaltens einzelner Personen aufrechterhalten werden soll. In diesem Sinn ist auch die RSp des OGH vor der E OGH 13.9.1988 zu verstehen.<sup>1293</sup>

Ein UWG-Verstoß in Begehungsidentität mit einem NVG-Verstoß liegt daher nur dann vor, wenn sowohl das Wettbewerbsverhältnis als auch die Wettbewerbsabsicht vorliegt und die Handlung sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG ist. Daher wurde auch folgerichtig in der E OGH 18.1.1983<sup>1294</sup> darauf hingewiesen, dass der Wohlverhaltenskatalog der BWK nicht quasi automatisch die Sittenwidrigkeit des § 1 UWG bestimme. Offen blieb jedoch die Frage, ob der Wohlverhaltenskatalog in einem „*structure approach*“ bei Beurteilung von Sachverhalten nach dem NVG inhaltlich nicht in bedeutend weiterem Umfang berücksichtigt werden müsste, als in der Rechtsprechung zu § 1 UWG.

Die jüngste RSp des OGH zur Sittenwidrigkeit gem § 1 UWG bei Verstoß gegen eine Vorschrift des NVG scheint diese Abgrenzung wieder zu verwischen.<sup>1295</sup> Durch die RSp beeinflusst, dass der Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften bei Vorliegen von Wettbewerbsverhältnis und Absicht per se auch ein Verstoß gegen § 1 UWG ist, sah sich der OGH veranlasst, auch bei Verstößen gegen das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis gleichermaßen zu entscheiden.<sup>1296</sup> Da das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis aber nicht nur als Mittel zur Gewährleistung eines leistungsgerechten Wettbewerbs, sondern auch als Unlauterkeit im Wettbewerb gewertet werden kann, lässt sich die neue RSp des OGH mit der zuerst vertretenen grundsätzlichen Abtrennung zwischen den Normen des UWG und NVG dennoch vereinbaren.<sup>1297</sup> Auch nach dieser RSp stellen nicht alle Verstöße gegen das NVG auch Verstöße gegen § 1 UWG dar. ZB wird die Durchsetzung bestimmter Strukturfragen des § 1

---

<sup>1288</sup> John, Gedanken zum österreichischen Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz, GRURInt 1978, 343 (344 f).

<sup>1289</sup> Famleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978) 103, 104 - Darstellung überschneidender Kreise.

<sup>1290</sup> stRSp insbes: OGH 13.7.1982, SZ 55/11 = ÖBl 1983, 127; OGH 9.11.1982, ÖBl 1983, 9; Famleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 14.

<sup>1291</sup> Famleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 16; John, Gedanken zum österreichischen Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz, GRURInt 1978, 343 (344 f).

<sup>1292</sup> I. Schmidt, Wettbewerbstheorie und -politik (1981), 104.

<sup>1293</sup> RdW 1988, 424 mit einer Besprechung von Holeschofsky; Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (113).

<sup>1294</sup> Metro-Post II, ÖBl 1983, 55; St. Frotz, Zur Konkretisierung des § 1 Nahversorgungsgesetz, ÖZW 1983, 75; Sladek, Zur Effizienz des Nahversorgungsgesetzes, ÖZW 1983, 40; Sladek, Der Wohlverhaltenskatalog nach dem NVG: ein Sachverständigengutachten, ÖZW 1984, 16.

<sup>1295</sup> OGH 13.9.1988 RdW1988, 424; 14.3.1989 4 Ob 4/87.

<sup>1296</sup> Die E OGH 13.9.1988 RdW1988, 424 und 14.3.1989 4 Ob 4/87, ergingen noch zur Rechtslage vor der NVG-Novelle BGBl 1988/424.

<sup>1297</sup> Das schwUWG regelt das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis in Art 3 lit f; Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (113); Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in Baudenbacher (Hrsg), Das UWG auf neuer Grundlage (1989), 113 (123 f).

NVG auch weiterhin dem Verfahren vor dem Kartellgericht vorbehalten bleiben müssen.

Die Abgrenzung der Regeln des Wohlverhaltenskatalogs zu den Normen über marktbeherrschende Unternehmen im KartG (§ 40 KartG 1988) besteht vor allem darin, dass im Sinn des „*structure approach*“ nicht die Voraussetzungen einer Marktbeherrschung geprüft werden müssen, sondern dass in allen Fällen ein Verfahren auf Untersagung einer tatbestandsmäßigen Verhaltensweise durchgeführt werden muss.<sup>1298</sup>

Die aufgezeigten Unterschiede zeigen, dass die immer wieder geforderte Eingliederung der Normen des NVG in andere Wettbewerbsgesetze nicht so einfach durchzuführen wäre. Würde man dieses Ziel verfolgen wollen, müssten rechtspolitische Entscheidungen auch für UWG und KartG getroffen werden.<sup>1299</sup>

Wurde somit festgestellt, dass das NVG durchaus eigenständige Zwecke verfolgt, sollen diese nun bei den wichtigsten Tatbeständen genauer herausgearbeitet werden.

### 4.3 Das Diskriminierungsverbot des NVG

Im Abschnitt „*Kaufmännisches Wohlverhalten*“ regelt § 2 das sog. „*Diskriminierungsverbot*“.<sup>1300</sup> Allgemein wird von der Lehre angenommen, dass eine nach § 2 NVG verbotene Diskriminierung jedenfalls ein Verhalten ist, das den leistungsgerechten Wettbewerb gefährden muss. Der Unterschied zwischen § 1 und § 2 NVG bestünde darin, dass sich § 1 NVG an alle Unternehmer richte, § 2 NVG nur an die Lieferanten gewerblich befugter Wiederverkäufer.<sup>1301</sup>

Der von Schuhmacher geäußerten Kritik, dass das Diskriminierungsverbot zu weit gefasst wäre<sup>1302</sup>, hielten Farnleitner / Straberger entgegen, dass die Untersagung solchen Verhaltens nur auf Antrag einer Amtspartei erfolgen könne und dass in der wirtschaftlichen Praxis nur marktbeherrschende Unternehmen eine Preis- oder Konditionendiskriminierung durchführen könnten.<sup>1303</sup> Diese Meinung war nach meiner Meinung solange vertretbar, solange nicht die RSp des OGH dazu führte, dass ein Verstoß gegen § 2 NVG gleichsam „*automatisch*“ gem § 1 UWG als sittenwidrig angesehen werden konnte. Setzte sich diese RSp auch zu § 2 NVG durch, wären die Einwände Schuhmachers zutreffend.<sup>1304</sup> Meines Erachtens müsste die RSp aber, wie soeben begründet, zwischen einem Sittenverstoß gem § 1 UWG wegen Verletzung von § 2 NVG und einem solchen wegen Verletzung des § 1 NVG differenzieren. Nach wie vor muss ja bei Beurteilung eines Verhaltens nach § 1 UWG das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien und die Wettbewerbsabsicht beim Verstoß gegen die Wettbewerbsnormen geprüft werden. Bei Diskriminierungen werden diese Voraussetzungen oft nicht gege-

<sup>1298</sup> Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 20; irreführend ist daher der Bericht des HA: 565 BlgNR 14. GP, 1 zu §§ 1 und 2.

<sup>1299</sup> Dies ist wohl auch ein Grund dafür, dass die Einbindung des Wohlverhaltenskatalogs in das KartG 1988 nicht gelungen ist.

<sup>1300</sup> Schuhmacher, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 314 (315); Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 35 ff; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, 177.

<sup>1301</sup> Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 41 mit Hinweisen auf Schuhmacher, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 316 und Barfuß, Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen („NVG“) ÖZW 1978, 10 (11).

<sup>1302</sup> Schuhmacher, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 314 (315).

<sup>1303</sup> Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 40.

<sup>1304</sup> Schuhmacher, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 314 (315).

ben sein (zB bei Diskriminierung aus persönlicher Abneigung) und daher wird auch kein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegen.

Dennoch könnte das Diskriminierungsverbot weitergehende Wirkungen haben, als Farnleitner / Straberger meinen.<sup>1305</sup> Die Meinung, § 2 NVG erfasse nur Diskriminierungen, die von marktmächtigen Unternehmen ausgeübt werden, ist nur dann vertretbar, wenn man eine strikte Theorie der vollkommenen Konkurrenz vertritt. Die vollkommene Markttransparenz und die jederzeitige Ersetzbarkeit eines Anbieters durch einen anderen würden dann jeden Diskriminierungsversuch sinnlos machen. Damit wäre gewährleistet, dass kein Unternehmer diskriminiert werden würde. § 2 NVG sieht jedoch Diskriminierungen unter dem Aspekt des leistungsgerechten Wettbewerbs. Diese Sicht berücksichtigt nicht nur Marktverhältnisse, in denen entweder vollständige Konkurrenz oder unbeschränkte Marktmacht eines Anbieters bestehen, sondern auch Verhältnisse, die nicht klar zuordenbar sind, aber den leistungsgerechten Wettbewerb behindern. Die Auslegung des § 2 NVG wird in Zukunft auch das Problem zu lösen haben, wie Diskriminierungen zu behandeln sind, die nicht mit dem Wettbewerb zwischen den betroffenen Unternehmen zusammenhängen.<sup>1306</sup>

#### 4.4 Versorgungssicherung durch das NVG

Auch die im NVG enthaltenen Vorkehrungen zur Sicherung der Nahversorgung geben kaum wettbewerbspolitische Wertvorstellungen des Gesetzgebers wieder. Die in § 4 Abs 1 NVG vorgesehene verwaltungsrechtliche Verpflichtung zum Vertragsabschluss<sup>1307</sup> ist als Ausnahmebestimmung für bestimmte akute Versorgungsnotstände gedacht.<sup>1308</sup> Dieser Zweck des NVG kann daher nur sehr eingeschränkt Wertungen für andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften beeinflussen.

#### 4.5 Verkauf unter Einstandspreis

Das NVG in der ursprünglichen Fassung sah kein Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis vor.<sup>1309</sup> Die Novelle 1980 führte durch §§ 3a - 3c NVG ein Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis für bestimmte Waren ein.<sup>1310</sup> Die Auswahl der betroffenen Waren sollte der BMHGI treffen, der dabei von einem sozialpartnerschaftlich besetzten Beirat beraten werden sollte. Demgegenüber sah der Antrag der Abg Fiedler, Schwimmer, Graf und Genossen<sup>1311</sup> noch ein allgemeines Verbot des Verkaufs zu oder unter dem Einstandspreis vor.

Die Novelle des NVG im Jahr 1988<sup>1312</sup> brachte in der Folge ein allgemeines Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis. Außerdem wurde die Gruppe der Antragsberechtigten über den Kreis der Amtspar-

---

<sup>1305</sup> Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978); 40.

<sup>1306</sup> In diesem Sinn verstehe ich den Vorschlag Koppensteiners, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 170, § 2 NVG teleologisch zu reduzieren.

<sup>1307</sup> Zum privatrechtlichen Kontrahierungszwang: F. Bydlinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, Vol 80, 1; Hackl Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht (1980).

<sup>1308</sup> Besonders auch für die ausdrücklich nur deklaratorisch zu wertende Betonung der Vertragsfreiheit in § 4 Abs 1 Satz 1 NVG.

<sup>1309</sup> BGBl 1977/392.

<sup>1310</sup> BGBl 1980/121.

<sup>1311</sup> II-8 Blg StenProt 14. GP; Farnleitner / Straberger, Nahversorgungsgesetz (1978), 113.

<sup>1312</sup> BGBl 1988/424.

teien hinaus erweitert. Nach § 7 Abs 2 neu NVG sind auch Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern, bei denen zumindest die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs oder eine nach dem Handelskammergesetz, dem Arbeiterkammergesetz oder den Landwirtschaftskammergesetzen errichtete Körperschaft öffentlichen Rechts Mitglied ist, zugelassen.<sup>1313</sup>

Der Bericht des HA führte als Begründung für die letzte Änderung des NVG eine Reihe von wirtschaftspolitischen Gründen an.<sup>1314</sup> Ganz allgemein sollte mit der Novelle ein weiterer Schritt in Richtung Stärkung der Wettbewerbsfreiheit der kleinen und mittleren Betriebe des Einzelhandels bewirkt werden. Weiters sollte die Novelle den Bemühungen zur Aufrechterhaltung der Nahversorgung dienen. Besonders der Kampf gegen Preis- und Konditionsdiskriminierung des mittelständischen Handels sollte durch die neue Bestimmung unterstützt werden.

Die Ausdehnung der Antragslegitimation in § 7 Abs 2 NVG lässt erkennen, wie wichtig dem Gesetzgeber die Durchsetzung des Verbots des Verkaufs unter dem Einstandspreis ist. Fast gleichzeitig mit der Verabschiedung dieser Novelle entschied der OGH, man ist fast versucht zu sagen, als Reaktion darauf, dass ein Verstoß gegen § 3a NVG alter Fassung als Verstoß gegen eine Wettbewerbsnorm auch eine Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG darstellt. Diese Querverbindung ist gerechtfertigt und sinnvoll. Der Gesetzgeber gab zu erkennen, dass der Verkauf unter dem Einstandspreis gegen den leistungsgerechten Wettbewerb verstößt. Da nun die Preispolitik eines Unternehmens immer in Wettbewerbsabsicht durchgeführt wird, ist es auch folgerichtig, dass dieses Verhalten per se zu einem Verstoß gegen § 1 UWG führt.

Das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis beeinflusst somit ganz wesentlich Normen über wirtschaftliche Richtigkeit einer Verhaltensweise in wettbewerbsrechtlichen Normen.

#### **4.6 Zusammenfassung**

Durch das NVG wurde das wirtschaftspolitische Anliegen, einen sog Mittelstandsschutz einzuführen, befriedigt. Damit sollte die volkswirtschaftliche Theorie des sog „structure approach“ auch für die österreichische Wettbewerbspolitik nutzbar gemacht werden. Diese Absicht ist aus Gesetzestext und Erl klar ableitbar.

Demgegenüber ist die Auswirkung des Diskriminierungsverbotes auf das Wettbewerbsrecht nicht so deutlich zu erkennen. Dennoch ist auch dieses Element des NVG bei der Beurteilung von verschiedenen Verhaltensweisen nach dem UWG wesentlich. Auch das kürzlich statuierte allgemeine Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis sollte weitgehende Folgen auf die RSp zur Preisschleuderei, zur Zulässigkeit der Mischkalkulation durch Kartelle und auf das Preisregelungsrecht haben.

---

<sup>1313</sup> Die Mediatisierung der durch Verkauf unter dem Einstandspreis Betroffenen war bereits vor dieser NVG-Novelle 1988 praktisch beseitigt, da die RSp des OGH zu § 1 UWG die Verletzung des Verkaufs unter Einstandspreis als sittenwidrig ansah.

<sup>1314</sup> 694 BlgNR 17. GP.

## 5 Zugabengesetz

Die zugabenrechtlichen Vorschriften sollten, historisch gesehen, immer § 2 und § 28 UWG näher bestimmen und ergänzen.<sup>1315</sup> Die Zwecke des ZugabenG sind daher zT mit denen des § 2 UWG ident, gehen aber in manchen Punkten über sie hinaus. Auch das ZugabenG soll nämlich im Rahmen eines „*structure approach*“ der Gewährleistung eines leistungsgerechten Wettbewerbs dienen.

Bereits die Erl zur RV des PrämienG<sup>1316</sup>, eines Vorgängers des ZugabenG, hielten die Gründe für die Erlassung und die beabsichtigten Zwecke des Zugabenrechts ausführlich fest. Ganz im Sinne des Anliegens, die Wirtschaftsstruktur zu beeinflussen, stellten diese Erl fest, dass das Zugabenwesen vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, schädlich sei. Es führe zu Unwirtschaftlichkeiten bei der Erzeugung und im Verbrauch. Dies vor allem deswegen, weil die Rationalität der Käuferentscheidungen negativ beeinflusst werde. Der Verbraucher könne durch Zugaben dazu verleitet werden, nicht dort zu kaufen, wo das Verhältnis von Preis, Menge und Qualität optimal sei. Die Gewährleistung einer rationalen Käuferentscheidung sei aber im allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse.

Gleichberechtigt zu diesem volkswirtschaftlichen Zweck des Zugabenrechts wird als Ziel des Gesetzes der Schutz des „*Publikums*“ vor Täuschung über Preis, Menge und Beschaffenheit der Ware genannt.

Weiters werden als Ziele des Gesetzes eine Reihe von Gründen angeführt, die den Interessen der Wettbewerber dienen sollen. Dazu gehören die Vermeidung von Nachteilen von Händlern, die an den Verkauf von Waren bestimmter Erzeuger deswegen gebunden werden können, weil ihre Kunden weiter mit bestimmten Gutscheinen dieser Erzeuger versorgt werden wollen. Weiters sollen auch jene Händler gegen unlautere Zugabenwerbung geschützt werden, die gerade die als Zugaben verwendeten Waren als „*Hauptware*“ verkaufen.

Diese Regelungsziele wurden auch von Schönherr als berechtigt anerkannt.<sup>1317</sup> Schuhmacher<sup>1318</sup>, ihm folgend Feil / Holeschofsky<sup>1319</sup> und Koppensteiner<sup>1320</sup> lehnen die Schutzzwecke für Wettbewerber als „*überholt*“ ab. Schuhmacher meinte, der „*eher zünftlerisch-protektionistische Gedanke des Schutzes des Fachhandels*“ sei überholt und daher unerheblich. Zur Begründung dieser Aussage bezog sich Schuhmacher nur auf die Tatsache der teilweisen Liberalisierung der Gewerbeordnung im Jahr 1973.

Gegen diese Argumentation Schuhmachers spricht, dass die Gewerbeordnung 1973 zwar bezüglich der Voraussetzungen für den Antritt mancher Gewerbe und anderer Regelungen liberaler wurde als die davor geltende Fassung der GewO. Allein daraus kann nicht geschlossen werden, dass die gesetzlichen Zugabenregelungen liberalisiert werden müssten. Es müssen bei der teleologischen Interpretation von

---

<sup>1315</sup> Bereits Erl zur RV PrämienG, 203 BlgNR 3. GP, 3; Zimble, Der Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend das Verbot der Ankündigung von Zugaben (Prämien) zu Waren und Leistungen, MuW 1928, 598; Zimble, Der Entwurf einer Verordnung über das Verbot von Zugaben zu Waren oder Leistungen (Zugabenverordnung), JBl 1934, 177; Abel, Das neue österreichische Zugabengesetz, MuW 1934, 394; Schönherr, Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung der Zugaben- und Rabattgewährung, ÖJZ 1954, 213 (214); Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 63 behandelt das ZugabenG in direktem Zusammenhang mit § 2 UWG.

<sup>1316</sup> 203 BlgNR 3. GP, 2.

<sup>1317</sup> Schönherr, Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung der Zugaben- und Rabattgewährung, ÖJZ 1954, 213; die Herausarbeitung der volkswirtschaftlichen Gründe für ein Zugabenverbot fehlt aber bei Schönherr.

<sup>1318</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 288.

<sup>1319</sup> Feil / Holeschofsky, Zugabengesetz (1988), 5.

<sup>1320</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 64.

Vorschriften nicht nur die unmittelbar durch die Normen angestrebten Ziele, sondern auch die Zielvorstellungen aller anderen verwandten Gesetze berücksichtigt werden. Es ist somit zu berücksichtigen, dass zB die meisten Bestimmungen des NVG, sowie die jüngste Neufassung des KartG 1988 mit dem Ziel Mißbrauch von Marktmacht möglichst zu verhindern, in dieselbe Richtung zielen wie das bereits erwähnte Motiv des Zugabenrechts, den Händler nicht aus Gründen, die nicht in der gehandelten Ware selbst liegen, an den Erzeuger dieser Ware wirtschaftlich zu binden. Die wirtschaftliche Bindung von Handelsunternehmen an die Ankündigung von Zugaben durch den Erzeuger einer Ware kann nach diesen Normen sicherlich nicht als dem leistungsgerechten Wettbewerb entsprechend angesehen werden.<sup>1321</sup>

Das Urteil Schuhmachers, der Konkurrentenschutz durch das ZugabenG sei überholt, ist somit auch deswegen problematisch, weil die neueste Umgestaltung wesentlicher Normen des Wettbewerbsrechts in eine andere Richtung weisen. Diese Tatsache spricht auch gegen das von Schuhmacher vorgebrachte Argument, „im Rahmen einer Wettbewerbsordnung, die auf prinzipieller Freiheit beim Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter beruht“<sup>1322</sup>, seien derartige Normen nicht angebracht. Dem ist entgegenzuhalten, dass Normen gegen unfairen Wettbewerb durch Konkurrenten und Vorschriften für leistungsgerechten Wettbewerb notwendig sind, gerade um die angestrebte Wettbewerbsordnung in der Praxis zu gewährleisten.

Schuhmacher führt im Vergleich mit Österreich die Schweiz als einen Staat an, der ohne Zugabenverbot auskomme. Drei Jahre nach Fertigstellung der Arbeit Schuhmachers wurde in der Schweiz das UWG 1986 beschlossen.<sup>1323</sup> Dieses Gesetz enthält nun eine Bestimmung, die ausdrücklich die Praxis, den Kunden durch Zugaben über den tatsächlichen Wert eines Angebots zu täuschen, als unlauter bezeichnet.<sup>1324</sup>

Auch der Hinweis Schuhmachers, Zugaben sollten nur im Verkehr mit Letztverbrauchern verboten werden, weil „ein Kaufmann... sich durch die in Aussicht gestellten Zugaben nicht der Illusion hingeben (werde), er erhalte etwas geschenkt“, ist nicht schlüssig.<sup>1325</sup> Ein wesentlicher Zweck des ZugabenG besteht ja darin, die Konkurrenten eines Unternehmers, der nicht mit Leistungen, sondern mit Zugaben die Kaufentscheidung der Abnehmer beeinflussen will, ausreichend zu schützen. Eine solche unfaire Beeinflussung kann aber nicht nur gegenüber Verbrauchern unternommen werden, sondern auch gegenüber Unternehmern. Praktische Beispiele für Zugaben an Unternehmer gibt es viele, hingewiesen sei nur auf die oft missbräuchliche Übung der Werbung mit sog „incentive tours“, die schon so weit geht, dass eigene Reisebüros auf die Ausrichtung solcher Reisen spezialisiert sind.<sup>1326</sup>

Um es nochmals herauszustellen: Es geht bei den eben besprochenen Schutz von Unternehmern gegen Zugaben vordringlich nicht um den Schutz eines Unternehmers vor Übervorteilung bei seiner Entschei-

---

<sup>1321</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 119 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 64 anerkennen das Ziel der Gewährleistung eines lautereren Leistungswettbewerbs als gerchtfertigtes Ziel des ZugabenG.

<sup>1322</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 288.

<sup>1323</sup> SchwUWG 1986: BBl 1987/1, 27; GRURInt 1987, 159.

<sup>1324</sup> Art 2 lit g schwUWG. Diese Tatsache wurde von Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 64, der der Meinung Schuhmachers folgt und ebenfalls auf das Schweizer Beispiel hinweist, übersehen.

<sup>1325</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 289.

<sup>1326</sup> Rundschreiben der Bundeswirtschaftskammer, ÖBl 1980, 152. Hier wird auch auf den Zusammenhang zum UWG und NVG hingewiesen.

dung, einen bestimmten Vertrag abzuschließen, sondern um den Schutz der Konkurrenten gegenüber Unternehmern, die im Wettbewerb durch Übervorteilung von Vertragspartnern – und das können auch Unternehmer sein - einen ungerechtfertigten und auch volkswirtschaftlich unerwünschten Vorteil ziehen können.<sup>1327</sup>

Zusammenfassend kann man daher zu den Zwecken des Zugabengesetzes feststellen, dass die gegen Irreführung im Sinne des UWG ausgeführten Zielsetzungen auch für das ZugabenG gelten. Dazu kommen weitergehende volkswirtschaftliche Beweggründe, wenn in der Wettbewerbspolitik der sog. „*structure approach*“ zum Einsatz kommen soll.

## 6 Rabattgesetz

### 6.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund

Das deutsche RabattG<sup>1328</sup> wurde in Österreich nach dem sog. „*Anschluss*“ erst durch VO vom 16.2.1940<sup>1329</sup> eingeführt.<sup>1330</sup> Bei Erforschung der Zwecke, die diesem Gesetz zugrunde liegen, ist daher zu überprüfen, ob das Gesetz nur einen nationalsozialistischen Hintergrund hat, oder ob die Normen auch aufgrund von allgemeinen wirtschaftspolitischen Überlegungen geschaffen wurden. Das Gesetz und die Erl dazu<sup>1331</sup> sind jedenfalls vordergründig politisch bestimmt. Dennoch verblieb es nach 1945, wohl aufgrund von weitergehenden wirtschaftspolitischen Gründen, durch Überleitung (Rechtsüberleitungsgesetz, RÜG) Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung.<sup>1332</sup>

Die Erforschung der historischen Zwecke des RabattG ist somit, wie auch bei der Behandlung anderer wettbewerbsrechtlicher Vorschriften in dieser Arbeit, von Überlegungen zu trennen, ob diese Ziele wirtschaftspolitisch auch weiterhin verfolgt werden sollen.<sup>1333</sup>

Eine nüchterne Betrachtung, die das RabattG nicht isoliert, sondern zusammen mit anderen Wettbewerbsnormen beurteilt, bringt verschiedene Zielrichtungen zutage, die sich wie bei den anderen hier behandelten Wettbewerbsnormen in allgemeine volkswirtschaftliche Gründe, Verbraucherschutzabwägungen und Konkurrentenschutzgründe gliedern lassen. Die Berücksichtigung der Änderung der Novelle

---

<sup>1327</sup> AA auch: Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), der den Schutzzweck des ZugabenG ähnlich eng sieht wie Schuhmacher.

<sup>1328</sup> dRGBI I 1933, 1011.

<sup>1329</sup> dRGBI I 1940, 399 = GBlÖ 1940/34.

<sup>1330</sup> Zur Geschichte: Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 139; Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 319; Schönherr, Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung der Zugaben- und Rabattgewährung, ÖJZ 1954, 213; Schönherr, Probleme des österreichischen Zugabe- und Rabattrechts, in FS Hefermehl (1971), 163 (170).

<sup>1331</sup> Abgedruckt bei Hoth / Gloy, Zugabe und Rabatt (1973) 437 ff.

<sup>1332</sup> Das RabattG ist nicht verfassungswidrig: VfGH 19.10.1955 ÖBl 1956, 8. Es wurde ihm durch das ZugabenG nicht derogiert: ÖBl 1956, 45. Schuhmacher ist aber in Bezug auf § 6 RabattG zu folgen. Diese Bestimmung ist auch nach meiner Meinung wegen Gleichheitswidrigkeit verfassungswidrig. Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 324.

<sup>1333</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 321 vermengt diese Ebenen offenbar, wenn er zB das Ziel des Mittelstandsschutzes bereits durch die Wortverbindung „*mittelständisch-nationalsozialistischer Hintergrund*“ desavouiert. Die Praxis, schon durch die Wortwahl das Ergebnis der Untersuchung vorzubestimmen, wurde hier bereits im Zusammenhang mit dem ZugabenG – „*zünftlerisch-protektionistische Gedanken*“ kritisiert.

1988 zum RabattG<sup>1334</sup> verhilft zu weiteren Ergebnissen.

## 6.2 Zwecke des RabattG

### 6.2.1 Allgemeine volkswirtschaftliche Zwecke

Sicherlich zu Recht wird in der Literatur hervorgehoben, dass das RabattG den Schutz von Klein- und Mittelunternehmen weit in den Vordergrund stellt. Es ging bei seiner Erlassung vor allem darum, die Rabattgewährung nur „*innerhalb einer vernünftigen und gesunden kaufmännischen Preisrechnung*“ zuzulassen.<sup>1335</sup> Was „*vernünftig und gesund*“ ist, sollte sicher nicht nur nach dem Handelsbrauch, sondern ursprünglich auch ideologisch bestimmbar sein.<sup>1336</sup> Mittelstandschutz kann aber selbstverständlich auch ohne Zusammenhang mit nationalsozialistischen oder faschistischen Ideologien betrieben werden.<sup>1337</sup> Dieser Zweck des Mittelstandschutzes ist eine Form des beim NVG näher erläuterten sog. „*structure approach*“ in der Wettbewerbspolitik.

Ein weiterer Zweck des RabattG, der zT in die Gruppe der volkswirtschaftlichen Beweggründe einzuordnen ist, bestand vor der RabattG-Nov 1988 darin, dass durch das grundsätzliche Verbot der Gewährung von Gruppenrabatten oder Sonderpreisen die Diskriminierung der Nachfrager durch die Anbieter verhindert werden sollte. Da das RabattG nur Praktiken im Geschäftsverkehr mit Letztverbrauchern regelte, wurde das Diskriminierungsargument manchmal insofern falsch verstanden, als es zuerst nur dem Verbraucherschutz zugerechnet und dann gesagt wurde, eigentlich gehe dieser Schutzzweck ins Leere, weil der einzelne Verbraucher daran interessiert sein müsse, selber möglichst wenig zu bezahlen und nicht daran interessiert sei, dass andere Verbraucher nicht diskriminiert werden würden.<sup>1338</sup> Richtig gesehen, war dieser Normzweck zwar verbrauchergerichtet aber allgemein volkswirtschaftlicher Natur. Bezweckt wurde nämlich ganz allein, die Abnehmer von Waren nicht zu diskriminieren, um die Markttransparenz und Marktgleichheit zu gewährleisten.<sup>1339</sup> Dieses Ziel war ähnlich wie das Ziel, das mit § 2 NVG erreicht werden sollte. Dennoch wird der Tatbestand von vielen einschränkend interpretiert und das Diskriminierungsverbot nur als Konkretisierung des Marktmachtmissbrauches verstanden.<sup>1340</sup> Die RabattG-Novelle 1988 hat das Diskriminierungsargument jedoch entscheidend abgeschwächt. Der zulässige Preisnachlass darf nunmehr nach § 2 Abs 1 RabattG auch einzelnen Letztverbrauchern gewährt werden.

Ein weiterer Gedanke des RabattG, der ein volkswirtschaftliches Regelungsinteresse ausdrückt, liegt darin, dass mit der relativ engen Bandbreite, innerhalb der Rabatte zulässigerweise gewährt werden dürfen, dem Grundsatz der Preisklarheit und -wahrheit gedient werden soll.<sup>1341</sup> Damit soll ähnlich wie beim ZugabenG gewährleistet werden, dass die Kaufentscheidung rational erfolgt und so die richtigen „*Bot-*

---

<sup>1334</sup> BGBl 1988/423.

<sup>1335</sup> Hoth / Gloy, Zugabe und Rabatt, Kommentar zur Zugabenverordnung und zum Rabattgesetz (1973).

<sup>1336</sup> Insofern ist Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 324 zuzustimmen.

<sup>1337</sup> Vgl zB die Maßnahmen der EG zum Mittelstandsschutz, ferner die NVG-Novelle 1988; Stolzlechner, Mittelsstandsförderung, ein Überblick über die Rechtslage, in FS Wenger 1983, 665; Die Beiträge in der FS Andreae (1989) im Abschnitt B, Mittelstandsökonomie.

<sup>1338</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, (1987) 80.

<sup>1339</sup> Hanreich, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht, in FS Wenger (1983), 539 (555).

<sup>1340</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II, (1987), 80; Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 329.

<sup>1341</sup> ZB Schönherr, Probleme des österreichischen Zugabe- und Rabattrechts, in FS Hefermehl (1971), 163 (171).

*schaften*“ an den Erzeuger einer Ware weitergegeben werden.<sup>1342</sup>

Alle diese volkswirtschaftlichen Erwägungen sind heute im Lichte der Novelle 1988 zu sehen.<sup>1343</sup> Diese Novelle veränderte die Aussagen über die volkswirtschaftlichen Ziele des RabattG bedeutend. Der Bericht des HA<sup>1344</sup> dokumentierte volkswirtschaftlich unerwünschte Nebenwirkungen des RabattG: „*Andere Wettbewerbsziele*“ würden mit Hilfe des RabattG durchgesetzt; es käme zu schikanöser Prozessführung.<sup>1345</sup> Daher, so wurde berichtet, wurde von manchen die Abschaffung des RabattG verlangt. Dieser Forderung hielt der HA entgegen, dass die Normen des RabattG „*im Zusammenhang mit anderen wettbewerbsrechtlichen Normen den Zielen der Preiswahrheit und Preisklarheit*“ dienen.<sup>1346</sup>

Wie immer diese Vorgangsweise des Gesetzgebers beurteilt wird,<sup>1347</sup> es ist für den gegenständlichen Zusammenhang zu schließen, dass von den zuerst herausgearbeiteten Zwecken des RabattG das volkswirtschaftliche Ziel der Preisklarheit und -wahrheit in den Vordergrund gestellt wurde.

Die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem RabattG beimisst, wurde andererseits durch die Milderung der Sanktionen herabgesetzt. Man kann aufgrund der Novelle 1988 begründet die Meinung vertreten, dass der Mittelstandsschutz nicht mehr mit den Mitteln des RabattG erfolgen solle.<sup>1348</sup>

## 6.2.2 Verbraucherschutz durch das RabattG

Die konsumentenschutzpolitische Komponente des RabattG ist umstritten. Zweifelte zB Schönherr zuerst<sup>1349</sup>, ob Verbraucherschutzaufgaben nicht alleine schon durch § 2 UWG ausreichend berücksichtigt werden könnten, trat dann bei ihm ein Sinneswandel ein, und er meinte später, das RabattG trage auch im Interesse der Konsumenten zur Preiswahrheit und -klarheit bei und würde dem Verbraucher zu einer rationalen Kaufentscheidung verhelfen.<sup>1350</sup> Schuhmacher behandelte die Frage, ob das RabattG dem Ziel des Verbraucherschutzes auch tatsächlich dienen kann, ausführlich. Der Zweck des RabattG als „*AntidiskriminierungsG*“ wird aus diesem Blickwinkel, und vom heutigen Standpunkt der Novelle 1988 her gesehen umso mehr mit Recht, als höchst zweifelhaft bezeichnet.<sup>1351</sup>

Der Sinn des RabattG als Formaltatbestand gegen Irreführung wird ebenfalls angezweifelt.<sup>1352</sup> Schuhmacher vertrat die Meinung, bei Wegfall des RabattG müsste eine RSp zu § 2 UWG zu ähnlichen Ergebnissen gelangen, wie bei Bestehen des RabattG. Der Schutz des Konsumenten bei einem Rabattmarkensystem (§ 4 RabattG) sei zwar gerechtfertigt, aber für eine weitere Aufrechterhaltung des Ra-

---

<sup>1342</sup> Gerade bei den Verhandlungen zur letzten Novelle des RabattG war dies ein entscheidender Punkt gegen eine völlige Aufhebung dieses Gesetzes.

<sup>1343</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (111).

<sup>1344</sup> 695 BlgNR 17. GP, 1.

<sup>1345</sup> Die wirtschaftlichen Praktiken auf die diese Äußerungen zielen, sind bei Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (111), beschrieben.

<sup>1346</sup> 695 BlgNR 17. GP, 1.

<sup>1347</sup> Kritik bei Hanreich, Neuregelungen im Österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (111).

<sup>1348</sup> Insoweit hat sich daher die Meinung Schuhmachers und Koppensteiners durchgesetzt.

<sup>1349</sup> Schönherr, Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung der Zugaben und Rabattgewährung, ÖJZ 1954, 213 (215).

<sup>1350</sup> Schönherr, Ist das RabattG tatsächlich konsumentenfeindlich, BuI 1962, H 808, 7, ebenso in Schönherr, Probleme des österreichischen Zugabe- und Rabattrechts, in FS Hefermehl (1971), 163 (171).

<sup>1351</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 327.

<sup>1352</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 335.

battG nicht ausreichend.<sup>1353</sup> Daher kam er wohl zu Recht zum Ergebnis, dass mehr Gründe gegen als für die Beibehaltung des RabattG sprächen.<sup>1354</sup>

Die kurz dargestellten Argumente Schuhmachers gegen das Weiterbestehen eines RabattG in Österreich überzeugen vor allem dann, wenn man Verbraucherschutz nicht nur von der Warte des einzelnen Letztverbrauchers her sieht, sondern die Gesamtinteressen der Nachfragenden berücksichtigt. Die Frage bleibt aber offen, ob nicht ein Ansatz, der auch andere Regelungszwecke berücksichtigt, immer noch die Interessen der Verbraucher gleich gut schützen würde. Bereits die Erl zur RV des RabattG<sup>1355</sup> weisen darauf hin, dass auch Verbraucher, die „*ungleiche Behandlung der Kunden mit dem Grundsatz gleicher Preisstellung*“ als unvereinbar kritisiert hätten und beschreiben das Risiko der Verbraucher beim Rabattmarkensystem. Es soll nicht geleugnet werden, dass diese Fälle der Berücksichtigung von Verbraucherinteressen bei den ursprünglichen Zwecken des RabattG untergeordneten Rang hatten, sie sind aber bereits dem ursprünglichen Gesetz zu entnehmen, die in den Erl zur RV dokumentiert sind. Sie könnten somit bei Interpretationsversuchen weitergeführt werden und müssen nicht, wie Schuhmacher meint, lediglich unterstellt werden. Schuhmacher ist daher nicht zuzustimmen, wenn er meint, das RabattG könne von seinem Ursprung her nur als Gesetz zum Schutze des Mittelstandes gesehen werden.<sup>1356</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass, wie beim ZugabenG auch beim RabattG Verbraucherinteressen von Anfang an mitberücksichtigt wurden, dass sie aber für sich betrachtet wahrscheinlich nicht das Weiterbestehen des RabattG rechtfertigen. Dennoch sind auch die Konsumentenschutzziele des RabattG bei einer Gesamtbetrachtung der Zwecke des Wettbewerbsrechts mit zu berücksichtigen.<sup>1357</sup>

An dieser Stelle sei auf § 127 KartG 1988 hingewiesen. Diese Vorschrift legitimiert weiterhin die sog NettopreisVO (wie § 100 KartG 1972). Die Verordnungsermächtigung wurde im Vergleich zu § 100 KartG 1972 nun weiter gefasst. Daraus kann eine Tendenz abgeleitet werden, die entgegen der Abschwächung der Bestimmungen des RabattG einen stärkeren Schutz gegen unlautere Rabattpraktiken beabsichtigen will.<sup>1358</sup>

### 6.2.3 Schutz von Konkurrenteninteressen durch das RabattG

Die Aufgabe des Schutzes von Mitbewerbern ist besonders aus § 1 und § 12 RabattG zu entnehmen. Die dem UWG nachgebildeten Formen dieser Tatbestände und die vergleichbare Interessenlage im Vergleich zum ZugabenG machen dies deutlich.<sup>1359</sup> Die Verbindung zwischen ZugabenG und RabattG

---

<sup>1353</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 337.

<sup>1354</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 338; Aicher, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in Aicher (Hrsg) Das Recht der Werbung (1984), 215 (243); M. Bydlinski, Rabattverbot und Vertragsrecht, JBl 1988, 701 und Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 79 folgen Schuhmacher im Ergebnis.

<sup>1355</sup> Hoth / Gloy, Zugabe und Rabatt (1973), 437 ff.

<sup>1356</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 327.

<sup>1357</sup> Die RabattG-Novelle 1988 spricht aber für eine relativ untergeordnete Berücksichtigung dieser Zielvorstellungen.

<sup>1358</sup> Dittrich, Gedanken zum sog Nettopreissystem, RdW 1984, 269 - mit Hinweis auf die Konsumenteninteressen, die damit vertreten werden sollen.

<sup>1359</sup> Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), behandelt diesen Schutzzweck konsequenterweise gar nicht, Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 80, referiert nur die RSp, das RabattG wolle auch „*im Interesse der Mitbewerber und der Verbraucher Auswüchse im Rabattwesen bekämpfen*“, steht diesem

wird in diesem Zusammenhang von den Erl zur RV betont, sie verweisen ausdrücklich auf die Gefahr, dass Kaufleute wegen des Verbots der Zugabe auf die Rabattgewährung umsteigen könnten.<sup>1360</sup> Es fällt auf, dass diese Zweckrichtung in den Erl zur RV weiterhin nicht erwähnt wird. Wahrscheinlich waren ideologische Gründe dafür verantwortlich, die Selbsthilfe der Mitbewerber gegenüber unfairen Praktiken von Konkurrenten nicht herauszustellen, obwohl dieser Gesetzeszweck eindeutig aus den Normen selbst hervorgeht.

Die Einschränkung der Klagemöglichkeiten der Mitbewerber durch die Novelle 1988 spricht dafür, dass auch dem Ziel des Mitbewerberschutzes in Zukunft weniger Bedeutung zukommen soll.

## 7 Ausverkaufsgesetz

### 7.1 Wirtschaftsgeschichtliche und rechtsgeschichtliche Grundlagen

Normen über Ausverkäufe bestehen in Österreich bereits länger als das UWG. Die Veranstaltung von öffentlichen Ausverkäufen wurde in einem gewerberechtlichen Sondergesetz bereits im Jahr 1895 geregelt.<sup>1361</sup> Inhaltlich war diese Regelung nicht Gewerberecht i.e.S. sondern eine Vorschrift gegen unfairen Wettbewerb.<sup>1362</sup> Der Schutz des Publikums vor Täuschung über besonders günstig erscheinende Angebote wurde als Ziel des Gesetzes festgestellt.<sup>1363</sup> Gleichzeitig wurde aber betont, dass nicht nur das Publikum durch irreführende Ausverkaufsveranstaltungen geschädigt werde, sondern auch „*jene Gewerbetreibenden, welche es verschmähen, das Publikum auf gleiche Weise zu ködern*“.

Nach diesem Gesetz war die Durchführung öffentlicher Ausverkäufe nur nach Bewilligung durch die Gewerbebehörde gestattet. Ausverkäufe waren zulässig wegen Ableben des Geschäftsinhabers, Beendigung des Geschäftsbetriebes, Übergang des Unternehmens an einen neuen Besitzer, Übersiedlung des Geschäfts und wegen der Folgen von Elementarereignissen und aus sonstigen besonderen berücksichtigungswürdigen Anlässen (§ 2 P 5). Auf Verkäufe in Folge richterlicher oder sonstiger behördlicher Anordnung oder im Rahmen eines Konkurses sollte das Gesetz keine Anwendung finden (§ 7). Im Rahmen der Voraussetzungen des § 2 und des § 4 Abs 3 (eine Bewilligung des Ausverkaufs kann, außer wegen des Todes des Geschäftsinhabers, des Ereignisses von Elementarereignissen oder aus sonst besonders berücksichtigungswürdigen Fällen, erst erteilt werden, wenn das Geschäft volle 2 Jahre bestanden hat), blieb die Erteilung der Bewilligung im freien Ermessen der Behörde (§ 4 Abs 2). Zimbler berichtet, dass eine Verschärfung des Gesetzes 1895, besonders nach der Novellierung der §§ 7-10 dtUWG durch die Notverordnung vom 9.3.1932, auch in Österreich verlangt wurde.<sup>1364</sup> Diese Verschärfung wurde mit Verordnung vom 11.11.1933<sup>1365</sup> (Ausverkaufsverordnung) durchgeführt.

Das Gesetz von 1895 und die AusverkaufsVO bezogen sich nur auf Ausverkäufe und ausverkaufsähnli-

---

Argument aber reserviert gegenüber.

<sup>1360</sup> Hoth / Gloy, Zugabe und Rabatt (1973), 437 ff.

<sup>1361</sup> RGBI 1895/26.

<sup>1362</sup> Posselt, in Mischler / Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch I<sup>2</sup> (1909), 373 (374) sieht das Gesetz als wichtigstes Glied im Komplex der Maßnahmen gegen unlauteren Wettbewerb - es verblieb wie bereits bemerkt, eines der wenigen in der Monarchie erlassenen Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb.

<sup>1363</sup> Posselt, in Mischler / Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch I<sup>2</sup> (1909), 374.

<sup>1364</sup> Zimbler, Die Verordnung des Bundesministers für Handel und Verkehr vom 11.11.1933 über Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, BGBl 508, JBl 1933, 494.

<sup>1365</sup> BGBl 1933/508.

chen Veranstaltungen<sup>1366</sup> sowie auf Saisonschlussverkäufe<sup>1367</sup>. Sonderverkäufe anderer Art blieben unregelt, dh erlaubt. Die Nichtregelung von Sonderverkäufen wurde bereits von Zimble scharf kritisiert<sup>1368</sup> und erschwert die Vollziehung des Ausverkaufsrechts bis heute – auch nach der Novelle 1982<sup>1369</sup> - wesentlich.

Verboten sind lediglich die Ankündigung eines nicht genehmigten Ausverkaufs und die Ankündigung eines Saisonschlussverkaufs außerhalb des zulässigen Zeitraums. § 3 Abs 3 AusverkaufG bestimmt die Voraussetzungen für die Bewilligung der Ankündigung eines Ausverkaufs oder einer ausverkaufsähnlichen Veranstaltung. Sein Inhalt geht erkennbar auf § 4 Abs 2 AusverkaufG 1895 zurück. Nur der erste Satz des § 3 Abs 3 AusverkaufG enthält eine neue „*Gemeinwohlvorstellung*“: Bei der Zulassung der Ankündigung ist auf die Wichtigkeit der vorgebrachten Gründe, die allgemeine wirtschaftliche Lage und im Besonderen auf die Lage des bezüglichen Geschäftszweiges Rücksicht zu nehmen. Zusammen mit den weiteren Voraussetzungen für eine Genehmigung der Ankündigung eines Ausverkaufs lassen sich daraus die wesentlichen Ziele des AusverkaufG ableiten.

## 7.2 Zwecke des Ausverkaufsgesetzes

Unter den volkswirtschaftlichen Gründen für die Genehmigung der Ankündigung eines Ausverkaufs werden im Gesetz primär die Berücksichtigung der „*allgemeinen wirtschaftlichen Lage*“ und die Lage des Geschäftszweiges verstanden. Die Begrenzung der Dauer eines Ausverkaufs auf ein halbes Jahr und der Ausschluss von Ausverkaufsveranstaltungen in der Zeit von 14 Tagen vor Ostern bis Pfingsten und vom 15. November bis Weihnachten wurden jedoch ebenfalls aus volkswirtschaftlichen Gründen eingeführt. Ebenso erfolgte das grundsätzliche Verbot von Ausverkaufsveranstaltungen für Unternehmen, die noch nicht 3 volle Jahre<sup>1370</sup> bestanden haben, aus volkswirtschaftlichen Gründen. Offenbar sollte verhindert werden, dass Unternehmen kurz nach ihrer Gründung ihre Ware verschleudern.

Aus allen diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass der Ausnahmecharakter von Ausverkäufen unbedingt gewahrt werden sollte und dass sowohl die Branche als auch die gesamte Volkswirtschaft durch einzelne Ausverkäufe nicht geschädigt werden dürfe. Der Wettbewerb soll, und diese Zielrichtung liegt auch dem RabattG und dem ZugabenG wesentlich zugrunde, auf den Preis und die Qualität der Waren und Dienstleistungen ausgerichtet sein und nicht durch suggestive Angebote verschiedenster Art beeinträchtigt werden. Selbstverständlich muss hier darauf hingewiesen werden, dass auch das AusvG diesen Gedanken nicht voll durchhält. Die Möglichkeit, jederzeit Sonderverkäufen ankündigen und durchführen zu dürfen, untergräbt dieses volkswirtschaftliche Motiv.

Sowohl das Anliegen, die Konsumenten vor Irreführung, als auch die Mitbewerber vor unfairen Praktiken der Konkurrenten im Zusammenhang mit dem Ankündigen von Ausverkäufen zu schützen, ist dem AusverkaufG nicht unmittelbar zu entnehmen. Das ist einmal darauf zurückzuführen, dass das Ausver-

---

<sup>1366</sup> Hier folgt die Verordnung im Wesentlichen dem Gesetz von 1895 - Unterschiede bei Zimble, Die Verordnung des Bundesministers für Handel und Verkehr vom 11.11.1933 über Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, BGBl 508, JBl 1933, 494.

<sup>1367</sup> Durch die VO 1933 neu eingeführt.

<sup>1368</sup> Zimble, Die Verordnung des Bundesministers für Handel und Verkehr vom 11.11.1933 über Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, BGBl Nr 508, JBl 1933, 497; ebenso Christian, Die Ausverkaufsverordnung, ÖBl 1961, 41.

<sup>1369</sup> BGBl 1982/642.

<sup>1370</sup> Das Gesetz 1895 verlangte nur einen 2jährigen Bestand des Unternehmens.

kaufG als ursprünglich gewerberechtliche Verbotsnorm diese Gründe nicht in den Vordergrund stellte<sup>1371</sup> und ist sicherlich auch auf die Zeit der Erlassung der AusverkaufVO zurückzuführen.<sup>1372</sup>

Trotz des Fehlens ausdrücklicher Hinweise im Gesetz, die Interessen der Verbraucher und der Mitbewerber zu berücksichtigen, sind diese Kriterien bereits bei der Bewilligung von Ausverkäufen und ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen in die Entscheidung einzubeziehen. Das geht besonders aus der vergleichenden Betrachtung anderer Normen über wirtschaftliche Rechtfertigung hervor. Die allgemeine wirtschaftliche Lage umfasst immer auch die wirtschaftliche Lage der Konsumenten, die besondere Lage der bezüglichen Geschäftszweige die Interessen der Wettbewerber. Dazu kommt, dass auch das AusverkaufG wesentliche Zwecke des Irreführungsschutzes erfüllt und damit selbstverständlich auch dem Konsumenten- und Mitbewerberschutz dient.<sup>1373</sup>

## 8 Sonstige wettbewerbsrechtliche Verwaltungsvorschriften

Zwei weitere wettbewerbsrechtliche Normen seien hier kurz erwähnt, die ebenfalls im Zusammenhang mit dem Gewerberecht verwaltungsrechtliche Verbote aussprechen. Es ist dies einmal die Verordnung über das Verbot von Einheitspreisgeschäften<sup>1374</sup>, die verbietet, Waren mehrerer handelsüblich nicht zusammengehöriger Art, in einer oder mehreren Preisstufen zum Verkauf anzubieten. Zum anderen das BG betreffend das Verbot unentgeltlicher Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr.<sup>1375</sup> Dieses BG ermächtigt zu Verordnungen, die der Zustimmung des Hauptausschusses des NR bedürfen und die die unentgeltliche Zuwendung und die Ankündigung solcher Zuwendung, die nicht Zugaben iS des ZugabenG sind, verbietet.<sup>1376</sup> Beide Vorschriften sind derzeit nur von historischem Interesse.

In diese Gruppe von Vorschriften gehören vom Inhalt her gesehen auch die §§ 27, 28, 30 und 31 UWG. Ihre Funktion im Rahmen des Irreführungsschutzes bedarf keiner gesonderten Erörterung.

## 9 Kennzeichnungs- und Qualitätsrecht

### 9.1 Allgemeine Vorbemerkungen

Nach den Normen, die das individuelle Verhalten der Wettbewerber regeln bzw wettbewerbspolitische Strukturen errichten und sichern wollen, soll das Spektrum jener Vorschriften beleuchtet werden, die bestimmte Eigenschaften für Waren oder Dienstleistungen festlegen und damit die Voraussetzungen für

---

<sup>1371</sup> Hier ist besonders die enge Verknüpfung mit der GewO im § 4 Abs 4 AusverkaufG zu bemerken - wurde die Bewilligung des Ausverkaufs wegen gänzlicher Geschäftsauflösung erteilt, so erlischt mit Ablauf der Bewilligung des Ausverkaufs die Gewerbeberechtigung des Trägers der Bewilligung und darf an diesem Ort innerhalb von 3 Jahren nicht wieder erteilt werden.

<sup>1372</sup> Hingegen war beim G 1895 klar, dass auch Verbraucherschutz bewirkt werden sollte, Posselt, in Mischler / Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch I<sup>2</sup> (1909), 373 (374). Bereits Zimmler kritisierte, dass als Sanktion für die Verletzung der AusverkaufVO nur eine Verwaltungsstrafe vorgesehen ist. Er zeigte aber den Weg der Durchsetzung der Ausverkaufsvorschriften mit Hilfe des § 1 UWG auf: Zimmler, Die Verordnung des Bundesministers für Handel und Verkehr vom 11.11.1933 über Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen, BGBl Nr 508, JBl 1933, 498.

<sup>1373</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 34; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> II (1987), 97 behandeln das Ausverkaufswesen zusammen mit den anderen Formen der Irreführung.

<sup>1374</sup> BGBl 1933/54.

<sup>1375</sup> BGBl 1931/371.

<sup>1376</sup> Hohenecker / Friedl, Wettbewerbsrecht (1959), 136; derzeit sind keine solche Verordnungen in Kraft.

die Teilnahme an einem bestimmten Markt bestimmen.

Solche Vorschriften verfolgen zum Teil ganz ähnlich Zwecke wie wettbewerbsrechtliche Normen im engeren Sinn, da sie über die geforderten Produkteigenschaften das Verhalten der Marktteilnehmer auf dem Markt regeln. Sie müssen daher dem Wettbewerbsrecht in einem weiteren Sinn zugeordnet werden.

Die Nähe solcher Normen zum Wettbewerbsrecht lässt sich zB durch Hinweis auf die Vorschriften über Normen und Typenkartelle (§ 14 KartG 1988) zeigen. Der Gesetzgeber hat diese Arten von Kartellen definiert und hervorgehoben, damit deren volkswirtschaftliche Rechtfertigung leichter begründet werden kann. Die Verbindung zwischen Kennzeichnungsvorschriften und dem Wettbewerbsrecht iES ist in § 9 UWG offenkundig: Der Missbrauch von Kennzeichnungen wird mit dieser Norm ausdrücklich verboten.

Vorweg seien die Hauptziele dieser Vorschriften genannt und darauf hingewiesen, dass hier keine vollständige Aufzählung der Normen dieser Gruppe erfolgen kann. Die allgemeinen volkswirtschaftlichen Ziele solcher Vorschriften sind im Wesentlichen die Gestaltung einheitlicher Grundbedingungen von Menge und Qualität von Waren und Dienstleistungen für die Anbieter von Waren und Dienstleistungen. Weiters die Ermöglichung rationeller wirtschaftlicher Entscheidungen der Anbieter und Nachfragenden durch Gewährleistung einheitlicher Maßstäbe für Mengen und Qualitäten am Markt.

Die Verhinderung von Irreführungen über Menge und Qualität von Waren und Dienstleistungen und die Gewährleistung ausreichender und vergleichbarer Informationen über Waren und Dienstleistungen sollen dem Interesse der Verbraucher dienen, als Nachfrager einer Ware oder Dienstleistung eine rationale Entscheidung zu treffen.

Die Mitbewerber sind wiederum vor Konkurrenten zu schützen, die die Abnehmer von Waren durch Täuschung über Qualität und Menge der angebotenen Waren oder Dienstleistungen in ihren wirtschaftlichen Entscheidungen beeinflussen wollen.<sup>1377</sup> Die soeben beschriebenen Ziele sind für jede wirtschaftliche Betätigung auf einem Markt so grundlegend, dass sie in ähnlicher Form in vielen historischen Normen zu finden sind.

## **9.2 Kennzeichnungsrecht**

### **9.2.1 Verordnungen gem § 32 UWG im Non-Food-Bereich**

Die Kennzeichnungsvorschriften im Non-Food-Bereich sind schon über die delegierende Vorschrift des § 32 UWG eng mit dem Wettbewerbsrecht verbunden.<sup>1378</sup> Im gegebenen Zusammenhang ist weiters interessant, dass auch eine direkte Verbindung zu völkerrechtlichen Verträgen über Herkunftsbezeichnungen besteht und vom Gesetzgeber auch eine Verbindung zum Preisrecht hergestellt wurde. Art IV UWG-Novelle 1980<sup>1379</sup> bestimmt nämlich, dass § 32 UWG, soweit er die Ersichtlichmachung des

---

<sup>1377</sup> RV zum UWG 1923, 71, 80.

<sup>1378</sup> Eine Aufzählung dieser Verordnungen soll hier nicht erfolgen. Es bestehen einige Sammlungen, die einen verlässlichen Überblick über Anzahl und Inhalt der Verordnungen ermöglichen: Mrasek, Verpackung und Warenkennzeichnung in der Österreichischen Rechtsordnung, Dokumentation, Schriftenreihe des Österreichischen Verpackungszentrums, H 8 (1983); Ladstätter / Sedy / Spitalsky, Kennzeichnungsvorschriften im Non-Food-Bereich und Preisauszeichnungen, Schriftenreihe: Kennzeichnung von Waren des Vereins für Konsumenteninformation (1983 mit lfd Ergänzungen); Schönherr / Wiltschek, Wettbewerbsrecht (1987).

<sup>1379</sup> BGBl 1980/120.

Preises, ausgenommen des Preises in Beziehung auf bestimmte Gewichts- und Mengeneinheiten betrifft, nicht anwendbar ist, solange und insofern das PreisG entsprechende besondere Vorschriften enthält. Ausdrücklich wird dem § 19 Abs 4 PreisG durch die UWG-Novelle 1980 zu § 32 UWG nicht derogiert. Auch § 73 Abs 2 und 3 GewO wird durch § 19 Abs 4 PreisG überlagert.<sup>1380</sup>

### 9.2.2 Sonstige Kennzeichnungsvorschriften im Non-Food-Bereich

In diesem Abschnitt müssen disparate Rechtsgebiete zusammengefasst werden, die alle bedeutenden Einfluss auf das Rechtsleben entfalten und den Wettbewerb beeinflussen. Viele von ihnen werden auch im Rahmen der Lauterkeitskontrolle durch § 1 UWG verwendet, um jenen Zwecken zu dienen, die einleitend hier festgehalten wurden. Hier kann nur global auf sie verwiesen und daran erinnert werden, den Sinn dieser Vorschriften gegebenenfalls zur Auslegung von anderen wettbewerbsrechtlichen Normen heranzuziehen.

ZB folgende Gesetze oder Verordnungen enthalten Vorschriften, die dieser Gruppe zuzuordnen sind: das Maß- und Eichgesetz, mit den aufgrund dieser Gesetze ergangenen Verordnungen, das PunzierungsG, das Edelmetallübereinkommen, die DampfkesselVO mit Durchführungsverordnungen (zB BenützungVO für Bürodrehstühle mit Gasfedern), die GiftVO, das ChemikalienG, das ArzneimittelG (wobei diesem überwiegend gesundheitspolitische Aufgaben zukommen); das BeschußG; das NormenG, die GewO und die aufgrund der GewO ergangenen Verordnungen, das ProduktsicherheitsG.

### 9.2.3 Kennzeichnungsvorschriften im Lebensmittelbereich

Die Kennzeichnung von Lebensmitteln, Verzehrprodukten und Zusatzstoffen kann gem § 19 LMG vom BMGuU im Einvernehmen mit dem BMHGI mit Verordnung angeordnet werden. Das Motiv für diese Bestimmung ist aus dem Gesetzestext direkt zu entnehmen. Einmal ist es Schutz vor Täuschung, zum anderen ausreichende Information der beteiligten Verkehrskreise. Die Verordnungsermächtigung kann nicht nur zu gesundheitsrelevanten Zielen ausgenützt werden. § 32 Abs 6 UWG bestimmt seit der UWG-Novelle 1975<sup>1381</sup>, dass bei Lebensmitteln, Verzehrprodukten und Zusatzstoffen § 32 UWG-Verordnungen nur mehr bezüglich der für bestimmte Waren vorgeschriebenen Mengeneinheiten und/oder Preisen vom BMHGI erlassen werden dürfen. Wenn Verordnungen zur Verfolgung von wettbewerbsrechtlichen Zielen erlassen werden sollen, muss dies aufgrund des § 19 UWG erfolgen.<sup>1382</sup> Aus diesem Grund sieht § 77 LMG vor, dass alle wesentlichen Lebensmittelkennzeichnungsverordnungen, die aufgrund des § 32 UWG erlassen wurden, in Gesetzesrang so lange weitergelten, bis entsprechende Verordnungen aufgrund des LMG erlassen werden.<sup>1383</sup>

Die Zersplitterung der Rechtsnormen ist auf dem Gebiet des Lebensmittelkennzeichnungsrechtes weit

---

<sup>1380</sup> Ladstätter unterscheidet noch weiter in Verordnungen gem § 32 UWG mit und ohne Anwendung des § 35 UWG (Zurückbehaltung von Waren durch Zollämter).

<sup>1381</sup> BGBl 1975/88.

<sup>1382</sup> Barfuß ua, Lebensmittelrecht (1975 mit Ergänzungen) I B 96/2; Barfuß, Lebensmittelkennzeichnungsrecht, in FS Wenger (1983), 561 (564) dazu und zur historischen Entwicklung der Verordnungsermächtigung im Lebensmittelrecht.

<sup>1383</sup> Barfuß ua, Lebensmittelrecht (1975 mit Ergänzungen), I B 97; Barfuß, Lebensmittelkennzeichnungsrecht, in FS Wenger (1983), 561 (563) beschäftigt sich hier auch mit der Frage der Abgrenzung zwischen unlauterem Wettbewerb und der Erreichung von Verbraucherzielen durch UWG-Regeln. Eine ganze Reihe von Kennzeichnungsverordnungen wurde bereits aufgrund des LMG erlassen. Aufzählung siehe Barfuß ua, Lebensmittelrecht (1975 mit Ergänzungen), I A.

fortgeschritten. Auch aufgrund des WeinG und des QualitätsklassenG können Verordnungen erlassen werden.<sup>1384</sup> Weiters ist auch auf die internationalen Abkommen über geographische Herkunftsbezeichnungen Bedacht zu nehmen.<sup>1385</sup>

#### 9.2.4 Kennzeichnungsvorschriften im Bereich der Landwirtschaft

Eine Reihe von Vorschriften über die Kennzeichnung von landwirtschaftlichen Produkten gehen auf Verordnungen zu § 32 UWG zurück.<sup>1386</sup> Andere sind bereits als Bundesgesetze erlassen worden.<sup>1387</sup> Viele dieser Kennzeichnungsvorschriften sind mit Qualitätsnormen verbunden, sodass sie auch oder nur im Abschnitt „*Qualitätsvorschriften*“ erwähnt werden. Beispielsweise seien folgende Vorschriften genannt: Das Saatgutgesetz; das PflanzenschutzG; das RebenverkehrsG; das BG über den Verkehr mit Obstpflanzgut; das PflanzenschutzG; das FuttermittelG; das DüngemittelG; einzelne Vorschriften des ForstG (zB § 83 über Tannenchristbäume und §§ 148 ff über Forstart- und Forstpflanzgut), etc.<sup>1388</sup>

Alle diese Vorschriften sollen den bereits oben beschriebenen Zielen dienen, sie sind hier nur deswegen angeführt, um die große Anzahl der Regeln zu demonstrieren.

#### 9.2.5 Vorschriften zur Preisauszeichnung

§§ 11 ff PreisG, § 32 UWG und § 73 Abs 2 und 3 GewO enthalten eine Reihe von, zT sehr detaillierten Preisauszeichnungsvorschriften, die im Wesentlichen denselben Aufgaben dienen wie die anderen Normen des Kennzeichnungsrechts. Durch ausreichende Preisauszeichnung soll dem Verbraucher eine rationale Kaufentscheidung ermöglicht und er vor Irreführung geschützt werden. Die Preisauszeichnung unterstützt auch die Vorschriften des RabattG, indem sie den Vergleich zwischen ausgezeichnetem Preis und tatsächlich vereinbartem Preis erst ermöglicht. In diesem Sinne dienen die Preisauszeichnungsvorschriften auch dem Mitbewerberschutz.

§ 19 Abs 3 PreisG schreibt vor, dass die Bestimmungen des PreisG bzw der aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen dem § 73 Abs 2 und 3 GewO und dem § 32 UWG insoweit Vorgehen sollen, als diese Bestimmungen besondere Vorschriften enthalten. Dies gilt nicht für Normen über das Verhältnis des Preises einer Ware zu bestimmten Gewichts- und Mengeneinheiten.<sup>1389</sup> Die wettbewerbsrechtlichen Preisauszeichnungsvorschriften der §§ 11 ff PreisG enthalten im Wesentlichen folgende Regelungsgruppen:

- Ersichtlichmachung von Letztverbraucherpreisen für gewerbsmäßig veräußerte Sachgüter.
- Vorschriften über die Preisauszeichnung bestimmter Dienstleistungen.

---

<sup>1384</sup> Barfuß, Lebensmittelkennzeichnungsrecht, in FS Wenger (1983), 561 (565).

<sup>1385</sup> ZB Mrasek, Verpackung und Warenkennzeichnung in der Österreichs Rechtsordnung (1983), 246, 291, 297, 298, 301 ff.

<sup>1386</sup> Bernard, Referat: „Landwirtschaftliche Betriebsmittelgesetze“, gehalten im Seminar Prof Wenger: „Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts“, Protokoll der 14. Sitzung vom 27.4.1981.

<sup>1387</sup> Zur Kompetenzgrundlage für diese Normen: Bernard, Referat: „Landwirtschaftliche Betriebsmittelgesetze“, gehalten im Seminar Prof Wenger: „Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts“, Protokoll der 14. Sitzung vom 27.4.1981, 9.

<sup>1388</sup> Aufzählung: Mrasek, Verpackung und Warenkennzeichnung in der Österreichs Rechtsordnung (1983), 332 ff.

<sup>1389</sup> Art IV UWG-Nov 1980, BGBl 1980/120, enthält die entsprechende Regelung für das UWG; § 73 Abs 2 GewO regelt die Möglichkeit der Erlassung von Normen zur Preisauszeichnung bereits unter der Einschränkung, dass derartige Vorschriften nicht bereits in anderen Normen bestehen.

- Vorschriften über die Preisauszeichnung im Rahmen der an Letztverbraucher gerichteten Werbung ausländischer Unternehmen für den Einkauf im Ausland.

Unter Abwägung der Interessen der Betroffenen und volks- oder betriebswirtschaftlicher Gründe kann der BMwA gem § 11 c Abs 6 PreisG von den Preisauszeichnungsvorschriften abweichende Regelungen erlassen. Kriterien zur Auslegung der in dieser Norm enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe sind vergleichbaren Vorschriften des Wettbewerbsrechts zu entnehmen.

### 9.2.6 Qualitätsrecht

Die wesentlichsten, lebensmittelrechtlichen Qualitätsvorschriften enthält das QualitätsklassenG<sup>1390</sup> und das WeinG<sup>1391</sup>. Geschichtlich gesehen sind diese Gruppen von Vorschriften alt und standen immer im Zusammenhang mit Normen gegen unlauteren Wettbewerb.<sup>1392</sup>

Wesen des Qualitätsrechts ist es, durch die Einführung bestimmter Qualitäten, die Verschiedenartigkeit der einzelnen Stücke von bestimmten Warengruppen (besonders Lebensmitteln) einzugrenzen und damit eine leichtere Vergleichbarkeit dieser Waren zu erreichen. Daher ist oft ein Regelungszusammenhang mit Marktordnungen gegeben (so auch im Bereich der EG).

Der Zusammenhang zwischen der Festlegung von bestimmten Qualitäten und wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen wird auch in § 14 KartG 1988, der den Begriff des Normen- und Typenkartells definiert, offenbar. § 28 Abs 2 KartG 1988 enthält die Sonderbestimmung, dass das Kartellgericht bei Normen- und Typenkartellen für längstens 5 Jahre auch die Unkündbarkeit eines Kartellvertrages aussprechen kann. Im Verfahren zur Genehmigung von Kartellen ist hingegen im eigentlichen Sinn keine Begünstigung von Normen- und Typenkartellen vorgesehen. Bei Überprüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung solcher Kartellarten muss aber im Hinblick auf den anerkannten volkswirtschaftlichen Zweck von Qualitätsvorschriften und wegen der vielen anderen Rechtsnormen, die Qualitätsregeln enthalten und damit diese als volkswirtschaftlich geboten hervorheben, auf diesen Zweck Bedacht genommen werden. Das heißt, dass jedenfalls bei Normen- und Typenkartellen, die Ziele verfolgen, die den Zielen von qualitätsrechtlichen Vorschriften vergleichbar sind, jedenfalls gute Gründe für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einer Vereinbarung bestehen.

### 9.2.7 Normenwesen

Auch das Normenwesen erfüllt in der Hauptsache Ziele, die qualitätsrechtlichen Inhalts sind. Normen legen bestimmte Waren- oder Leistungskategorien fest und machen damit die Vergleichbarkeit von Waren oder Dienstleistungen einfacher. Die Relevanz von Normen für den internationalen Wettbewerb zeigt sich in den vielfältigen Bestrebungen zu einer internationalen Vereinheitlichung von Normen bzw dem Faktum des Einsatzes von nationalen oder gemeinschaftlichen Normen als nicht-tarifarische Handelshemmnisse.

---

<sup>1390</sup> BGBl 1967/161.

<sup>1391</sup> WeinG, BGBl 1985/444; Das WeinG wurde vom VfGH in der E 16.6.1987, G 141-142/86 als, in systemimmanenter Weise in Fortentwicklung des LMG und des UWG erlassen, bezeichnet.

<sup>1392</sup> Der Gesetzgeber stützt sich bei Erlassung derartiger Normen weiterhin auf die Bundeskompetenz Art 10 Z 8 B-VG „Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes“, 358 BlgNR 11. GP, 14.

Das österreichische NormenG 1971<sup>1393</sup> schuf die Grundlage für die Delegation von bestimmten Aufgaben an einen Verein. Dieser Verein muss nach § 2 NG ua *„die Sicherheit bieten, dass bei der Schaffung von ÖNORMEN entsprechend ihrem Wirkungsbereich Stellen der Hoheits- oder Wirtschaftsverwaltung des Bundes, der Länder, einschließlich etwa bestehender selbständiger Wirtschaftskörper, die Vertreter der Wissenschaft sowie die am Normenwesen interessierten Standesvertretungen als Interessenvertretung der Erzeuger und Verbraucher mitwirken“*.

Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber wegen der Beteiligung aller maßgeblich erscheinenden Verwaltungsbehörden des Bundes und der Länder sowie der Sozialpartner annimmt, dass die Ausgestaltung von Normen zum allgemeinen Wohl erfolgt.<sup>1394</sup>

Es ist bemerkenswert, dass keine Bestimmung des NG eine inhaltliche Abgrenzung der Normung vornimmt. Extrem formuliert bedeutet dies, dass jegliche Ware oder Dienstleistung genormt werden könnte. Erst in der Satzung des mit den Aufgaben der Normung betrauten Vereines, des österreichischen Normungsinstituts, wird in § 2 der Zweck der Normung als Zweck des Vereines definiert. Er lautet: *„Der Verein bezweckt auf gemeinnütziger Basis eine Vereinfachung der wirtschaftlichen Tätigkeit, insbesondere durch Aufstellung von Regeln und Festlegung von Werten, durch Vereinheitlichung von Begriffen und Definitionen, Vereinbarungen, Formen und Abmessungen, durch Auswahl von Verfahren und Mustern (Normalisierung, Simplifizierung und Typisierung) sowie durch Bereitstellung und Vermittlung von technisch-wissenschaftlichen Informationen.“*

## **10 Gewerblicher Rechtsschutz**

### **10.1 Allgemeine Vorbemerkungen**

Der gewerbliche Rechtsschutz dient vor allem dazu, bestimmte wirtschaftliche Leistungen für einen bestimmten Zeitraum gegenüber Nachahmung zu schützen. Die Tatsache, dass nur bestimmte Leistungen durch diese Regelungen erfasst werden, während andere Leistungen, die im Wirtschaftsverkehr erbracht werden und die zum Teil durchaus vergleichbar sind, wie zB Franchising oder Know-how-Verträge, läßt bestimmte Wertungen der Rechtsordnung erkennen.

Da der verliehene Schutz oft einen bedeutenden Vorteil im Wettbewerb bedeutet, der das Verhalten der Wettbewerber beeinflusst und auch zum Teil Verbraucher vor Irreführung schützt, enthalten auch diese Normen wettbewerbsrechtliche Komponenten. Die Zwecke, die mit diesen Normen verfolgt werden, müssen zur Auslegung von verwandten wettbewerbsrechtlichen Vorschriften herangezogen werden.

### **10.2 Markenschutzgesetz**

Durch die Gewährung von Markenschutz wird dem einzelnen eine bestimmte Art der Abgrenzung seiner Waren und/oder seines gesamten Geschäftsbetriebes gegenüber seinen Mitbewerbern ermöglicht. Damit wird nicht nur dessen Interesse am Aufbau und Schutz seiner Marke gedeckt, sondern auch das allgemeine volkswirtschaftliche Interesse an lauterem Wettbewerb, insbesondere am Schutz des Wirt-

---

<sup>1393</sup> BGBl 1971/240.

<sup>1394</sup> Legitimation durch Verfahren, Adamovich / Funk, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>2</sup> (1984), 116.

schaftsverkehr vor Irreführung.<sup>1395</sup> Diese Verbindung zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb manifestiert sich besonders in § 9 UWG - Missbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens.<sup>1396</sup> Die Ausführungen zu den Zwecken des Irrtumsschutzes durch das UWG können somit auch zur Auslegung des MarkenG verwendet werden, andererseits sind die Wertungen des Markenschutzgesetzes auch bei Auslegung des UWG zu berücksichtigen.<sup>1397</sup>

### 10.3 Musterschutzgesetz

Zweck des Musterschutzes ist die Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten zur Verwendung bestimmter Muster oder Modelle für Industrieerzeugnisse. Der Musterschutz ist geschichtlich eine Folge der industriellen Entwicklung.<sup>1398</sup> Der Schöpfer von Mustern und Modellen soll gegenüber seinen Mitbewerbern geschützt werden, die seine Tätigkeit durch Nachahmung ausbeuten könnten. Es ist im Interesse der gesamten Volkswirtschaft, dass die oft kapitalintensive Schaffung von Mustern oder Modellen nicht deswegen vergebens eingesetzt wird, weil „unredliche Konkurrenz“ Muster nachahmt. Weiters dokumentiert das MusterG das volkswirtschaftliche Interesse an Neuerungen bei der Formgebung von industriell erzeugten Produkten. Entsprechend dem vorübergehenden wirtschaftlichen Wert von Mustern und Modellen und unter Berücksichtigung des § 9 UWG für Muster mit Verkehrsgeltung ist der Musterschutz auf maximal 3 Jahre beschränkt.<sup>1399</sup> Konsumenteninteressen iS von Konsumentenschutz-Interessen werden durch das MusterschutzG nicht berührt.

### 10.4 Patentgesetz

Die volkswirtschaftlichen Beweggründe für die patentrechtlichen Normen ähneln denen des Musterrechts. Durch Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten soll verhindert werden, dass neue, gewerblich verwertbare, naturwissenschaftliche Erkenntnisse geheimgehalten werden. Damit wird der Allgemeinheit Gelegenheit gegeben, auf den publizierten Erkenntnissen aufbauend, an der technischen Entwicklung weiterzuarbeiten. Andererseits schafft das Ausschließlichkeitsrecht dem Erfinder die Möglichkeit aus seiner Erfindung Gewinn zu ziehen. Die Nutzung der eigenen Erfindung wird von der Rechtsordnung auch dadurch erleichtert, dass die Gewerbeordnung die gewerbliche Ausnutzung eigener Erfindungen auch ohne Erlangung der an sich dafür erforderlichen Gewerbeberechtigungen erlaubt. Das volkswirtschaftliche Interesse am System des Patentrechtes wurde durch die Schaffung einer Popularklage gegen den Patentverletzer noch verdeutlicht.

Das Patentrecht dient selbstverständlich auch dem Schutz vor unlauteren Mitbewerbern und sieht dafür eigene Verfahren vor. Wie das Musterrecht ist auch das Patentrecht zeitlich beschränkt.

---

<sup>1395</sup> Historische Ausführungen zu den Zwecken des Markenschutzes: Maresch, Markenschutz, in Mischler / Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch (1909) 524.

<sup>1396</sup> Auf die reiche Literatur zu diesem Thema sei nur pauschal verwiesen: Schönherr / Wiltschek, Wettbewerbsrecht (1987), 24.

<sup>1397</sup> Zum Element des Verbraucherschutzes durch Markenschutz: Krenn, Verbraucherschutz im Markenrecht, ÖJZ 1977, 225 und 256.

<sup>1398</sup> Maresch, Muster- und Modellschutz, in Mischler / Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch (1909), 666.

<sup>1399</sup> Beachte aber die UWG-RSp zur Nachahmung fremder Produkte - Schönherr / Wiltschek, Wettbewerbsrecht (1987), 294 ff.

## 10.5 Internationale Absicherung der gewerblichen Schutzrechte

Die Ziele der gewerblichen Schutzrechte werden schon seit langem durch ein völkerrechtliches Vertragssystem geschützt.<sup>1400</sup> Das Entstehen dieses Vertragssystems hängt wirtschaftlich mit der besonders raschen Entwicklung der Industrie zu Ende des 19. und Anfang des 20. Jhdts zusammen. Auf manchen Gebieten geht diese Entwicklung durch Schaffung von neuen Arten gewerblicher Schutzrechte noch weiter.<sup>1401</sup> In einem gewissen Gegensatz zu diesen globalen Bemühungen, durch völkerrechtliche Verträge die Wirkung der gewerblichen Schutzrechte zu verstärken, steht die RSp des EuGH und die Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen der EG auf diesem Gebiet. Die wirtschaftspolitische Bewertung des freien Warenverkehrs geht im gemeinsamen Markt dem Schutz des industriellen und gewerblichen Eigentums vor und führte zu einer RSp, gewerbliche Schutzrechte in Bestandschutz und Ausübung der gewerblichen Schutzrechte zu trennen und rechtlich unterschiedlich zu behandeln.<sup>1402</sup>

Diese RSp des EuGH und die Praxis in den EG wirkt sich über das internationale Kartellrecht auch stark auf die innerstaatliche rechtspolitische Situation Österreichs aus.<sup>1403</sup> Die österreichische RSp unterscheidet jedoch nicht zwischen Bestand und Ausübung von Schutzrechten. Die Ausübung von Schutzrechten geht Kartellrechtsnormen vor.<sup>1404</sup>

## 11 Urheberrecht

Ähnlich den Normen des gewerblichen Rechtsschutzes dient auch das Urheberrecht dem Schutz besonderer schöpferischer Leistung und dem Schutz der Verbraucher vor Irreführung. Wie der gewerbliche Rechtsschutz ist auch das Urheberrecht durch völkerrechtliche Verträge zum Teil international abgesichert. Das Problem des Verhältnisses von länderspezifisch vergebenen, urheberrechtlichen Verwertungsrechten und dem freien Warenverkehr im gemeinsamen Markt der EG ist Anlass zu einer RSp des EuGH, die zu denselben Ergebnissen kommt wie die RSp zu den gewerblichen Schutzrechten.<sup>1405</sup> Diese RSp unterscheidet sich von der RSp zum Verhältnis der Urheberrechte und den Verpflichtungen aus den

---

<sup>1400</sup> Bereits 1908 (RGBI 1908/268) wurde Österreich durch seine Mitgliedschaft bei der PVÜ zur Erlassung eines UWG verpflichtet.

<sup>1401</sup> ZB Halbleiterschutz - HalbleiterschutzG (BGBl 1988/372), Graser / Kucsko, Halbleiterschutzgesetz (1988) .

<sup>1402</sup> Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil, Die Europäische Gemeinschaft - Rechtsordnung und Politik<sup>3</sup> (1987), 290; zB EuGH RS 192/73 – Hag, EuGH Slg 1974, 731; RS 16/74 – Centrafarm, EuGH Slg 1974, 1183. Jüngst zu Musterschutzrechten an Einzelteilen von Kfz-Karosserien: EuGH 5.10.1988, RS 53/87 - Tätigkeiten des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften Nr 21/88.

<sup>1403</sup> Hefermehl / Ipsen / Schlupe / Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft (1979) . Schlupe behandelt darin die schweizerische Sicht der markenrechtlichen RSp des EuGH, Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht, 232; OMO-Entscheidung des BGE 105 II 49 = GRURInt 1979, 569; Kucsko, Parallelimporte von Konzernmarken und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz mit der EWG, GRURInt 1980, 138; Demaret, Patent- und Urheberrechtsschutz, Zwangslizenzen und freier Warenverkehr im Gemeinschaftsrecht, GRURInt 1987, 1; Esche, Spannungsverhältnis zwischen der Ausübung nationaler Zeichenrechte zur Abwehr von Reimporten und Querlieferungen und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, Art 30 EWG-Vertrag, GRURInt 1987, 233; Koppensteiner, Kartellrechtliche Aspekte des Lizenzverkehrs mit der EWG; WipolBl 1974, 389; Schuhmacher, „Inhalt des Patentrechts“ und KartellG, ÖZW 1974, 41; Schönherr, Fallen Lizenzverträge unter das Kartellgesetz?, ÖBl 1952, 19.

<sup>1404</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht (1981), 121 f.

<sup>1405</sup> Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil, Die Europäische Gemeinschaft - Rechtsordnung und Politik<sup>3</sup> (1987), 290; zB EuGH RS 55 und 57/8 - Musik-Vertrieb/GEMA, EuGH Slg 1981, 147.

FHA zwischen EG und EFTA-Staaten.<sup>1406</sup> In Österreich konnte sich zu diesem Thema noch keine herrschende Ansicht herausbilden<sup>1407</sup>, bis der Gesetzgeber 1988 durch eine unsystematische Änderung des § 16 Abs 3 UrhG eine neue Situation schuf.<sup>1408</sup>

## 12 Preisrecht

### 12.1 Allgemeine Vorbemerkungen

Der Preis einer Ware oder Dienstleistung ist in einer Wettbewerbswirtschaft ein wesentliches bestimmendes Element jeder Kaufentscheidungen. Neben den Normen des Kartellrechts und des UWG, die eine von Marktmacht unbeeinflusste Preisbildung bzw ein unter lauterer Bedingungen abgeschlossenes Geschäft gewährleisten sollen, hat der Gesetzgeber, meist in Ausnahmesituationen oder punktuell aus anderen wirtschafts- oder sozialpolitischen Gründen, das Bedürfnis, wirtschaftslenkend in die Preisbildung der Unternehmen einzugreifen. Dieses staatliche Eingreifen in die Preisbildung erfolgt meist deshalb, weil die marktmäßige Preisbildung aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht erfolgen kann oder zu ungewünschten Ergebnissen führt.

Neben diesen grundsätzlichen, auf die Wettbewerbsordnung bezogenen Erwägungen zu einer behördlichen Preisregelung, darf selbstverständlich die wirtschaftslenkende Funktion des Preisrechts nicht übersehen werden.<sup>1409</sup> Dass andererseits die Wirtschaftslenkung durch Preisrecht nur in solchen Wirtschaftszweigen auf längere Dauer bestehen kann, die Wettbewerbsdefizite aufweisen, hat die Vergangenheit bewiesen. Preisregelungen sind daher heute nur mehr dort zu finden, wo, wie zB im Bereich der Marktordnungsregelungen, Wettbewerb bewusst beseitigt ist.

Schon in der Beschreibung der geschichtlichen Entwicklung des Preisrechtes wird dargestellt werden, dass im Rahmen von Überlegungen zur Methode der behördlichen Preisfestsetzung, Erwägungen getroffen wurden, ob nicht der behördlich festzusetzende Preis einem potentiellen Marktpreis entsprechen sollte (Als-ob-Konzept). Es liegt daher nahe zu untersuchen, ob die im Wettbewerbsrecht angewandten Grundsätze zur Bestimmung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung eines bestimmten Verhaltens auch für die Ermittlung volkswirtschaftlich richtiger Preise zumindest zT gelten sollen.

Normen gegen Preistreiberei wurden immer dann erlassen, wenn es Marktteilnehmern möglich war, den Marktpreis auf einem örtlich begrenzten Markt signifikant zu überschreiten, somit in Situationen, in denen es möglich war Marktmacht auszuüben. In der Folge werden die Maßnahmen gegen Preistreiberei von solchen zur Regelung von Preisen für bestimmte Waren und Dienstleistungen getrennt behandelt.

---

<sup>1406</sup> In Österreich zB OGH 10.7.1979 GRURInt 1980, 185 mit einer Besprechung von Ulmer.

<sup>1407</sup> G. Frotz, Verletzung von Urheberrechten beim Parallel- und Reimport von Tonträgern? ÖBl 1977, 137; Dittrich, Zum Import von Tonträgern aus dem EWG-Bereich, ÖBl 1982, 141; Koppensteiner, Urheber- und Erfinderrechte beim Parallelimport geschützter Waren, AWD 1971, 357; Koppensteiner, Zum Import von Tonträgern aus dem EWG-Bereich, JBl 1982, 18; Walter, Grundfragen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im österreichischen Urheberrecht, ÖJZ 1975, 144.

<sup>1408</sup> BGBl 1988/601; Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (119).

<sup>1409</sup> Wenger, Organisationsgrundlagen und Instrumentarium der direkten Wirtschaftslenkung in Österreich, in Korinek / Rill (Hrsg), Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts, (1982), 3 (8).

## 12.2 Entwicklungen vor dem 1. Weltkrieg

Die rechtliche Grundlage zu einer behördlichen Preisregelung lag in Österreich im Gewerberecht. Die Gewerbeinhaber waren im Rahmen dieses liberalen Gesetzes gem § 52 GewO 1859 grundsätzlich nur dazu verpflichtet, die Preise unter Rücksicht auf Qualität und Quantität ersichtlich zu machen.

Behördliche Preisregelung war gem § 51 GewO 1859 nur dann zulässig, wenn dringende öffentliche Rücksichten, wie anlässlich eines Krieges, eines Aufruhrs usw ein Eingreifen der Staatsgewalt in das freie Selbstbestimmungsrecht der betreffenden Verkäufer dies erforderten. Außerdem waren solche Maßnahmen nur für den „*Kleinverkauf von Artikeln, die zu den notwendigsten Bedürfnissen des täglichen Unterhalts gehören*“ zulässig.<sup>1410</sup> Voraussetzung dafür war, dass der einzuführende Tarif von der betreffenden Gemeinde beantragt, von der Handelskammer und den betroffenen Genossenschaften begutachtet und von der politischen Landesbehörde festgestellt wurde. Durch die Bestimmung des § 51 GewO sollte demnach „*der Ausbeutung der vorübergehenden Notlage in bestimmten räumlichen Gebieten durch die Verkäufer der betreffenden Artikel Schranken gesetzt werden*“.<sup>1411</sup>

Behördliche Preisregelung konnte nach § 51 Abs 1 GewO 1859 weiters in jenen Fällen erfolgen, in denen der Wettbewerb durch bestimmte staatliche Regulierungen wie beim Rauchfangkehrer-, Kanalräumer-, Abdecker-, Transport- und Platzdienstgewerbe ausgeschaltet wurde. Die Festsetzung von Maximaltarifen hatte dann zu erfolgen, wenn eine bezirksweise Abgrenzung des Tätigkeitsbereiches für bestimmte Gewerbe (Rauchfangkehrer, Kanalräumer, Abdecker) verfügt wurde (§ 51 Abs 2 GewO 1859).

Die Verbindung dieser preisrechtlichen Vorschriften mit dem Wettbewerbsrecht i.e.S. war selbstverständlich auch bereits zur damaligen Zeit bewusst. Heller<sup>1412</sup> verweist mit der Bemerkung, dass auf die Kartellfragen in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden kann, auf Ettinger.<sup>1413</sup>

Diese sachlogische Verbindung - behördliche Preisregelung und Wettbewerbsstörung - blieb auch zur eigentlichen Geburtsstunde des österreichischen Preisrechts in der Notzeit des 1. Weltkrieges erhalten. Pribram<sup>1414</sup> stellte in einem Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft die Frage, ob sich Störungen des Wirtschaftslebens durch rechtliche Zwangsmaßnahmen überhaupt beseitigen ließen, in den Mittelpunkt seiner Untersuchung. Er leitet seine Ausführungen zur Preisbildung durch Rechtsvorschriften mit folgenden, die Skepsis des Wirtschaftswissenschaftlers trefflich charakterisierenden Worten ein:

*„Wenn außergewöhnliche Veränderungen des Wirtschaftslebens seinen regelmäßigen Ablauf mit schweren, unerwarteten Störungen bedrohen, dann erhebt die öffentliche Meinung gebieterisch die Forderung, daß das Recht mit seiner Zwangsgewalt diese Störungen beseitige, denn tief verwurzelt in der Überzeugung des Volkes ist ein naiver Glaube an die Allmacht des Rechtes, an die Möglichkeit einer fast unbeschränkten Beherrschung des Wirtschaftslebens durch Verbot und Strafe. Wir sind uns freilich klar darüber geworden, wie eng im Grunde die Grenzen sind, innerhalb derer sich ein Eingriff des Staates in*

---

<sup>1410</sup> Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung I (1912), 705 f; Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 97 (100 f).

<sup>1411</sup> Entscheidung des Ministeriums des Inneren vom 22.10.1884, Z 18111, MS 1616, zitiert nach Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung II (1912), 706; abgedruckt auch bei Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 101.

<sup>1412</sup> Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung I (1912), 706.

<sup>1413</sup> Ettinger, Regelung des Wettbewerbs (1905).

<sup>1414</sup> Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 199.

das Wirtschaftsleben bewegen kann“.<sup>1415</sup>

Pribram verwies dann auf die sog Kartelldiskussion und stellte fest, dass im Rahmen dieser Diskussion schon vor dem 1.WK die Forderung nach öffentlicher Preisregelung im Kampf gegen Kartelle bestanden habe. Erst zu Beginn des Krieges sei durch kaiserliche Verordnung vom 1.8.1914 <sup>1416</sup>ein, wie Pribram sagt, der Gesetzgebung früherer Zeiten freilich wohl bekanntes Delikt, jenes der Preistreiberei, wieder eingeführt worden.<sup>1417</sup> Pribram sieht damit das „*uralte, für überwunden gehaltene Problem des „gerechten“ Preises von Neuem*“ auftauchen.<sup>1418</sup> Er meinte, weder aus dem Gesetz noch aus Erläuterungen der Regierung <sup>1419</sup> zu diesen Vorschriften sei ein Anhaltspunkt für die Bestimmung des „*richtigen*“ Preises zu entnehmen.

Pribram beschrieb dann in kurzen Worten die Preistheorie bis zu seiner Zeit und verglich sie mit den Ergebnissen der RSp.

Es seien zwei RSp-Strömungen erkennbar gewesen: Die eine sehe als den nicht übermäßigen Preis den Marktpreis an, also jenen Preis, zu dem der Verkäufer seine Vorräte ergänzen konnte, vermehrt um den „*bürgerlichen Gewinn*“.<sup>1420</sup> Die zweite Ansicht, die nach Anzahl überwiege, sehe den individuellen Gestehungskostenpreis, vermehrt um den zu Friedenszeiten üblichen Gewinn als Maßstab für die Preistreiberei an.<sup>1421</sup>

Die Begründung des OGH, der Wettbewerb sei im Kriege aufgehoben, daher müsse der Gestehungskostenpreis plus einer im Frieden üblichen Gewinnspanne als Maßstab für die Preistreiberei herangezogen werden, wird von Pribram darauf zurückgeführt, dass von der RSp einfach ein Preis gesucht werde, der ganz dem *iustum pretium* der scholastischen Lehre entspreche. Damit vertrete der OGH die Meinung, es sei unsittlich, ohne Rücksicht auf die Allgemeinheit die Konjunktur zum eigenen, höchst persönlichen Vorteil auszunützen.<sup>1422</sup> Pribram stellte dazu klar fest, dass mit der Figur des „*bürgerlichen Gewinns*“ ein außerwirtschaftliches Motiv zur Preisfestsetzung zum Einsatz gebracht werde. Die Frage der Beziehung zwischen Gestehungskosten und Preisen könne auf diese Art nie gelöst werden. Eine derartige Entscheidung des Gesetzgebers könne nach Pribram nur in Ausnahmesituationen wie zB Kriegszeiten akzeptiert werden.<sup>1423</sup>

---

<sup>1415</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 199.

<sup>1416</sup> RGBI 1914/194.

<sup>1417</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 201. Die Ähnlichkeit der von Pribram bezeichneten früheren Normen liegt auch darin, dass sie damals notwendig waren, um mangelnden Wettbewerb, zB durch zünftische Ordnung – mit Preistaxen auszugleichen. Weiter zurückliegende preisrechtliche Normungen werden hier nicht erörtert, weil sie nicht in Verbindung mit Wettbewerbswirtschaften ergingen.

<sup>1418</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 204.

<sup>1419</sup> Denkschrift der k.k. Regierung über die aus Anlaß des Krieges getroffenen Maßnahmen (1915), 49.

<sup>1420</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 199 in FN 15.

<sup>1421</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 199 in FN 16.

<sup>1422</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 215.

<sup>1423</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 216.

Die Überlegungen und Argumente Pribrams sind nach meiner Meinung ein guter Ausgangspunkt für die Darstellung und Behandlung der Probleme des österreichischen Preisrechts. Pribram hob zu Recht hervor:

- Preistheoretisch gesehen kann die Frage der Preisbildung durch behördliche Regelung nie gelöst werden.
- Es gibt keine allgemeinen gültigen Grundsätze für die Ermittlung eines „gerechten Preises“, seitdem der Glaube an ein Naturrecht nicht mehr allgemein geteilt wird. Aufgabe der Gesetzgebung und ihrer Auslegung sei es daher, die gerade herrschenden sittlichen Anschauungen zur Ermittlung eines als gerecht oder angemessen empfundenen Preises zur Grundlage einer Entscheidung zu machen.

## 12.3 Die Preistreibereigesetzgebung

### 12.3.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und rechtspolitische Entwicklung

#### 12.3.1.1 Die kriegswirtschaftliche Regelung im 1. Weltkrieg

Die kaiserliche Verordnung vom 1.8.1914, mit welcher für die Dauer der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse Bestimmungen über die Versorgung der Bevölkerung mit unentbehrlichen Bedarfsgütern getroffen werden<sup>1424</sup>, stellte bereits im Titel ihre eingeschränkte Geltung klar: Für die Dauer der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse sollten Bestimmungen über die Versorgung mit unentbehrlichen Bedarfsgegenständen getroffen werden.

Mehrere Grundsätze sind aus dieser Formulierung zu entnehmen: Einmal lässt sich die Verbindung der vorübergehenden Maßnahmen zu § 51 Abs 1 GewO 1859 ableiten. Die Verordnung enthält dementsprechend vor allem Normen zur Versorgungssicherung während der Dauer des Krieges, es sollen nur volkswirtschaftlich unentbehrliche Bedarfsgegenstände erfasst werden. Trotz des Kriegszustandes war daher ein sehr eingeschränkter Geltungsbereich angestrebt.

§ 7 VO 1914, die eigentliche Preistreibereibestimmung, behielt diese grundsätzliche Orientierung bei:

*„Wer in Ausnützung der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse für unentbehrliche Bedarfsgegenstände offenbar übermäßige Preise fordert...“*, wird bestraft.

Preistreiberei kann somit nur bei unentbehrlichen Bedarfsgegenständen (gem § 1 Abs 2 VO 1914 sind das solche Waren, die zur Befriedigung notwendiger Lebensbedürfnisse für Menschen und als Nahrungsmittel für Haustiere dienen) begangen werden und zwar durch Forderung offenbar übermäßiger Preise in Ausnützung der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse.

Bestraft sollte weiters gem § 8 VO 1914 werden, wer unentbehrliche Bedarfsgegenstände aufkauft oder deren Erzeugung oder Handel einschränkt um ihren Preis auf eine übermäßige Höhe zu treiben. Ferner, wer unwahre Nachrichten verbreitet oder ein anderes Mittel der Irreführung anwendet, um eine Teuerung von unentbehrlichen Bedarfsgegenständen zu bewirken.

Preisrechtliche Vorschriften wurden offenbar durch den für Österreich ungünstigen Fortgang des 1.

---

<sup>1424</sup> RGBI 1914/194.

Weltkrieges notwendig. Die kaiserliche Verordnung über die Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsgegenständen enthielt bedeutende Veränderungen.<sup>1425</sup> Erstmals wurde neben der administrativen Versorgungssicherung und der Bestrafung von Preistreiberei auch Preisregelung betrieben. Der Geltungsbereich der VO 1917 wurde damit entscheidend erweitert.

Das Konzept des Preistreibereitbestandes blieb gleich (§ 20 VO 1917). Der Tatbestand wurde aber insofern erweitert, als Preistreiberei nunmehr nicht nur bei „*unentbehrlichen Bedarfsgegenständen*“ möglich war, sondern bei allen Bedarfsgegenständen. Bedarfsgegenstände wurden definiert als alle beweglichen Sachen, die den Lebensbedürfnissen der Menschen und Haustiere unmittelbar oder mittelbar dienen (§ 1 VO 1917).

In § 22 Z. 1 VO 1917 wurde auch eine Strafbestimmung eingeführt, die inhaltlich dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuzuordnen ist:

*„Wer sich mit anderen verabredet, für Bedarfsgegenstände in Ausnützung der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse offenbar übermäßige Preise zu fordern“*, wird bestraft.

Für Bedarfsgegenstände konnten vom Handelsminister oder bei Lebens- und Futtermittel von dem mit der Leitung des Amtes für Volksernährung betrauten Minister nach einem Gutachten durch die Zentral-Preisprüfungskommission (§ 32 VO 1917) Höchstpreise festgestellt werden (§ 17 VO 1917). Dabei konnte bei der Festsetzung von Maximalpreisen für den Kleinverkauf von Artikeln, die zu den notwendigsten Bedürfnissen des täglichen Unterhalts gehören, vom Verfahren des § 51 Abs 3 GewO 1859 abgesehen werden.

Die Überschreitung amtlich festgesetzter Preise wurde unter Strafe gestellt (§ 19 VO 1917). Ferner wurde auch der Kettenhandel mit Bedarfsgegenständen verboten (§ 23 Abs 4 VO 1917).

Bei der Regelung des Marktverkehrs in der VO 1917 wurde das V. Hauptstück der GewO 1859, der Marktverkehr, zum Teil geändert. Preisregelungsbefugnisse der Gemeinde des Marktortes wurden eingeführt (§ 15 und 16 VO 1917). Die von den Preisprüfungskommissionen (siehe unten) festgestellten Richtpreise mussten auf dem Marktplatz verlautbart und für deren Einhaltung gesorgt werden.<sup>1426</sup>

Als Hilfsorgan der zuständigen Ministerien wurden am Sitze des Gerichtshofes erster Instanz Preisprüfungsstellen eingerichtet, die, in heutiger Terminologie ausgedrückt, sozialpartnerschaftlich zu besetzen waren (§ 26 ff VO 1917). Diese Preisprüfungsstellen erstatteten den Justizbehörden Gutachten, erteilten den staatlichen Behörden Auskünfte und Gutachten über Preisverhältnisse und - besonders wesentlich - sie konnten im jeweiligen Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz Richtpreise für Bedarfsgegenstände bestimmen. Diese waren der politischen Landesbehörde mitzuteilen und wenn von ihr kein Einspruch erhoben wurde, wurden sie nach 8 Tagen veröffentlicht (§ 27 VO 1917). Besonders wichtig war die Zuständigkeit der Preisprüfungskommissionen bei Preistreibereiverfahren. In Fällen des § 20 VO 1917 war ein Gutachten der Preisprüfungskommission darüber einzuholen, *„ob der Preis, den der Täter forderte, ... offenbar übermäßig war“*. Auch die Kriterien zur Festlegung der von den Preisprüfungskom-

---

<sup>1425</sup> Nur die außerordentlichen Verhältnisse des Krieges rechtfertigen Regeln für unentbehrliche Bedarfsgegenstände - andere Ansicht Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 101 FN 30, der sich aber nicht auf RGBL 1914/194 sondern erst auf die VO RGBL 1917/131 bezieht.

<sup>1426</sup> Kaiserliche Verordnung vom 24.3.1917, RGBL 1917/131.

missionen festzulegenden Richtpreise zeigen die große Kontinuität des österreichischen Preisrechts. Gem § 28 VO 1917 war bei Festlegung von Richtpreisen darauf zu achten, dass die Anschauungen der den Kreisen der Produzenten und Händler entnommenen und der den Kreisen der Konsumenten entnommenen Mitglieder gleichmäßig Gehör verschafft wird.

Zur Beratung und Unterstützung der Zentralstellen wurde eine Zentral-Preisprüfungskommission geschaffen.

Für die Aufstellung von Richtpreisen galt für alle Preisprüfungskommissionen, dass auf folgende Tatsachen Rücksicht zu nehmen war:

- auf die durchschnittlich notwendigen Gestehungskosten, in denen ein entsprechender Anteil der Betriebskosten, inklusive der „allgemeinen Regien“ enthalten sein sollten,
- auf einen durchschnittlichen bürgerlichen Gewinn,
- auf die lokalen Verhältnisse, insbesondere auf die Transportspesen,
- auf ein entsprechendes Verhältnis der Preise für den Rohstoff, das Halbfabrikat und das Endprodukt,
- ob die betreffende Ware vom Erzeuger, vom Groß- und Detailhändler veräußert werden sollte,
- auf die Preise jener Waren, die zur Befriedigung der gleichen Bedürfnisse verwendet werden konnten.

Diese in § 36 Z 2 VO 1917 festgelegten Kriterien orientierten sich daher, bis auf das zuletzt genannte Kriterium (Berücksichtigung der Preise von Substitutionsgütern) an den durchschnittlich betriebswirtschaftlich notwendigen Erzeugungskosten mit einem Aufschlag für Gewinn und die Transportkosten.

Die rechtliche Wirkung dieser Richtpreise wurde in § 12 der Kundmachung betreffend die Erlassung von Statut und Geschäftsordnung für die lokalen Preisprüfungsstellen<sup>1427</sup> festgehalten: Sie bestand darin, dass ihre Einhaltung im allgemeinen vor einer Verfolgung nach § 20 VO 1917 (Preistreiberei) schützte, während seine Überschreitung allein noch nicht strafbar war. Der Richtpreis sollte daher grundsätzlich nur eine wirtschaftliche Basisinformation geben. Ferner hatten die Marktorgane auf bestehende Lebensmittelrichtpreise bei der Festsetzung der für Marktdauer zulässigen Verkaufspreise Bedacht zu nehmen (§ 12 Kundmachung 1917).

Im Statut der Zentral-Preisprüfungs-Kommission<sup>1428</sup> wurde der Zweck dieser Institution nochmals umschrieben:

*„Die Errichtung der Zentral-Preisprüfungs-Kommission verfolgt den Zweck, der der Versorgung der Bevölkerung dienenden Betätigung der legitimen Kreise der Erzeugung und des Handels unter voller Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher eine angemessene Stütze zu bieten.“* (§ 2 Kundmachung betreffend die Erlassung von Statut und Geschäftsordnung für die Zentral-Preisprüfungs-Kommission).

---

<sup>1427</sup> Der Feststellung Rills, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 101 FN 30, die Kriegsfolgesetzgebung der Monarchie hätte sich ohne Rücksicht auf die Gewerbeordnung 1859 entwickelt, ist daher nicht zu folgen.

<sup>1428</sup> RGBI 1917/200.

Zusammenfassend erscheint das kriegswirtschaftliche Preisrecht der Monarchie als vergleichsweise reich determiniertes Rechtsgebäude, das durch sozialpartnerschaftlich ausgerichtete Verfahren noch weiter legitimiert wurde. Der transitorische Charakter der Vorschriften für die Notzeiten stand immer im Vordergrund der Regelungen. Die volkswirtschaftstheoretischen Schwierigkeiten der Materie waren bekannt und wurden offen diskutiert. Sowohl auf die Interessen der Anbieter, als auch auf die Bedürfnisse der Konsumenten war im Rahmen der Kriegswirtschaft Bedacht zu nehmen.

### ***12.3.1.2 Die Bekämpfung der Preistreiberei in der Zwischenkriegszeit***

Die Preistreibereigesetzgebung der Zeit nach dem 1. WK baute inhaltlich auf der VO 1917 auf. Es wurde das PreistreibereiG 1921 erlassen.<sup>1429</sup> Der Titel des Gesetzes gibt den wirtschaftlichen Hintergrund des Gesetzes wieder: „Bundesgesetz über die Bestrafung der Preistreiberei, des Schleichhandels und anderer ausbeuterischer oder die Versorgung der Bevölkerung gefährdender Handlungen (Preistreibereigesetz)“. Es ging somit um die Bekämpfung der wirtschaftlichen Missstände nach dem 1. Weltkrieg und dem Zerfall der Monarchie.

Das PrTrG 1921 definierte die Termini „Bedarfsgegenstand“ und „Bedarfsleistung“ inhaltlich wie die VO 1917. Weiters wurde aus der VO 1917 übernommen, dass für einen Bedarfsgegenstand oder eine Bedarfsleistung „*ein offenbar übermäßiges Entgelt*“ nicht gefordert etc werden dürfe (§ 2 Abs 1 PrTrG 1921). Der Hinweis auf die wirtschaftliche Situation, in der Preistreiberei begangen werden kann, wurde nicht wie bei der VO 1917 gleich anfangs genannt („*Ausnützung der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse*“ - § 20 Abs 1 VO 1917), sondern es wurde bestimmt, dass ein „*offenbar übermäßiges*“ Entgelt nicht verlangt werden dürfe.

Gem § 2 Abs 2 PrTrG 1921 war als „*offenbar übermäßig*“ ein Entgelt anzusehen, „*durch das sich der Veräußerer, Unternehmer oder Vermittler das durch den Gütermangel verringerte Angebot, die gesteigerte Nachfrage oder eine künstliche Ausschaltung oder Einschränkung des freien Wettbewerbes in einer durch die übrigen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise zunutze macht.*“

Dabei war ua auf die Gestehungskosten, die er nach vernünftigen wirtschaftlichen Grundsätzen aufwenden durfte, auf eine etwa seither eingetretene Änderung in den Herstellungs- oder Anschaffungsbedingungen, auf die mit Geschäften der fraglichen Art verbundenen Risiken und die Natur des Geschäftsbetriebes billige Rücksicht zu nehmen.

Das PrTrG 1921 regelte ferner eine ganze Reihe weiterer Arten von Preistreiberei, zB Vergeudung von Bedarfsgegenständen, Schleichhandel, Hinterziehung von Bedarfsgegenständen, Handlungen, die „*künstlich*“ den Preis von Bedarfsgegenständen steigern, „*volkswirtschaftlich unnützer Zwischenhandel oder Vermittlertätigkeit*“ - Kettenhandel etc.

Ebenso wie in der VO 1917 war die Frage, ob ein Entgelt offenbar übermäßig ist, auch nach dem PrTrG 1921 in einem Gutachten einer Kommission zu bewerten. Die Vorschriften des PrTrG 1921 galten bis zur deutschen Okkupation.<sup>1430</sup>

---

<sup>1429</sup> RGBI 1917/209.

<sup>1430</sup> Weiß-Wellenstein, Vhdlgen 35. DJT (1928), 1/1, 191, in seinem Bericht über Österreich; ferner der Berichterstatter Nipperdey, 764 unter Bezug auf das PreistrG 1921.

### 12.3.1.3 Die Bekämpfung der Preistreiberei nach dem 2. Weltkrieg

#### 12.3.1.3.1 Das Bedarfsdeckungsstrafgesetz

Die Materie der Preistreiberei wurde nach dem 2. WK vorerst durch weitergeltende deutsche Verbrauchlenkungsvorschriften und dann zusätzlich durch das BedarfsdeckungsstrafG<sup>1431</sup> vom 24.10.1945 geregelt.<sup>1432</sup> Dieses Gesetz diente der grundlegenden Versorgungssicherung nach dem Krieg.<sup>1433</sup> Die Definition des Bedarfsgegenstandes und der Bedarfsleistung blieb im Verhältnis zum PrTrG 1921 inhaltlich unverändert. Neben anderen Tatbeständen wurde auch die Preistreiberei geregelt. Der Tatbestandsteil „*offenbar übermäßiges Entgelt*“ blieb bestehen, die Definition dieses Tatbestandsteiles wurde jedoch verändert. Grundsätzlich wurde das Überschreiten eines behördlich festgesetzten Preises als offenbar übermäßig angesehen.

Hinzu kam nun, dass als übermäßig auch ein Entgelt zu werten war, „*das den für Bedarfsgegenstände der gleichen Art und Beschaffenheit am Orte des Verkaufes im ordentlichen Geschäftsverkehr üblichen Preis erheblich überschreitet*“ (§ 7 Abs 3 BdStG). Damit wurde ein neues Konzept der Bestimmung des übermäßigen Entgeltes eingeführt, das mit gewissen Änderungen noch heute besteht.<sup>1434</sup>

Die Beteiligung eines Sachverständigengremiums zur Feststellung des offenbar übermäßigen Entgeltes entfiel.

Nach einer entscheidenden Milderung des BdStG durch die Novelle 1948<sup>1435</sup>, wurden die Bestimmungen über Preistreiberei durch die 2. BdStG-Novelle<sup>1436</sup> aufgehoben, in der Erwartung, daß Preisüberschreitungen wegen der zusehends fortschreitenden Besserung des Wirtschaftslebens nicht mehr gerichtlich bestraft werden müssten, sondern daß ihre Ahndung nach dem PreisregelungsG 1949<sup>1437</sup> ausreichen werde.

#### 12.3.1.3.2 Das PreistreibereiG 1950

Die internationale Währungskrise im Herbst 1949 beunruhigte auch die österreichische Wirtschaft so sehr, dass es zu unvermittelten und starken Preissteigerungen kam.<sup>1438</sup> Daraufhin wurde das PreistreibereiG 1950 befristet erlassen.<sup>1439</sup> Der Geltungsbereich des PrTrG war weiter gefaßt als der des BdStG, er umfasste auch unbewegliche Sachen. Sonst lehnte sich das PrTrG 1950 stark an das BdStG an. Die

---

<sup>1431</sup> Nach Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts II, 174 geriet das PreisTrG 1921 aber in der Zwischenkriegszeit in Vergessenheit und wurde als gewohnheitsrechtlich beseitigt angesehen; Ehrenzweig, Das BedarfsdeckungsstrafG, JBl 1946, 170; Ehrenzweig bezeichnet das PreisTrG 1921 als „*blue law*“ dessen Anwendung unzulässig gewesen sei und bezieht sich dabei auch auf Graßberger, Machtloses Recht und triumphierendes Unrecht, JBl 1946, 84.

<sup>1432</sup> BGBl 1946/44.

<sup>1433</sup> Vorzügliche Schilderung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Zeit bei Ehrenzweig, Das BedarfsdeckungsstrafG, JBl 1946, 170.

<sup>1434</sup> Leonhard, Zum BedarfsdeckungsstrafG, ÖJZ 1946, 84, bezeichnete es als ein Gesetz der Übergangswirtschaft. Dieses Konzept wurde bereits von Ehrenzweig, Das BedarfsdeckungsstrafG, JBl 1946, kritisiert (173), Leonhard, Zum BedarfsdeckungsstrafG, ÖJZ 1946, 84, hob hervor, dass damit die Gestehungskostentheorie überwunden werde.

<sup>1435</sup> BGBl 1948/148, Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 198 (199).

<sup>1436</sup> BGBl 1949/187.

<sup>1437</sup> BGBl 1949/166.

<sup>1438</sup> EB zur RV PrTrG 1950, 104 BlgNR 6. GP; Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 199.

<sup>1439</sup> BGBl 1950/92.

Definition der Waren, die lebensnotwendigen Bedürfnissen dienen, wurde ausgedehnt.<sup>1440</sup>

Die Erl zur RV stellten fest, dass das zentrale Problem eines solchen Gesetzes sei, den „gerechten Preis“ festzustellen.<sup>1441</sup> Die Erl zur RV führten zum „gerechten Preis“ aus:

*„Er ergibt sich einerseits aus den Gestehungskosten der Ware und andererseits aus dem Interesse, das die Ware bei den Konsumenten findet, also aus dem Betrage, den der Konsument geneigt ist, für die Ware aufzuwenden. Je wichtiger eine Ware für die Lebenshaltung der Menschen ist, um so eher werden diese geneigt sein, für ihre Erwerbung Opfer zu bringen. Daher besteht die Gefahr ungerechter Preiserhöhungen bei lebenswichtigen Waren vor allem. Um eine Versorgung auch der minder kaufkräftigen Bevölkerungsschichten mit den zur Lebensführung erforderlichen Waren zu gewährleisten, muß der Staat mit seinen Machtmitteln in dem Augenblick eingreifen, in dem es sich zeigt, daß Produktion oder Handel geneigt sind, eine ungewöhnliche Marktlage zu übergroßen Gewinnen auszunützen. Die ungewöhnliche Marktlage wird eintreten entweder, wenn die Nachfrage nach einer Ware oder nach lebenswichtigen Waren überhaupt das Angebot übersteigt, wenn also Knappheit an solchen Waren eintritt, weiters aber auch dann, wenn infolge Schwankungen des Geldwertes der Wertmesser, also das Geld, Veränderungen unterworfen ist, die eine richtige Berechnung der Warenpreise verhindern oder wenigstens erschweren.“*

*Der vorliegende Entwurf geht nun von dem Gedanken aus, daß sich an jedem Markte im ordentlichen Geschäftsverkehr, das heißt im Kreise jener Produzenten und Händler, die es ablehnen, augenblickliche Erschütterungen des Marktes zu unreellen Gewinnen zu benützen, sondern bei ihren Geschäften die Überlieferungen des redlichen Kaufmannes, Treu und Glauben im Verkehr und die aus Gründen der natürlichen Billigkeit zu beobachtenden Rücksichten auf die Konsumenten im Auge behalten, daher insbesondere Wucherpreise verabscheuen, für jede Ware ein Preis bilden wird, der als im ordentlichen Geschäftsverkehr üblich angesehen und demnach die Grenze für die zulässige Preisforderung bei der betreffenden Ware bilden muß.“*

Obwohl zB Serini meinte<sup>1442</sup>, daß das PrTrG 1950 von der Gestehungskostentheorie abginge, wurden die Gestehungskosten, wie soeben zitiert, in den Erl zur RV als grundlegendes Bestimmungsmerkmal für den Preis angeführt. Die Erl zur RV gehen auch weiterhin von der Vorstellung aus, daß nur außergewöhnliche Umstände Preistreiberei verursachen können und meinten, auch unter solchen Umständen gäbe es „redliche Kaufleute“, die aus Gründen „der natürlichen Billigkeit zu beobachtenden Rücksicht auf die Konsumenten“ auf mögliche Gewinne verzichteten. Der Preis, den diese Personengruppe unter solchen Umständen verlange, sei dann als üblich anzusehen und stelle damit die Grenze für die zulässige Preisforderung dar. Serini war der Meinung<sup>1443</sup>, dass ein Preis, der höher wäre als ein nach den genannten Kriterien festgelegter, nur „auf Gewinnsucht“ zurückzuführen sei und daher mit strafrechtlichen Mitteln zu ahnden wäre. Demgegenüber wies in Österreich schon Pribram darauf hin, daß alle Vorstellungen von einem gerechten Preisen aus ganz grundsätzlichen Erwägungen zum Scheitern verurteilt sind.<sup>1444</sup>

<sup>1440</sup> 104 BlgNR 6. GP, 4; durch RSp laufend erweitert.

<sup>1441</sup> 104 BlgNR 6. GP, 3.

<sup>1442</sup> Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 200.

<sup>1443</sup> Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 200.

<sup>1444</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916,

Anders als bei den Vorläufern des PrTrG 1950 wurden Regelungen zur Bekämpfung von Vereinbarungen oder Verabredungen, die zu einer ungerechtfertigten Erhöhung der Preise führen können, nicht als Preistreiberei unter Strafe gestellt, sondern einem KartG vorbehalten.<sup>1445</sup> Der JA führte zusammenfassend aus:

*„Eine Preistreiberei soll dann vorliegen, wenn sie darauf abzielt, die Preise von Bedarfsgegenständen für die Konsumenten (Letztverbraucher) oder für die Empfänger von Bedarfsleistungen in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise erheblich zu erhöhen.“<sup>1446</sup>*

Das PrTrG 1950 führte die Beteiligung der Sozialpartner in das Verfahren zur Feststellung der Preistreiberei wieder ein. Gem § 13 PrTrG 1950 hatten die Sozialpartner auf Verlangen des Strafgerichtes Gutachten über entscheidungswesentliche Tatsachen abzugeben.

Die wichtigste Neuerung des PrTrG 1950 war somit der Übergang von einem Konzept, das in Kriegs- und ersten Nachkriegszeiten die Versorgungssicherung unterstützen sollte, zu einem Gesetz, das auch in Normalzeiten verhindern sollte, daß die Preise von Bedarfsgegenständen oder -leistungen für die Konsumenten „in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise erheblich“ erhöht werden.<sup>1447</sup> Die Illusion des „gerechten Preises“ wurde damit in die „Friedenszeit“ weitergetragen, „Gewinnsucht“<sup>1448</sup> strafrechtlich weiterhin verfolgt. Die berechtigten Einwendungen gegen dieses wirtschaftliche Konzept, die bereits in Zeiten des 1. Weltkrieges vertreten wurden und die auch bei Ehrenzweig zum Ausdruck kamen<sup>1449</sup>, wurden nicht mehr berücksichtigt.

Das PrTrG 1950 wurde mit verschiedenen kleinen Änderungen immer wieder befristet in Geltung belassen, obwohl von Krisenzeiten schon lange keine Rede mehr sein konnte. Im PreisG 1976<sup>1450</sup> wurde es mit den Vorschriften über Preisregelung in ein Gesetz zusammengefasst. Die wesentlichen Teile der Vorschriften blieben aber gleich.

Die jüngste Novelle zum PreisG<sup>1451</sup> hat eine neue Verbindung zwischen Wettbewerbsrecht iS und Preistreiberei hergestellt. Gem § 14b PreisG gilt das Überschreiten eines Höchst- oder Festpreises auch als Wettbewerbsverstoß gem § 1 UWG.<sup>1452</sup>

### 12.3.2 Rechtsprechung

Die umfangreiche RSp zur Preistreiberei soll hier nur in den für das Thema wichtigsten Teilen analysiert werden. Sie zeigt ua, wie wenig in der RSp auf die Änderung von wirtschaftlichen Verhältnissen und von Vorschriften in mit dem Preisrecht zusammenhängenden Bereichen Bedacht genommen wurde auch wenn gerade die Verwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen eine Anpassung an verwandte Rechtsgebiete erlauben oder sogar erforderlich machen würde.

---

Vol 7, 199.

<sup>1445</sup> AB: 117 BlgNR 6. GP, 1.

<sup>1446</sup> AB: 117 BlgNR 6. GP, 1.

<sup>1447</sup> AB: 117 BlgNR 6. GP, 1.

<sup>1448</sup> Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 200.

<sup>1449</sup> Ehrenzweig, Das BedarfsdeckungsstrafG, JBl 1946, 170.

<sup>1450</sup> BGBl 1976/260.

<sup>1451</sup> BGBl 1988/337.

<sup>1452</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (109).

### 12.3.2.1 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

In typischen Beispielen soll dargestellt werden, wie die RSp des VwGH stereotyp bei bestimmten, einmal gefundenen Entscheidungsmustern bleibt, ohne sich jemals mit den zugrundeliegenden wirtschaftlichen Problemen der angemessenen Bestimmung des ortsüblichen Preises und der Erheblichkeit dessen Überschreitung auseinanderzusetzen. Alle Erinnerungen an die ursprüngliche Aufgabe des Preistreiberechtes scheinen in dieser RSp ausgelöscht, alle Hinweise der Lehre, die den systematischen Widerspruch des Preistreiberechtes zu den Normen des Kartellrechts aufzeigten, verursachten keine Reaktionen des VwGH.<sup>1453</sup>

In den wesentlichen Punkten besteht die RSp des VwGH zum PrTrG darin, daß ganz iS der Erl zur RV PrTrG 1950<sup>1454</sup> der ortsübliche Preis noch immer so gefunden wurde, daß man bemüht war, Vergleichsbetriebe zum zu bestrafenden Betrieb, wertend auszuwählen. Wurde festgestellt, daß ein Preis aufgrund einer kartellähnlichen Vereinbarung zustande kam, wurde dieser Preis nicht als einer im ordentlichen Geschäftsverkehr zustande gekommener angesehen,<sup>1455</sup> obwohl die Regelung des Kartellwesens nicht Gegenstand des PrTrG war. In der E VwGH vom 19.01.1954<sup>1456</sup> ging der VwGH noch weiter und sprach aus, daß dann, wenn ein „echter Preis“ im ordentlichen Geschäftsverkehr nicht zustande kommt, der ortsübliche Preis durch eine Kalkulation der Behörde gefunden werden könne.

Diesem Erk widerspricht aber die hRSp: Ein ortsüblicher Preis liege nur dann vor, wenn er mehrfach gefordert bzw angenommen wird, er kann nicht im Wege der behördlichen Kalkulation gefunden werden.<sup>1457</sup>

Weiters sagt die hRSp, daß die Ermittlung des ortsüblichen Preises eine quaestio facti sei, und auf die betrieblichen Eigenheiten eines einzelnen Unternehmens nicht Rücksicht genommen werden dürfe.<sup>1458</sup>

Ist so der ortsübliche Preis festgestellt, muss immer ermittelt werden, ob er im konkreten Fall erheblich überschritten wurde. Der VwGH unterscheidet jedoch nur in einem sehr engen Bereich zwischen erheblicher und unerheblicher Preisüberschreitung.<sup>1459</sup> Nie nimmt er dabei nachvollziehbar Bezug auf möglicherweise sich ändernde wirtschaftliche oder rechtliche Gegebenheiten. Als wesentliche Trennlinie kennt er nur die Grenze von 5 % und meint, eine Preisüberschreitung des ortsüblichen Preises von 5 % und mehr sei jedenfalls erheblich.<sup>1460</sup>

In den Bereich der Überschreitung von mehr als 5 % über dem ortsüblichen Preis fallen selbstverständlich auch viele hohe Preisüberschreitungen. Der VwGH beachtet immer nur die prozentmäßigen Überschreitungen und nicht den absoluten Betrag einer Überschreitung.<sup>1461</sup> Bei Massenkonsumartikeln (zB

---

<sup>1453</sup> ZB Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 31.

<sup>1454</sup> 104 BlgNR 6. GP.

<sup>1455</sup> VwSlg 1953/3173 A.

<sup>1456</sup> VwSlg 1954/3267 A.

<sup>1457</sup> VwSlg 1970/7933 A; VwGH 26.5.1987 ZfVB 1988/1198.

<sup>1458</sup> ZB VwSlg 1953/2881 A; VwSlg 1977/9258 A; VwGH 31.3.1981 ZfVB 1982/1040, VwGH 26.5.1987 ZfVB 1988/1200.

<sup>1459</sup> VwSlg 1977/9249 A; 1977/9258 A.

<sup>1460</sup> ZB VwSlg 1954/3585 A; 1965/6702 A.

<sup>1461</sup> ZB Überschreitung des ortsüblichen Preises um S 16,90 = 37,55 % ZfVB 1982/273; um S 27,— = 46,5 % ZfVB 1981/1486.

Semmeln) wurde aber auch eine unter 5 % liegende Preisüberschreitung als erheblich angesehen.<sup>1462</sup> Bei der RSp zu den Massenkonsumartikeln geht der VwGH ebenfalls nicht auf volkswirtschaftliche oder betriebswirtschaftliche Eigenheiten des Einzelfalles ein und behandelt etwa Preisüberschreitungen bei alkoholfreien Getränken oder Kaffee „in einem Gastgewerbebetrieb gehobener Kategorie innerhalb des Wintersportortes“ wie jeden anderen Massenkonsumartikel. Da bei diesen „Massenkonsumartikeln“ der Umfang der nachteiligen Auswirkungen auf den Konsumenten höher sei als bei anderen Bedarfsgütern, sei hier ein strengerer Maßstab anzulegen und auch Preisüberschreitungen von nicht ganz 5 % erheblich.<sup>1463</sup>

In einer anderen Gruppe von E geht der VwGH davon aus, daß auf die im Bereich der Marktwirtschaft übliche freie Entwicklung der Preise nach Angebot und Nachfrage Bezug zu nehmen ist, indem berücksichtigt werden muss, daß die Preise zwischen einer oberen und unteren Grenze schwanken können. Bei der Preisüberschreitung sei dann immer von der oberen Grenze der ortsüblichen Preise auszugehen.<sup>1464</sup> Da die erlaubten Schranken aber wohl ebenfalls nur im Bereich von ca 5 % liegen können, weil sonst der an der oberen Grenze ermittelte Preis selbst bereits Preistreiberei darstellt, bringt auch diese Regel in Wahrheit wenig Entspannung für den engen Kalkulationsspielraum der Unternehmen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die RSp des VwGH zur Preistreiberei im Gegensatz zu anderen wettbewerbsrechtlichen Normen offenbar nur die Interessen der Konsumenten an gleichförmigen Preisen innerhalb gewisser örtlicher Bereiche wahrnimmt, nicht hingegen auf betriebliche oder volkswirtschaftliche Interessen Rücksicht nimmt. Es geht dem VwGH offenbar einfach darum, einen „gerechten Preis“ zum vermeintlichen Wohle der Konsumenten festzulegen und das „Gewinnstreben“ zu verurteilen.<sup>1465</sup>

### **12.3.2.2 Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes**

Die Praxis der Auslegung der Preistreibereitbestände durch den VwGH wird vom VfGH inhaltlich gestützt. Das PrTrG an sich sei nicht verfassungswidrig.<sup>1466</sup> Es wird auch nicht als eine „denkumögliche“ und damit gleichheits- und verfassungswidrige Auslegung der Preistreibereibestimmungen angesehen, wenn von Preisbehörden Preise, die um 7 %<sup>1467</sup> oder auch 5 %<sup>1468</sup> höher sind, als jene von Konkurrenten, als „erhebliche“ Überschreitungen des ortsüblichen Preises angesehen werden. Die Regelung, den „ortsüblichen Preis“ selbst als Beurteilungsgrundlage zu nehmen, läge „im Rahmen einer vertretbaren wirtschaftspolitischen Entscheidung“ des Gesetzgebers.<sup>1469</sup>

### **12.3.2.3 Kritik an der herrschenden Rechtsprechung in der wissenschaftlichen Literatur**

Nur Mitic hat vor ca 30 Jahren die beschriebene hRSp ausführlich und kritisch zur Diskussion ge-

---

<sup>1462</sup> ZB 4,83 % - VwSlg 1966/692o A, jedoch wurde eine Überschreitung des ortsüblichen Preises von 4,2 % als noch nicht erheblich angesehen - VwSlg 1954/3261 A.

<sup>1463</sup> VwSlg 1954/3261 A; ZfVB 1985/2355; ZfVB 1988/1198.

<sup>1464</sup> ZfVB 1981/1486.

<sup>1465</sup> Die volkswirtschaftlichen Nachteile, die daraus resultieren können, wie zB mangelnde Eigenkapitalausstattung etc sind hier nicht zu erörtern.

<sup>1466</sup> VfSlg 1958/3410.

<sup>1467</sup> VfSlg 1971/6400.

<sup>1468</sup> VfSlg 1972/6635.

<sup>1469</sup> VfSlg 1958/3410; 1971/6400.

stellt.<sup>1470</sup> Er setzte damit die volkswirtschaftliche Tradition in Österreich fort und betonte die Unmöglichkeit, einen „gerechten Preis“ zu finden.<sup>1471</sup> Mitic nannte auch das politische Problem beim Namen. Nur die Tätigkeit der Lohn- und Preis-Kommission bzw. überhaupt die Sozialpartnerschaft hätte den Preistreibeibestimmungen zu einem Überleben verholfen. Es wäre einfach politisch opportun erschienen, der Lohn- und Preis-Kommission den Preistreibeibestand als „Rute im Fenster“ zu erhalten.<sup>1472</sup>

### 12.3.3 Die Preisregelungsvorschriften

#### 12.3.3.1 Wirtschaftsgeschichtlicher Hintergrund und rechtspolitische Entwicklung

Bereits im Abschnitt über die Normen zur Bekämpfung der Preistreibeiberei wurden die hier interessanten Anfänge der Preisregelung in der GewO 1859 und der VO 1917 behandelt. Diese Anfänge sind mit der Entwicklung des Preisregelungsrechtes nach dem 2. Weltkrieg nicht direkt vergleichbar. Die Funktion der Richtpreise in der VO 1917 und der punktuell durch Verordnungen erlassenen Preisregelungen standen im Rahmen der Kriegswirtschaft des 1. Weltkrieges. Die Preisbestimmungen, die im Rahmen der Zwangskartellierung in der Kriegswirtschaft des 2. Weltkrieges erfolgten, sind den Preisregelungen nach dem 2. Weltkrieg ebenfalls nicht unmittelbar vergleichbar. Dennoch stammt zB die Formulierung „volkswirtschaftliche Rechtfertigung“ als Kriterium für die Preisbildung aus dem dt Gesetz zur Durchführung eines Vierjahresplanes.<sup>1473</sup>

Das erste österreichische PreisregelungsG<sup>1474</sup> war auf ca 1 1/2 Jahre befristet und mit einer sehr weitgehenden, auf die Notsituation der ersten Nachkriegszeit abgestellten Verordnungsermächtigung ausgestattet. Das Staatsamt für Inneres wurde ermächtigt, „die zur Sicherung volkswirtschaftlich richtiger Preise und Entgelte erforderlichen Maßnahmen im Einvernehmen mit den beteiligten Staatsämtern allenfalls durch Verordnung zu treffen“ (§ 3 Abs 1 PrRG 1945). Diese Befugnis konnte vom Staatsamt für Inneres im Einvernehmen mit den jeweils beteiligten Staatsämtern ganz oder teilweise „auf andere Stellen“ übertragen werden. Außer Löhnen und Gehältern, konnten alle Sachgüter und Leistungen auf diese Weise preisgeregelt werden (§ 1 PrRG 1945).

Da das PreisregelungsG 1945 offenkundig in aller Eile und im Umfeld einer total zerrütteten Wirtschaft erlassen wurde, soll der Inhalt dieser Normen nicht mehr analysiert werden. Interessant ist allein zu bemerken, daß in diesem Gesetz die Vorstellung der Erlassung eines gerechten Preises auch aus den verwendeten Worten klar hervorgeht: Der volkswirtschaftlich richtige Preis sollte gefunden werden. Wie diese Suche nach dem richtigen Preis erfolgen sollte, darüber schwieg freilich das Gesetz.

Das PreisregelungsG 1948<sup>1475</sup> wurde zum Vorbild der österreichischen Preisregelung nach dem 2. Weltkrieg. Der sachliche Geltungsbereich des Gesetzes wurde nach mehreren Richtungen hin begrenzt.

---

<sup>1470</sup> Preisregelung und Preistreibeiberei, WipolBl 1958, 53 und: „Wo beginnt die Preistreibeiberei“, WipolBl 1960, 178.

<sup>1471</sup> Pribram, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 9.2.1916, ZStR 1916, Vol 7, 199.

<sup>1472</sup> Mitic, Wo beginnt die Preistreibeiberei, WipolBl 1960, 178; den Einfluß der Verbände auf das Preisrecht stellt auch Korinek fest, Korinek, Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, 74; den Einwänden Mitic folgt auch Mayer-Maly, Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 139 (148, FN 39).

<sup>1473</sup> RGBI 1936/927; Mayer-Maly, Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 139 (141); Mayer-Maly in Klang IV/2, 279.

<sup>1474</sup> BGBl 1945/89.

<sup>1475</sup> BGBl 1948/87.

Nach diesem Gesetz unterlagen der Preisregelung:

- Alle Leistungen;
- Sachgüter, die bewirtschafteten Warengruppen angehörten;
- die in einer angeschlossenen Liste angeführten Sachgüter (besonders zu beachten ist, daß dazu auch landwirtschaftliche Grundstücke und Realitäten zählten);
- nicht angeführte Sachgüter, wenn dies durch Verordnung des BMI im Einvernehmen mit dem sachlich zuständigen BM nach Anhörung der BWK, des ÖAKT und der LWK für NÖ und Wien als geschäftsführende Stelle der LWK Österreichs, angeordnet wird. Auch die Ausnahme bestimmter Waren aus der Preisregelung konnte vom BMI im Einvernehmen mit den zuständigen BM und nach Anhörung der Kammern erfolgen.

Durch § 3 PrRG 1948 wurde eine Preiskommission eingeführt, die sachlich relevante Gutachten zu erstellen hatte und von den zuständigen Ministerien und den Sozialpartnern zu beschicken war.

Das Ziel sowie die Art und Weise der Preisregelung wurde nunmehr näher bestimmt. Unter Rücksichtnahme auf die jeweiligen Verhältnisse in der Erzeugung und die wirtschaftliche Lage der Verbraucher sollten die zur Sicherung der volkswirtschaftlich richtigen Preise und Entgelte erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, soweit diese Maßnahmen zur Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsgegenständen notwendig waren (§ 4 PrRG 1948). Besonders bedeutsam neben der Regel, wie der volkswirtschaftlich richtige Preis zu finden ist, war die Begrenzung der Preisregelungskompetenz durch die Einschränkung *„soweit diese Maßnahmen zwecks Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsgegenständen notwendig sind.“*

Der verfassungsrechtliche Zusammenhang mit dem Kriegsfolgetatbestand und damit die Vergänglichkeit der Preisregelungskompetenz waren dem Gesetzgeber bewusst. Das kommt auch in der Befristung des Gesetzes, bis 1.6.1948 (§ 7 Abs 1 PrRG 1948), zum Ausdruck.

Schon die Erl zur RV eines PreisregelungsG 1949<sup>1476</sup> entschuldigen gleichsam den Vorschlag dieses Gesetzes. Sie beginnen mit der Aussage:

*„Wenngleich die Konsolidierung der Wirtschaft schon weit fortgeschritten ist, dürfte dennoch der Zeitpunkt noch nicht gekommen sein, in dem man auf eine gesetzliche Preisregelung vollends verzichten kann.“*

Die Anhänge zum PreisregelungsG 1949 wurden erweitert,<sup>1477</sup> die Befugnisse zur Preisregelung aber zT eingeschränkt.<sup>1478</sup> Ausnahmen aus dem Geltungsbereich des PreisregelungsG 1949 waren durch Verordnung weiterhin möglich. Die Preiskommission blieb bestehen.

---

<sup>1476</sup> 921 BlgNR 5. GP, 1.

<sup>1477</sup> BGBl 1949/165.

<sup>1478</sup> Nur mehr bestimmte Leistungen sind in der Liste A enthalten, zT in fakultative Regelungskompetenzen umgewandelt (Sachgüter und Leistungen der Anlage B). Die Befugnis zur Preisregelung der in der Liste B aufgenommenen Waren, setzt einen gemeinsamen Antrag der Sozialpartner voraus (§ 1 Abs 2).

Eigenartigerweise wurde aber keine Norm, die dem § 4 PrRG 1948 entsprochen und den volkswirtschaftlich richtigen oder gerechtfertigten Preis definiert hätte, erlassen. Nur in § 2 Abs 5 PrRG 1949 wurde der Terminus „*volkswirtschaftlich angemessener Preis*“ verwendet, aber in einem Zusammenhang, der die Befugnisse der Preisbehörden noch erweitern sollte. Auch in diesem Zusammenhang wurde kein Versuch, volkswirtschaftlich angemessene Preise näher zu beschreiben, unternommen. §§ 2 Abs 1 und 5 PrRG 1950 wurden vom VfGH aufgehoben.<sup>1479</sup> In der Begründung wurden diese Vorschriften als typische Beispiele für eine formalgesetzliche Determinierung bezeichnet.

Zusammenfassend ergibt sich daher der Eindruck, daß entgegen der beschwichtigenden Einleitung der RV eine bedeutende Ausdehnung der Möglichkeiten zur Preisregelung durch das PrRG 1949 erfolgen sollte und der Grad der Determiniertheit dieser Lenkungsbefugnisse im Vergleich zum PrRG 1948 deutlich reduziert wurde.

Den Regelungsdefiziten des PrRG 1949 wirkten die PrRG-Novellen 1950<sup>1480</sup> nur in geringem Maße entgegen.<sup>1481</sup> So wurde die Notsituation, in der es der Bundesregierung mit Zustimmung des Hauptausschusses des NR ermöglicht werden sollte, die Preisregelung auszudehnen, genauer bestimmt, aber damit von einer Notlagenregelung zu einer wirtschaftspolitischen Ermächtigung gemacht, die bei „*künstlicher Ausschaltung oder Einschränkung des freien Wettbewerbes*“ eingreifen sollte.<sup>1482</sup> Auch die Möglichkeiten zur Abschöpfung von Mehrerlösen (§ 2 a PrRG 1950) wurde erweitert. In diesem Fall kam es nur auf die betriebswirtschaftliche Situation des Unternehmens an, ob und wie eine Abschöpfung erfolgen konnte.<sup>1483</sup>

Die PrRG-Novelle 1952<sup>1484</sup> brachte vor allem als Determinierung der Ausnahmereordnung gem § 1 Abs 7 PrRG die Formulierung „*wenn volkswirtschaftliche Gründe dafür sprechen*“. Nach einer, für den gegebenen Zusammenhang nicht bedeutenden Änderung des PrRG im Jahre 1953, war die PrRG-Novelle 1954 wieder umfangreicher.<sup>1485</sup> Das PrRG sah seit dieser Novelle keine Regeln für Mietzinse mehr vor, der Umfang der in der bisherigen Anlage A angeführten Sachgüter und Leistungen wurde eingeschränkt, die Anlage B entfiel. Die zusätzliche Möglichkeit zur Preisregelung der §§ 1 Abs 2, 3, 4 und 5 PrRG 1950 entfielen ebenfalls. Aufgabe des BMI war nunmehr, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise und Entgelte für die der behördlichen Preisregelung unterliegenden Sachgüter und Leistungen festzusetzen (§ 2 Abs 1 PrRG). Was volkswirtschaftlich gerechtfertigt war, legte nun § 2 Abs 2 PrRG fest.

Preise und Entgelte iS dieses Bundesgesetzes waren volkswirtschaftlich gerechtfertigt, „*wenn sie sowohl bei der Erzeugung und im Vertrieb oder bei der Erbringung der Leistung jeweils bestehenden volkswirtschaftlichen Verhältnissen als auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher oder*

---

<sup>1479</sup> VfSlg 1954/2660.

<sup>1480</sup> BGBl 1950/91 und 151.

<sup>1481</sup> Nach diesen Novellen wurde das Gesetz durch BGBl 1950/194 wiederverlautbart.

<sup>1482</sup> 103 BlgNR 6. GP, 3.

<sup>1483</sup> § 2a Abs 1 PrTG 1950: „...insbesondere können Mehrerlöse, die sich dadurch ergeben, daß die tatsächlichen Einstandskosten unter den der behördlichen Preisbestimmung zugrundegelegten Einstandskosten liegen, zugunsten des Bundes eingezogen werden. Bei der Bemessung des Abschöpfungsbetrages ist auf die Belastung durch zu erwartende höhere Wiederbeschaffungspreise im Umfang der üblicherweise getätigten Umsätze und der dadurch bedingten Vorratshaltung Rücksicht zu nehmen.“

<sup>1484</sup> BGBl 1952/116.

<sup>1485</sup> BGBl 1954/121.

*Leistungsempfänger bestmöglich entsprechen.“*

Die Erl zur RV erklärten die Bedeutung dieser neuen Norm nicht näher.<sup>1486</sup> Für bestimmte Sachgüter ausländischer Herkunft wurden Preisregelungskompetenzen geschaffen, um deutsche Vorschriften, die vom VfGH als nicht ordnungsgemäß kundgemacht festgestellt wurden<sup>1487</sup>, zu ersetzen.<sup>1488</sup> Gerechtfertigte Kosten- und Gewinnaufschläge waren auch hier solche, die volkswirtschaftlich gerechtfertigt waren, indem *„sie den jeweiligen volkswirtschaftlichen Verhältnissen im Vertrieb und der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher bestmöglich entsprechen.“* (§ 4 Abs 2 PrRG).

Aus demselben Grund, nämlich der Austrifizierung deutscher Vorschriften wurden die Vorschriften über Ersichtlichmachung von Preisen in das PrRG übernommen.<sup>1489</sup> Auch die Preisauszeichnungsregeln wurden mit einer Verordnungsermächtigung, die volkswirtschaftliche Gründe als näheres Bestimmungskriterium vorsah, ausgestattet (§ 6 Abs 11 PrRG).

Die Geltungsdauer des Gesetzes wurde bis zum 30.6.1955 ausgedehnt.

Die 2. PrRG-Novelle 1955<sup>1490</sup> brachte eine weitere grundlegende Änderung, die das PrRG noch immer prägt. Neben der Verlängerung der Geltungsdauer des PrRG wurde das Gesetz mit einer Verfassungsbestimmung ausgestattet, die die Gesetzgebung und Vollziehung der im Art II des Gesetzes enthaltenen Normen beim Bund zentralisierte. Der Bericht des Ausschusses für Verfassung und Verwaltungsreform<sup>1491</sup> erklärte diese neue Bestimmung damit, daß mit Inkrafttreten des österreichischen Staatsvertrages 1955 die Zuständigkeit des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG nicht mehr gegeben sei. Da somit Kriegsfolgen eine weitergehende Preisregelung nicht mehr zu rechtfertigen schienen, wurden zuerst die wirtschaftlichen Lasten aus dem Staatsvertrag und die daraus möglicherweise resultierende Preisauftriebstendenz als Rechtfertigung für eine weitere Aufrechterhaltung des PrRG ausgegeben.<sup>1492</sup>

Ein Jahr später wurden als Rechtfertigung für die weitere Verlängerung des PrRG<sup>1493</sup> nicht mehr die Lasten des Staatsvertrages angegeben, sondern die *„im Gefolge der in der letzten Zeit eingetretenen Verschlechterung der internationalen Lage aufgetretenen Preisauftriebstendenzen bei wichtigen Grundstoffen und Nahrungsmitteln“*.<sup>1494</sup>

Erst die PrRG-Novelle 1962<sup>1495</sup> enthielt wieder eine hier wesentliche Änderung im Inhalt des PrRG. Unter Hinweis auf die Tätigkeit der 1957 geschaffenen Paritätischen Kommission für Preis- und Lohnfragen im Dienste der Stabilisierung des Preis- und Lohngefüges wird eine Änderung des PrRG vorgeschlagen, durch die die Zusammenarbeit der Sozialpartner verstärkt und die Arbeit der Paritätischen Kommission noch wirksamer gestaltet werden sollte.<sup>1496</sup>

---

<sup>1486</sup> 307 BlgNR 7. GP, 5.

<sup>1487</sup> VfSlg 1954/2750.

<sup>1488</sup> 307 BlgNR 7. GP, 6.

<sup>1489</sup> VO über Preisauszeichnung 16.11.1940, RGBI 1940 I, 1535; EB zur RV 307 BlgNR 7. GP, 6.

<sup>1490</sup> BGBl 1955/271.

<sup>1491</sup> 694 BlgNR 7. GP, 1.

<sup>1492</sup> EB zur RV 681 BlgNR 7. GP und AB: 694 BlgNR 7. GP.

<sup>1493</sup> PRG-Novelle 1956, BGBl 1956/249.

<sup>1494</sup> EB zur RV 123 BlgNR 8. GP und AB: 135 BlgNR 8. GP.

<sup>1495</sup> BGBl 1962/103.

<sup>1496</sup> EB zur RV: 601 BlgNR 9. GP. Farnleitner, Die Paritätische Kommission, Institution und Verfahren (1977);

In diesem Zusammenhang wurde ein Übereinkommen zwischen der BWK und dem ÖGB vom 19.1.1962 zitiert, in dem auch eine Novelle des PrRG vorgeschlagen wurde, „durch die die Behörde ermächtigt werden soll, unter gewissen Voraussetzungen auch für jene Sachgüter und Leistungen Preise bzw Entgelte zu bestimmen, die an sich nicht den Bestimmungen des Preisregelungsgesetzes unterliegen.“<sup>1497</sup>

Der neue § 3a PrRG setzte den Inhalt dieser Vereinbarung der Sozialpartner um. Die neue Bestimmung, die zT eine tatbestandsmäßige Verbindung zwischen Preisrecht und Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen herstellte, hatte folgenden Inhalt: Sofern Preiserhöhungen in einem ganzen Wirtschaftszweig (Branche) oder von einem Unternehmen (Unternehmensgruppe) mit marktbeherrschendem Einfluß vorgenommen wurde, konnte der BMI nach übereinstimmender Mitteilung eines solchen konkreten Falles durch die BWK, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern, den ÖAKT und den ÖGB, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise für einen Zeitraum von 6 Monaten erlassen. Eine solche Preisbestimmung durfte nur einmal aus dem gleichen Anlass getroffen werden.

Besonders diese Novelle des PrRG zeigt deutlich, daß seit dem Ende der 50er Jahre die einzige Aufgabe der Preisregelung das Betreiben von Preispolitik als ein Teil der staatlichen Wirtschaftspolitik war. Die Aufnahme des § 3a PrRG ins Preisregelungsrecht kennzeichnet die Blüte der Macht der Paritätischen Kommission, die zusammen mit und neben der staatlichen Wirtschaftspolitik Preispolitik betrieb. § 3a PrRG diente dabei in der Sprachregelung dieser Zeit als „Rute im Fenster“ der Paritätischen Kommission.<sup>1498</sup>

Die Materialien zur nächsten hier wesentlichen PrRG-Entwicklung<sup>1499</sup> zeigen die beginnende Zurückdrängung des Einflusses der Paritätischen Kommission auf die Wirtschaft und offenbaren harte politische Kämpfe um eine verstärkte Preiskontrolle auch im Interesse parteipolitischer Erfolge.

Die EB zur RV<sup>1500</sup> berichteten, daß der Preisaufrieb in Österreich „- nicht zuletzt als Folge internationaler Entwicklungen - eine empfindliche Verstärkung erfahren“ hätte. Unter Berufung auf ausländische Gesetze<sup>1501</sup> wurde die Meinung vertreten, daß die administrative Preispolitik verstärkt in die Stabilisierungspolitik einbezogen werden müsse. Die Preissteigerung in ganz Europa sei vor allem konjunkturbedingt, in einzelnen Staaten hätte auch die Einführung der Mehrwertsteuer preissteigernd gewirkt. Schließlich sei auch die „internationale Währungsspekulation gegen den Dollar“ von Einfluss auf den Preisaufrieb.

Danach wurde berichtet, daß die Bundesregierung die Beobachtung gemacht habe, daß auch große Unternehmen es immer mehr unterließen, der Paritätischen Kommission Preiserhöhungen zur Kenntnis zu bringen. Da aber bisher die „Rute im Fenster“ des § 3a PrRG noch nie zu einem gemeinsamen Antrag

---

Korinek, Organisation und rechtliche Konstruktion der Paritätischen Kommission, WipolBl 1970, 58; Marin, Die Paritätische Kommission, Aufgeklärter Technokorporatismus in Österreich (1982); Stourzh / Grandner (Hrsg), Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986); Konflikt und Konsens am Beispiel der Sozialpartnerschaft, Aufsatzreihe der WipolBl 1976, H 4.

<sup>1497</sup> 601 BlgNR 9. GP, 2; AB: 617 BlgNR 9. GP.

<sup>1498</sup> Farnleitner, Die Paritätische Kommission, Institution und Verfahren (1977), 43; Marin, „Freiwillige Disziplin?“ Preiskontrolle ohne autonome Sanktionspotenzen - Österreichs Paritätische Kommission, Zeitschrift für Arbeit und Gesellschaft, 1981, 161 (169).

<sup>1499</sup> PrRG-Nov 1971, BGBl 1971/488.

<sup>1500</sup> 443 BlgNR 12. GP, 2.

<sup>1501</sup> 443 BlgNR 12. GP, 4 ff.

der Sozialpartner genutzt worden wäre, wurde nunmehr vorgeschlagen, die Preisregelung auch auf Antrag nur einer Interessenvertretung auf Sachgüter und Leistungen, die nicht in der Anlage zum PrRG enthalten waren, auszudehnen.

Diese RV wurde im Verfassungsausschuss mit Stimmgleichheit der Abgeordneten abgelehnt.<sup>1502</sup> An den AB schließt sich in ungewöhnlicher Weise ein Minderheitsbericht der Abg Stroer, Pittermann und Weisz an, die zukünftige Preiserhöhungen allein der politischen Verantwortung der oppositionellen ÖVP und FPÖ zuordnen wollten.<sup>1503</sup> In diesem Minderheitsbericht wird auch dokumentiert, daß BWK-Funktionäre geäußert hätten, einem gemeinsamen § 3a - Antrag nie zustimmen zu wollen. Abschließend wurde festgestellt, daß die sozialistische Fraktion die Ablehnung der Novelle zum PrRG als ersten Schlag gegen die Bemühungen der Bundesregierung im Kampf gegen den Preisauftrieb ansehe.<sup>1504</sup>

Die dann doch beschlossene Verlängerung des PrRG enthielt eine Änderung des Antragsrechtes der Sozialpartner und der Preisregelungsbefugnis des BMI. Nicht nur in den Fällen von Preiserhöhungen in einem ganzen Wirtschaftszweig oder durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, sondern auch in allen anderen Fällen und bei Waren, die nicht in der Anlage aufgezählt waren, konnte ein gemeinsamer übereinstimmender Antrag zu einer Preisregelung durch den BMI führen. Auch dieses Antragsrecht wurde jedoch in der Praxis nicht genutzt.

Als Episode des österreichischen Preisbestimmungsrechts soll auch das PreisbestimmungsG 1972<sup>1505</sup> erwähnt werden. Dieses Gesetz wurde anlässlich der Umstellung des österreichischen USt-Systems auf das Mehrwertsteuersystem erlassen.<sup>1506</sup> Nach diesem Gesetz waren die Preise für alle Waren und Dienstleistungen von der bisherigen USt und Beförderungssteuer zu entlasten. Ebenso waren die Preise von Zöllen und Ausgleichsabgabebeträgen für landwirtschaftliche Erzeugnisse und deren Verarbeitungsprodukte, die zu dem damaligen Zeitpunkt entfielen, zu entlasten. Betriebliche Umstände, besonders der Umstand, daß der § 28 UStG 1972 nur für einen Teil des Anlagevermögens eine Entlastung vorsah, waren zu berücksichtigen (§ 2 Abs 1 PrBestG). Ein Preis galt als „*ordnungsgemäß entlastet*“, wenn der vom BMHGI nach Anhörung der BWK, ÖAKT, ÖGB, PRÄKO festgesetzte Entlastungssatz verwendet wurde. Die Entlastungssätze wurden im ABl zur Wiener Zeitung verlaublich (§ 2 Abs 3 PreisbestG). Entsprach dieser verlaubliche Entlastungssatz nicht den betrieblichen Gegebenheiten des Unternehmens, so konnte der Unternehmer die von ihm errechneten Entlastungssätze nachweisen. Über die Rechtfertigung dieses Satzes entschied der BMHGI nach Anhörung der BWK, ÖAKT, ÖGB, PRÄKO. Das Gesetz enthielt auch Vorschriften über die Ersichtlichmachung von Preisen (§ 3). Die Preise waren so ersichtlich zu machen, daß die USt mit eingeschlossen war.

Das PreisbestimmungsG wurde zuletzt bis zum 30.9.1975 in seiner Geltung verlängert.<sup>1507</sup>

Die Novellen zum PrRG werden nach wie vor nur befristet erlassen und mit den anderen, ebenfalls nur befristet erlassenen sog Wirtschaftsgesetzen in politischem und sicherlich auch zum Teil sachlichem

---

<sup>1502</sup> 506 BlgNR 12. GP.

<sup>1503</sup> Wegen der erforderlichen Verfassungsbestimmung war und ist nach wie vor zur Beschlußfassung eines PreisregelungsG eine qualifizierte Mehrheit der Abg erforderlich.

<sup>1504</sup> 506 BlgNR 12. GP, 3.

<sup>1505</sup> BGBl 1972/271.

<sup>1506</sup> AB: 427 BlgNR 13. GP, aufgrund eines Initiativantrages der Abg Hofstetter und Genossen 45/A BlgNR 13. GP.

<sup>1507</sup> BGBl 1974/528.

Zusammenhang verhandelt und beschlossen, sodaß immer ein gemeinsamer Kompromiss für diese Materien gefunden werden muss. Nur auf diese Weise ist auch die in dem hier interessierenden Teil inhaltlich missglückte und tatsächlich wohl nicht vollziehbare Novelle des PrRG 1974 zu verstehen.<sup>1508</sup>

Da der Druck der SPÖ zu einer verstärkten Preisregelung damals offenbar politische Wirkung zeigte, wurden in der PrRG-Novelle 1974 folgende Erweiterungen der Kompetenz des BMHGI zur Preisregelung von Sachgütern oder Leistungen, die nicht im Anhang zum PrRG enthalten waren, erlassen (§ 3b PrRG):

Hatte ein oder mehrere Unternehmen eine betriebswirtschaftlich nicht erforderliche Erhöhung des Preises oder Entgeltes vorgenommen, durfte der BMHGI für die Dauer von maximal 6 Monaten einen volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis bestimmen.

Betriebswirtschaftlich erforderlich definierte § 3 b Abs 2 PrRG folgendermaßen:

*„Als betriebswirtschaftlich erforderlich gilt die Erhöhung eines Preises oder Entgeltes, welche zur Erhaltung des Betriebes und seiner Konkurrenzfähigkeit notwendig ist.“*

Zu dieser Bestimmung hielt der AB<sup>1509</sup> fest, *„daß Preis- oder Entgeltsveränderungen, über welche die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, der österreichische Arbeiterkammertag, der österreichische Gewerkschaftsbund und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Übereinstimmung erzielt haben, jedenfalls als betriebswirtschaftlich erforderlich anzusehen sind.“*

Für den Fall einer betriebswirtschaftlich nicht erforderlichen Erhöhung des Preises konnte der „Überpreis“ für verfallen erklärt werden. Eingeschränkt war diese Kompetenz dadurch, daß wie beim PrTrG nur Güter oder Leistungen von der Preisregelung betroffen werden durften, die unmittelbar oder mittelbar der Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse dienen. Sofern die Erhöhung des Preises auf eine Verbandsempfehlung zurückging (§3 Z 3 KartG 1972), konnte diese Kompetenz ebenfalls nicht ausgenutzt werden. Auch in diesem Fall stellte somit der Gesetzgeber eine Verbindung zwischen Preisrechtsatbeständen und dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht) her.

In einer RV<sup>1510</sup> schlug die sozialistische Alleinregierung 1976 ein PreisG vor, das im Rahmen der Bundeskompetenz ohne eigene Verfassungsbestimmung erlassen werden sollte. Umfangreiche kompetenz- und andere verfassungsrechtliche Ausführungen der EB zu dieser RV versuchten vor allem die Argumente Rills<sup>1511</sup> zu zerstreuen und zu begründen, daß auf der Gewerbekompetenz aufbauend, ein PreisG erlassen werden dürfe.<sup>1512</sup> Im Zuge der Verhandlungen im HA ließ die Regierung jedoch diesen Plan wieder fallen und ein Kulturausschuss erarbeitete einen neuen Gesetzesentwurf, der im Wesentlichen auf dem PreisregelungsG 1957 in der geltenden Fassung basierte. Einbezogen wurde aus dem PrTrG der strafbare Tatbestand der Preistreiberei, wobei eine Umwandlung des gerichtlichen Straftatbestandes in eine Verwaltungsübertretung vorgenommen wurde.

Der BMHGI wurde ermächtigt, durch Verordnung oder Bescheid Unternehmungen zu verpflichten, im

---

<sup>1508</sup> BGBl 1974/804.

<sup>1509</sup> 1408 BlgNR 13. GP.

<sup>1510</sup> 104 BlgNR 14. GP.

<sup>1511</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 97 (100f).

<sup>1512</sup> 104 BlgNR 14. GP, 5.

Falle von Rohstoffpreissenkungen diese weiterzugeben, sofern dies betriebswirtschaftlich möglich gewesen wäre.<sup>1513</sup>

Über Zweck und Notwendigkeit des neuen Gesetzes wurde nichts ausgesagt. Das neue PreisG wurde wieder mit einer Verfassungsbestimmung abgesichert. Wesentliche Neuerung des PreisG 1976 war somit der Einbau des Preistreibereitbestandes in dieses Gesetz und dessen Entkriminalisierung.

Relativ umfangreich war, nach der hier unwesentlichen PrRG-Novelle 1978<sup>1514</sup>, die PreisG-Novelle 1980<sup>1515</sup>. Das gesamte PreisG sollte nur mehr subsidiär angewendet werden.<sup>1516</sup> Einige in der RV beabsichtigten Verschärfungen des Gesetzes wurden nicht beschlossen. Dazu zählte zB der Versuch, für Importwaren, die nicht in den Bereich der Anlagen zum PreisG fallen, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise zu bestimmen, „wenn die geforderten Preise unter Berücksichtigung unterschiedlicher Verkehrssteuern und Zölle erheblich höher sind als im Erzeugerland oder in den Ländern, die zu den wichtigsten Handelspartnern Österreichs gehören.“<sup>1517</sup>

Die RV begründete diesen Normvorschlag so:

*„Die Entwicklung der letzten Zeit hat gezeigt, daß den Importwaren gegenüber den zumindest gleichwertigen inländischen Erzeugnissen vielfach der Vorzug gegeben wird, weil sie nicht dem Verfahren vor der Paritätischen Kommission für Preis- und Lohnfragen unterliegen und daher höhere Gewinnspannen möglich sind als bei inländischen Erzeugnissen. Dies hat zur Folge, daß Importwaren selbst unter Berücksichtigung der im In- und Ausland unterschiedlichen Abgabenbelastung in Österreich oft zu erheblich höheren Preisen verkauft werden als im Ausland.*

*Mit dem derzeitigen preisrechtlichen Instrumentarium kann dieser Entwicklung nicht Einhalt geboten werden, weil dieses eine gestaltende Einflußnahme auf die Preise entweder nur für einen beschränkten Warenkreis (§§ 2 und 9) oder nur im Falle betriebswirtschaftlich ungerechtfertigt hoher Preise (§ 4) zuläßt.*

*Betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ist ein Preis gem § 4 Abs 2 des Preisgesetzes aber immer schon dann, wenn er zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit des Betriebes notwendig ist. Wegen dieser Ausrichtung auf einen betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Preis ist § 4, wie die bisher nach dieser Bestimmung eingeleiteten Preisbestimmungsverfahren gezeigt haben, nicht einmal bei Preiserhöhungen einzelner Unternehmen für inländische Erzeugnisse mit Erfolg anwendbar. Umso weniger kann diese Bestimmung ein geeignetes Instrument für die Rückführung allgemein überhöhter Preise von Importwaren auf ein volkswirtschaftlich gerechtfertigtes Ausmaß sein.*

*Es wird daher vorgeschlagen, dem Bundesminister für Handel, Gewerbe und Industrie eine wirksame Handhabe gegen solche, im Vergleich zu den Auslandspreisen ungerechtfertigt hohe Preise zur Verfügung zu stellen und ihn zu diesem Zweck zu ermächtigen, für Waren ausländischer Herkunft unter den im Abs 1 genannten Voraussetzungen volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise festzusetzen.*

---

<sup>1513</sup> 212 BlgNR 14. GP, 1.

<sup>1514</sup> BGBl 1978/271.

<sup>1515</sup> BGBl 1980/288.

<sup>1516</sup> RV: 327 BlgNR 15. GP, 5 ff.

<sup>1517</sup> § 3a RV; 327 BlgNR 15. GP, 1.

*Ein Preisvergleich darf selbstverständlich jeweils nur auf der gleichen Stufe der Erzeugung oder des Vertriebes vorgenommen werden.*<sup>1518</sup>

Interessant bei diesen Erl ist auch der Hinweis darauf, daß § 4 PreisG in der Praxis auch auf Preise inländischer Produkte nicht vollziehbar war.

Erst die PreisG-Novelle 1984<sup>1519</sup> enthielt wieder eine hier interessierende Bestimmung.

In § 10a PreisG wurde der BMHGI ermächtigt, *„zur Ermöglichung oder Sicherung möglichst gleicher Verbraucherpreise im ganzen Bundesgebiet für Sachgüter, die in der Anlage zum PreisG genannt sind und die nicht dem MOG 1967 oder dem ViehwirtschaftsG 1983 unterliegen, die Durchführung eines Frachtkostenausgleiches anzuordnen.*“

Eine solche Regelung konnte unabhängig davon getroffen werden, ob für die jeweiligen Sachgüter behördlich bestimmte Preise galten oder nicht. Zur Durchführung des Frachtkostenausgleiches konnte sich der BMHGI im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Kostenersparnis einzelner fachlich geeigneter Unternehmen oder Verbände bedienen. Der Zweck dieser Bestimmung, die erst in den parlamentarischen Beratungen zur Novelle eingefügt wurde, wurde nicht erläutert.<sup>1520</sup>

§ 10a PreisG, der noch in Geltung steht, ist wohl zu wenig determiniert, um eine verfassungsrechtlich ausreichende Grundlage für Verordnungen des BMHGI (Art 18 B-VG) abgeben zu können. Dies vor allem deswegen, weil das Gesetz keine Aufschlüsse darüber gibt, wieviel, von wem und auf welche Art Frachtkostenausgleiche einzuheben sind. Es bleibt auch ungerügt, was mit den eingehobenen Frachtkostenausgleichen zu geschehen hatbe (Verteilung auf die weiter entfernt liegenden Betriebe? Einziehung zugunsten des Bundes?). Dennoch wird § 10a PreisG in der Praxis in 2 wesentlichen Bereichen vollzogen. Frachtkostenausgleiche werden bei Zucker und bei Gasöl für Heizzwecke inländischer Herkunft eingehoben bzw ausbezahlt, um zu einem einheitlichen, jedoch für die Verbraucher nicht notwendig günstigen Preis zu gelangen.<sup>1521</sup>

Abschließend sei zur PrG-Nov 1984 auf den formelhaften Beginn der EB zur RV hingewiesen. Er lautet:

*„Da bei der voraussichtlichen wirtschaftlichen Entwicklung auf die im Preisgesetz geregelten Maßnahmen, wie insbesondere die behördliche Preisregelung, die Verpflichtung zur Ersichtlichmachung der Preise und die Preisüberwachung (Verbot der Preistreiberei) auch in den nächsten Jahren nicht verzichtet werden kann, wird eine Verlängerung der Geltungsdauer des Preisgesetzes um weitere 4 Jahre*

---

<sup>1518</sup> 327 BlgNR 15. GP, 7.

<sup>1519</sup> BGBl 1984/265; RV 268 BlgNR 16. GP; AB: 336 BlgNR 16. GP.

<sup>1520</sup> AB: 336 BlgNR 16. GP, 1.

<sup>1521</sup> Frachtkostenausgleich Zucker: StammVO 15.2.1985, Abl zur Wiener Zeitung 17.2.1985, idF VO 15.11.1988, ABI zur Wiener Zeitung 18.11.1988. Die Verwaltung des Frachtkostenausgleichs für Zucker wird nach der VO vom 15.11.1988 von der "Sugana Zucker GesmbH" durchgeführt. § 4 VO sieht sogar eine Art Bezugszwang für Großhandels- und Verarbeitungsbetriebe innerhalb einer dort geschaffenen Gebieteinteilung vor. Die Sugana Zucker GesmbH führt den Ausgleich zwischen den Frachtkosten der Zuckerfabriken herbei. Frachtkostenausgleich Gasöl für Heizzwecke incl Herkunft, VO 28.3.1988, Abl zur Wr Zeitung 29.3.1988. Kein Bezugszwang wie beim Zucker.

vorgeschlagen.“<sup>1522</sup>

Die Normen zur Preisregelung sind offenbar damals bereits zur Routine geworden, sie wurden zwar immer weniger vollzogen aber aus politischen Gründen nicht abgeschafft.<sup>1523</sup>

In dieser Art der Argumentation beginnen auch die EB zur RV der Preisgesetznovelle 1988<sup>1524</sup>:

*„Da sich derzeit für das Preisgesetz keine Alternative anbietet, wird in Abstimmung mit den übrigen Wirtschaftsgesetzen eine Verlängerung um weitere 4 Jahre vorgeschlagen.“*<sup>1525</sup>

Aus den Änderungen der letzten Preisgesetznovelle sind 3 Fakten für das hier gestellte Thema interessant: Die ersten beiden gehören inhaltlich zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb und zeigen damit wieder die enge Verbindung zwischen diesen Rechtsgebieten.

- Durch § 11c Abs 2 PreisG werden ausführliche Normen eingeführt, die für die Werbung und für Angebote von Waren gelten sollen, die von Letztverbrauchern im Ausland gekauft werden.<sup>1526</sup> Irreführungen, die dadurch entstehen könnten, daß Auslandspreise ohne Zölle und Einfuhrumsatzsteuer etc mit Inlandspreisen in der Werbung und in Anboten verglichen werden, sollen damit bekämpft werden.<sup>1527</sup>
- § 14b PreisG bestimmt, daß das Überschreiten eines Höchst- oder Festpreises (-entgeltes), als Wettbewerbsverstoß gem § 1 UWG gilt und daher auch von Verbänden nach § 14 UWG eingeklagt werden kann.<sup>1528</sup>
- Die dritte hier erwähnenswerte Neuregelung bezieht sich auf ausführliche allgemeine Erläuterungen der RV zur Frage, ob im Rahmen der Preisregelung, besonders bei Tarifen von EVUs nicht nur die Preise, sondern auch die Festlegung der Tarifstruktur und des Tarifwortlautes erfolgen kann.<sup>1529</sup> Ausgelöst durch Probleme bei der Vollziehung der Preisregelung im Energiesektor und auch durch zum Teil widerstreitende wissenschaftliche Äußerungen zu diesem Problem, wird in der RV ohne direkten Zusammenhang mit einer vorgeschlagenen Norm ausgeführt, daß im Rahmen der Preisregelung von Tarifen auch die Festlegung von Tarifstrukturen und von Tarifwortlauten unbedingt erforderlich seien.<sup>1530</sup> Diese Meinung wird versucht, wirtschaftlich zu begründen. Rechtlich gesehen ist nach meiner Meinung, entgegen den Ausführungen der RV, der Meinung Oberndorfers<sup>1531</sup> beizutreten, der eine Festlegung der Tarifstruktur im Rahmen der Preisregelung für unzulässig erachtet. Auch wirtschaftlich beurteilt, führt der Standpunkt der Preisbehörde zu keinem befriedigenden Ergebnis, da meist kein Zwang auf die Betriebe ausgeübt werden kann, gerade die im Tarif behördlich festgelegte Leistung auch tat-

---

<sup>1522</sup> 268 BlgNR 16. GP, 4.

<sup>1523</sup> Zur praktischen Vollziehung von Preisregelungsnormen zuletzt: Ch. Orator, Wirtschaftsrecht II, Preisrecht, ÖZW 1989, 19.

<sup>1524</sup> BGBl 1988/337.

<sup>1525</sup> 583 BlgNR 17. GP, 5.

<sup>1526</sup> Aichreiter / Berger, Preiswerbung ausländischer Unternehmen in Österreich, WBI 1987, 87.

<sup>1527</sup> E OGH 18.11.1986, WBI 1987, 99.

<sup>1528</sup> Hanreich, Neuregelung im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (109).

<sup>1529</sup> 583 BlgNR 17. GP, 5.

<sup>1530</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979) ; N. Wimmer; Strompreis und Querverbund, Der öffentliche Haushalt, 1988, 8; Petrik, Strompreisgestaltung, Der öffentliche Haushalt 1988, 189.

<sup>1531</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979).

sächlich anzubieten.

Beurteilt man zuletzt die derzeit tatsächlich durchgeführten amtlichen Preisregelungen, so erfolgen fast alle bei Produkten, die entweder durch Marktordnung oder sonstige Wirtschaftslenkungsmaßnahmen beeinflusst werden oder der Wirtschaftsaufsicht unterliegen oder die durch Monopole erzeugt oder betrieben werden.<sup>1532</sup> Auch hier wird nicht nur der zwingende wirtschaftliche sondern auch der regelungstechnische Zusammenhang zwischen Wettbewerbsrecht iES und Preisrecht ganz deutlich.

### 12.3.4 Rechtsprechung

Alle 3 Höchstgerichte haben sich bereits mit Fragen zum volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis auseinandersetzen müssen. Die Ergebnisse dieser RSp sind zT unterschiedlich, sie werden hier anhand der wichtigsten Beispiele behandelt.

#### 12.3.4.1 Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes

Der VfGH hatte sich in den ersten von ihm zu entscheidenden Fällen damit auseinanderzusetzen, ob die Determinierung der Preisfestsetzung, nämlich „*volkswirtschaftlich gerechtfertigte*“ Preise zu finden, dem Art 18 B-VG entspricht.

In der E 25.3.1954<sup>1533</sup> war die völlig undeterminierte Bestimmung des § 2 Abs 1 und 5 PrRG 1950 zu beurteilen. Der VfGH kritisierte in diesem Erk, daß sowohl in der RV zu diesem Gesetz, als auch im PrRG 1948 jegliche Determinierung für die Preisregelungsbefugnisse fehle.<sup>1534</sup> § 2 Abs 1 und 5 PrRG 1950 wurden daher als typische Beispiele einer formalgesetzlichen Determinierung aufgehoben.

In einigen E wurde darauf aber die Verfassungsmäßigkeit der Formulierung „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ im Rahmen des Preisrechts bejaht.<sup>1535</sup>

In den E 14.3.1964<sup>1536</sup> und E 17.3.1964<sup>1537</sup>, die die verfassungsrechtliche Überprüfung von Ausnahmemöglichkeiten von Steuern im Rahmen „*volkswirtschaftlich gerechtfertigten*“ Umfanges betrafen, wurde festgestellt, daß eine solche Regelung nur dann als ausreichend determiniert angesehen werden können, wenn aus dem jeweiligen Gesetz nähere Bestimmungsgründe für die Ausnahmen hervorgingen. Das PrRG wurde dabei ausdrücklich als Beispiel dafür angeführt, dass dort zusätzlich zur Formel „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ ausreichende Determinierung für die Vollziehung enthalte wäre.<sup>1538</sup> Die angefochtenen Steuergesetze waren hingegen nicht ausreichend bestimmt.

In manchen Fällen wies der VfGH auch darauf hin, daß durch diese Art der Preisregelung das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nicht verletzt werde.<sup>1539</sup>

---

<sup>1532</sup> Ch. Orator, Wirtschaftsrecht II, Preisrecht, ÖZW 1989, 19.

<sup>1533</sup> VfSlg 1954/2660.

<sup>1534</sup> 921 BlgNR 5. GP.

<sup>1535</sup> VfSlg 1954/2768; 1957/3295; 1960/3860; 1961/4096; 1965/5988.

<sup>1536</sup> VfSlg 1964/4662.

<sup>1537</sup> VfSlg 1964/4669.

<sup>1538</sup> Bernard, Entscheidungsbesprechung ÖZW 1981, 122 (126).

<sup>1539</sup> ZB VfSlg 1961/1496.

In der E VfGH 5.12.1973 <sup>1540</sup> hatte der VfGH auf Antrag des Bezirksgerichts Salzburg 3 Verordnungen des BMH auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen. Mit diesen Verordnungen waren Mineralölpreise festgesetzt worden. Der Antrag zur Verordnungsprüfung wurde ua damit begründet, daß die festgesetzten Preise nicht volkswirtschaftlich gerechtfertigt seien, weil sie zu niedrig seien und die Mineralölwirtschaft deswegen schwere Verluste erleiden würde.

Das BMH begründete die Höhe des festgesetzten Preises damit, daß Ende 1972 die Erhaltung der Preisstabilität im Vordergrund aller makroökonomischen Ziele gestanden wäre. Die Inflationsrate hätte beinahe die Höhe der Zinsen von festverzinslichen Wertpapieren erreicht. Um diese „*inflationäre Reizschwelle*“ nicht zu überschreiten, hätten die Sozialpartner mit der Bundesregierung das Stabilisierungsabkommen vom 24.11.1972 geschlossen. Die darin vorgesehenen Maßnahmen hätten Opfer von allen verlangt, daher sei auch der vorübergehende Ertragsrückgang in der Mineralölwirtschaft zu rechtfertigen. Als Indiz für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung wurde auf das Einverständnis aller Sozialpartner für die Stabilisierungsmaßnahmen hingewiesen.

Der VfGH kam zum Ergebnis, daß die Ermittlung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise so vor sich zu gehen habe, daß die „*gesamtwirtschaftlichen*“ Auswirkungen der Preise und die Verhältnisse der gesamten Volkswirtschaft in Betracht gezogen werden müssten. Der komplexe Zusammenhang aller Teile der Wirtschaft schließe es nämlich aus, Preise als bestmöglich in der zitierten Gesetzesstelle zu qualifizieren, ohne ihre Reflexe auf die gesamte Volkswirtschaft und ohne den Einfluss der gesamtwirtschaftlichen Situation auf die wirtschaftliche Situation der durch die Festsetzung der Preise betroffenen Verkäufer- und Käuferschichten zu berücksichtigen. Aus diesen Gründen müssten bei der Ermittlung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise auch die Auswirkungen des Kaufkraftschwundes in Rechnung gestellt werden. Da dieses Ziel nach der Stellungnahme des BMH im Vordergrund der Überlegungen bei der konkreten Preisbemessung gelegen sei und die Preisfestsetzung nur vorübergehenden Charakter gehabt hätte, wurde vom VfGH keine Gesetzeswidrigkeit der Verordnungen festgestellt. Dafür spräche auch, wurde ausgeführt, daß die Vertreter der Kammern in der Preiskommission der Regelung vorbehaltlos zugestimmt hätten.

In einer Besprechung zu dieser E stimmt Bernard dem VfGH bei, daß das PrRG auch die Erlassung von Preisen zulasse, die zu Verlusten bei den betroffenen Unternehmen führen, wenn diese Preise nur volkswirtschaftlich gerechtfertigt werden könnten.<sup>1541</sup> Mit Recht kritisiert aber Bernard an der E des VfGH, daß nicht erörtert wurde, ob die Ermittlung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises allein durch Berücksichtigung von Stabilisierungszielen und aus Gründen des Währungsschutzes, erfolgen dürfe. Weiters sei in der E nicht ausreichend diskutiert worden, wieso dem Lieferanten einer Ware vorübergehende Verluste durch die behördliche Preisregelung aufgezwungen werden dürften. Auch die Äußerung des VfGH, die Zustimmung der Sozialpartner zu den festgesetzten Preisen spräche für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung, wird von Bernard in Zweifel gezogen. Er meinte, die Gründe der Zustimmung der Sozialpartner zu bestimmten Preisen (oder zumindest deren Duldung) müssten jedenfalls untersucht werden, da eine solche Entscheidung auch auf sachlich mit der Preisregelung nicht zusammenhängende Kompromisse zurückgeführt werden könne.

---

<sup>1540</sup> VfSlg 1961/7220 = ÖZW 1974, 124 mit Kommentaren von Bernard und Korinek.

<sup>1541</sup> ÖZW 1974, 125.

Auch Korinek kritisierte in einem Kommentar zur E des VfGH und zur Besprechung Bernards,<sup>1542</sup> daß ein für die Erzeuger sicherlich Verluste bringender Preis einer Ware nicht beiden Aspekten, nämlich den Interessen der Anbieter und der Verbraucher, entsprechen könne. Korinek spricht sich aber gegen die Kritik Bernards aus, die Zustimmung der Sozialpartner zu bestimmten Preisen im Rahmen der Preisregelung nicht als Indiz für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung des gefundenen Preises nehmen zu können. Der Gesetzgeber hätte gerade im Bereich der Wirtschaftsgesetze zur Begrenzung des Ermessensspielraumes der Behörde bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe auch das Mittel der Legitimation durch Verfahren eingesetzt.<sup>1543</sup>

Auch in der E 12.12.1984<sup>1544</sup> hatte sich der VfGH ua mit der Frage der Bestimmung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise zu beschäftigen. Er wiederholte einleitend, daß keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den unbestimmten Gesetzesbegriff „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“ bestünde. Weiters stellte er fest, daß bei der Überprüfung von in Verordnungen vorgenommenen Planungsentscheidungen zu ermitteln sei, ob die Entscheidungsgrundlagen des Verordnungsgebers in ausreichendem Maße erkennbar seien.<sup>1545</sup> Eine solche Prüfung hätte auch bei der ordnungsmäßigen Preisregelung zu erfolgen. Da sich aus den vorgelegten Akten erkennen lasse, daß sich die Preiskommission nur von den Ergebnissen einer Sozialpartnereinigung hätte leiten lassen, ohne sich mit ihr inhaltlich auseinanderzusetzen und da damit auch keine inhaltliche Beratung des BMHGI durch die Preiskommission gegeben gewesen wäre, wurde § 2 PreisG bei der Verordnungs-Erlassung nicht eingehalten, die Verordnung war daher gesetzwidrig.

Die E 12.12.1984<sup>1546</sup> ergänzt quasi die E 5.12.1973<sup>1547</sup> näher. Die Akzeptanz eines Preises als volkswirtschaftlich gerechtfertigt durch die in der Preiskommission vertretenen Mitglieder der Interessenvertretungen könne zwar weiterhin als ein Argument für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Preises aufgefasst werden, die Entscheidungsfindung in der Preiskommission müsse aber nachvollziehbar und schlüssig sein.<sup>1548</sup>

Die E 11.3.1986<sup>1549</sup> kommt bei vergleichbarem Sachverhalt zum selben Ergebnis wie die E 5.12.1973. Mit denselben Argumenten, aber mit dem Ergebnis, daß in diesem Fall die Entscheidungsgrundlage des Verordnungsgebers nachvollziehbar gewesen wäre, entschied der VfGH in der E 17.6.1985.<sup>1550</sup>

#### **12.3.4.2 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes**

Der VwGH setzte sich in hier interessierender Weise nur zweimal mit dem Begriff des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises auseinander.

Im E 21.11.1962<sup>1551</sup> geschah dies bei Anwendung des § 5 Abs 1 PrRG 1957 auf einen Import von aus-

---

<sup>1542</sup> ÖZW 1974, 126.

<sup>1543</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts III, ÖZW 1975, 98; Funk, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1975, 89; Adamovich / Funk, Österreichisches Verfassungsrecht (1984), 116.

<sup>1544</sup> VfSlg 1984 (2)/10313 = JBl 1985, 736 mit einer Besprechung von Morscher.

<sup>1545</sup> ZB VfSlg 1978/8280; 1982/9582; 1983/9823.

<sup>1546</sup> VfSlg 1984 (2)/10313 = JBl 1985, 736 mit einer Besprechung von Morscher.

<sup>1547</sup> VfSlg 1961/7220 = ÖZW 1974, 124 mit Kommentaren von Bernard und Korinek.

<sup>1548</sup> Morscher, Kommentar zu VfSlg 1984 (2)/10313, JBl 1985, 739 (740).

<sup>1549</sup> VfSlg 1986 (2)/10820.

<sup>1550</sup> VfSlg 1985 (1)/10468.

<sup>1551</sup> VwSlg 1962/5907 A

ländischem Obst und Gemüse. Der VwGH sah keine gesetzwidrige Auslegung dieser Bestimmung darin, daß sich die belangte Behörde mit der gebräuchlichen Preisgestaltung der zu beurteilenden Waren praktisch vertraut gemacht und unter Bedachtnahme auf den Gesetzeswortlaut volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise errechnet hatte.

*„Der belangten Behörde ist im besonderen kein Fehler unterlaufen, wenn sie bei Berechnung der Transportkosten nur die normalen Frachtspesen anerkannt hat. Ein Transport einer geringfügigen Menge mittels Kraftwagens müßte sonst zu verhältnismäßig hohen Preisen führen. Dies ist aber nicht zulässig, weil nach § 5 Abs 2 PrRG die Kosten- und Gewinnaufschläge nur dann volkswirtschaftlich gerechtfertigt sind, wenn sie auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher bestmöglich entsprechen.“*

Mit dieser E stützte der VwGH die Meinung, bei Berechnung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises sei die Kostenstruktur eines typischen Betriebes zugrunde zu legen.

Die zweite E (das sog RAG-Erkenntnis), die sich ausführlich mit dem unbestimmten Gesetzesbegriff „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“ auseinandersetzte, erweckte va deswegen Aufmerksamkeit, weil es in einem gewissen Gegensatz zu den Ergebnissen des E VfGH 5.12.1973<sup>1552</sup> steht.<sup>1553</sup>

Neben dem Problem der Rückwirkung behördlicher Preisfestsetzung traf der VwGH auch grundsätzliche Aussagen zur Ermittlung des „*volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises*“.<sup>1554</sup>

Folgende Kriterien stellte der VwGH als bei der Preisfestsetzung wesentlich heraus:

- Bestmöglicher Ausgleich zwischen den Interessen der Erzeuger und Händler sowie der Konsumenten.
- Auf der Unternehmenseite ist von den betrieblichen Verhältnissen eines typischen rationell geführten Betriebes der betreffenden Branche auszugehen. Der VwGH bezieht sich dabei auf Ko-rinek.<sup>1555</sup>
- Dieser, auf typischer Kostenbasis für das betreffende Produkt ermittelte Preis, muss grundsätzlich kostendeckend sein. Darüber hinaus ist auch eine im Gesamtinteresse vertretbare Gewinnspanne in Rechnung zu stellen.
- Die Preisbestimmung muss sich an den Selbstkosten und einem volkswirtschaftlich gerechtfertigten Gewinn für das preisregelte Gut orientieren. *„Einen Produzenten auf die allenfalls aus anderen Produkten erwirtschafteten Gewinne zu verweisen, wäre schon deshalb nicht zielführend, weil er dann bei Einhaltung betriebswirtschaftlicher Grundsätze unter Umständen genötigt wäre, die Erzeugung des betreffenden Produktes überhaupt einzustellen, was wiederum iS der erforderlichen gesamtwirtschaftlichen Schau auch vom Standpunkt der Verbraucher in vielen Fällen von Nachteil sein könnte.“*<sup>1556</sup>

---

<sup>1552</sup> VfSlg 1973/7220.

<sup>1553</sup> VwGH 16.6.1981 VwSlg 1981/10491 A = ÖZW 1981, 122 mit einem Kommentar von Bernard = ZfVB 1982/1998.

<sup>1554</sup> Hanreich, Das zeitliche Element der Preisregelung - öffentlichrechtliche und privatrechtliche Überlegungen, ÖZW 1982, 7.

<sup>1555</sup> ÖZW 1974, 126.

<sup>1556</sup> ÖZW 1981, 127. VwSlg 1976/8956 A.

- Die Preisbehörde muss sich auch mit konkreten, betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten des beschwerdeführenden Unternehmens auseinandersetzen - im konkreten Fall war hier auf besondere Kalkulationsverfahren bei langfristigem Kohlenwasserstoffbergbau Rücksicht zu nehmen.
- Die Bedachtnahme auf die „*jeweilige wirtschaftliche Lage der Verbraucher*“ bedeutet, daß die nach den soeben beschriebenen Regeln gefundenen Preise für die als Abnehmer in Betracht kommenden Konsumenten erschwinglich sein müssen.
- An dieser Stelle sei das Ergebnis der E 13.1.1976<sup>1557</sup> eingefügt. Verbraucher iS des PrRG 1957 sind auch solche Unternehmer, die die eingekauften Waren nicht mehr weiter verkaufen, sondern in ihrem Betrieb ge- oder verbrauchen, sodass diese Waren nicht mehr unverändert auf den Markt kommen. Damit erfolgt praktisch eine Übernahme des Begriffes des letzten Verbrauchers iS des RabattG-auf das Preisrecht.
- Berücksichtigung allgemeiner volkswirtschaftlicher Aspekte, wie im konkreten Fall: Vorteile inländischer Energiequellen für Produzenten und Abnehmer, damit „*Sicherung von Arbeitsplätzen*“ als Verwendung eines damals oft verwendeten Schlagwortes. Berücksichtigung des Argumentes, daß unter den zugebilligten Preisen neue Aufsuchungsvorhaben unwirtschaftlich seien und die Preise für später einzuführendes Erdgas höher sein könnten. Berücksichtigung der Konsequenzen des Einsatzes anderer Energiearten. Gefahr der Ressourcenverschwendung bei zu niedrig festgesetzten Preisen.

Der angeführte Katalog der bei einer Preisregelung zu berücksichtigenden Tatsachen zeigt, welche umfangreiche Überlegungen bei der Ermittlung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises nach Ansicht des VwGH angestellt werden müssten. Dennoch bleiben bei genauerem Überdenken konkreter Fälle viele Fragen, die noch gelöst werden müssten.<sup>1558</sup>

### 12.3.5 Wissenschaftliche Äußerungen

Die literarische Auseinandersetzung mit den Problemen der Preisregelung und besonders der Versuche, den unbestimmten Gesetzesbegriff der volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise mit juristischen Mitteln näher zu bestimmen, erfolgte vor allem in den 1970er Jahren. Diese Tatsache verwundert nicht, wenn man die zuerst beschriebene Entwicklung der Gesetzgebung und vor allem die deutlichen wirtschaftspolitischen Bestrebungen zu einer immer weitergehenden Aufwertung der Preisregelung in dieser Epoche in Betracht zieht.

Zentral sind in dieser Auseinandersetzung die Arbeiten Mayer-Malys<sup>1559</sup> und Rills.<sup>1560</sup>

Mayer-Maly behandelte die Probleme der Preisregelung aus einem privatrechtlichen Aspekt heraus.<sup>1561</sup> Er meinte, dass auch bei Beurteilung der privatrechtlichen Komponente des Problems, die im Wirtschaftsrecht positivierten Wertungen des Gesetzgebers zu erforschen und Grundlage für eine, die gesam-

<sup>1557</sup> ÖZW 1981, 127.

<sup>1558</sup> Dennoch kann man sich der Meinung Bernards, der die E als Musterbeispiel höchstgerichtlicher Prüfungstätigkeit bezeichnet, gerne anschließen. ÖZW 1981, 127.

<sup>1559</sup> Mayer-Maly, Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 139 und seine Bearbeitung des § 1059 ABGB in Klang IV/2, 276.

<sup>1560</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 97; 1975, 65 und 97.

<sup>1561</sup> Ähnlich auch in seiner Arbeit: Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Lebensmittelrecht bei der Entwicklung von Herkunftsangaben zu Gattungsbezeichnungen, JBl 1968, 57.

te Rechtsordnung berücksichtigende Entscheidung, sein müssen.<sup>1562</sup>

Demgegenüber entwickelte Rill seine Aussagen von einer kompetenzrechtlichen Auslegung kommend, im Rahmen des herkömmlichen Verwaltungsrechts.

Mayer-Maly geht an das Problem des gerechten Preises als eine der Gerechtigkeitsfragen der gesamten Rechtsordnung heran.<sup>1563</sup> Es sei jedenfalls nicht durch Ausgliederung aus der Rechtswissenschaft zu lösen und stehe in engem Zusammenhang mit dem Problemkreis „*Naturrecht*“.

Nach heutigem wirtschaftspolitischem Verständnis gäbe es 4 verschiedene Preisregelungssysteme, die aber selbstverständlich auch in einem multifunktionalen Preisgesetz zusammengefasst sein könnten:

- Kriegswirtschaftliche Preisregelung;
- Planwirtschaftliche Preisregelung;
- Preisregelung als Instrument einer Stabilitätspolitik;
- Preisregelung als Instrument einer Agrarmarktförderung.

Offenbar fasste er diese Kategorien nicht als unveränderbar auf. Er meinte zB, dass sich besonders für die vierte Art der Preisregelungsvorschriften die Einordnung in die Gruppe „*Preisregelung als Instrument sektoraler Planwirtschaft*“ wohl besser eignete.<sup>1564</sup>

In den Vordergrund seiner Ausführungen stellte Mayer-Maly die Frage der rechtsdogmatischen Relevanz des Ökonomischen.<sup>1565</sup> Er fragte:

*„Lassen sich einigermaßen präzise Sachkriterien der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung erarbeiten oder haben wir es bloß mit einer Leerformel zu tun?“* und:

*„...fällt man nicht mit der Orientierung an der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung in eine moralisierend-wirtschaftsfremde pretium-iustum-Lehre zurück?“*

*Wird nicht aufs Neue versucht, das komplexe Problem „Gerechtigkeit“ an die Fessel positiver Satzung zu legen?“*

Mayer-Maly erweitert die Basis seiner Fragestellungen damit, daß er die Normen über die volkswirtschaftliche Rechtfertigung des KartG als Vergleichsmaßstab für das Preisrecht heranzieht. Mayer-Maly verstärkt diesen Gedanken noch: In einem pluralistischen Gemeinwesen sei die Feststellung von Gemeinwohlgehalten zwar bedeutend schwerer als in Staaten mit dogmatisierter Verpflichtung auf bestimmte Planinhalte, dennoch seien Rückgriffe auf Gemeinwohlvorstellungen in Generalklauseln keine Leerformeln.<sup>1566</sup> Die interpretative Konkretisierung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung sei in ei-

---

<sup>1562</sup> Klang IV/2, 285.

<sup>1563</sup> Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 139.

<sup>1564</sup> Als Beispiel aus dem geltenden Recht könnte auch die Schrottenlenkung dienen. Vgl: Zehetner, Rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der Marktordnung für Schrott in Österreich, Schriftenreihe der Bundeswirtschaftskammer Nr 60 (1988).

<sup>1565</sup> Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 143.

<sup>1566</sup> So auch in Klang IV/2, 285.

nem pluralistischen Staat dazu gehalten, sich an positivierten Wertungen zu orientieren.<sup>1567</sup>

Ergebnis seiner historischen Ausführungen zum gerechten Preis ist die Herausarbeitung des Unterschiedes zwischen dem „*gerechten Preis*“ im historischen Verständnis und dem „*volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis*“ in unserer Rechtsordnung. Der wesentliche Unterschied läge darin, daß der gerechte Preis individualbezogen war und der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis gesellschaftsbezogen sei.

Mayer-Maly ist der Meinung, der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis sei ein Marktpreis und kein Kostenpreis, weil ein Kostenpreis nur im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen, aber nicht einer volkswirtschaftlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden könne. Neben der Erfassung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises durch die Feststellung der aus vergleichbaren Normen zu entnehmenden Wertungen, müssten auch volkswirtschaftliche Grundgegebenheiten der Auslegung des Terminus „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“ zugrunde gelegt werden.

Der wesentliche volkswirtschaftliche Grundsatz sei nach Mayer-Maly: Preisfestsetzung ist nur zulässig, wenn sie zweckrational ist, dh wenn sie sich zur Erreichung des angestrebten Zieles objektiv gesehen überhaupt eignet. Mayer-Maly bezog sich idF bei der Feststellung weiterer volkswirtschaftlicher Dogmen zur Preisfestsetzung auf von Mises.<sup>1568</sup>

Koppensteiner<sup>1569</sup> zog nach Darstellung der damals geltenden einschlägigen preisrechtlichen Normen eine Parallele zwischen dem Preisrecht und den Regeln des KartG über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen und meinte, die Begriffe „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ im PreisG und im KartG seien inhaltlich ident.<sup>1570</sup> Da Koppensteiner befürwortete, bei Anwendung und Auslegung dieser Rechtsgebiete Querverbindungen zu anderen Wirtschaftsgesetzen herzustellen und aus dieser Verbindung auch selbst Schlüsse zog, kritisierte er die mangelnde gesetzliche Kohärenz mancher preisrechtlicher und kartellrechtlicher Vorschriften.

Klar stellte Koppensteiner auch fest, daß der österreichische Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen sei, es gäbe neben dem Wettbewerbspreis auch noch einen anderen volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis. Gäbe es die Möglichkeit, mit rationalen Mitteln diesen volkswirtschaftlich gerechten Preis zu finden, dann könnte tatsächlich mit einem solchen Preis Wirtschaftspolitik betrieben werden. Fehlen jedoch solche Kriterien, dann könnte über Wirkungsweisen und Ergebnisse des Gesamtsystems keine Aussagen mehr gemacht werden. Koppensteiner lehnt die Meinung ab, dem Begriff volkswirtschaftliche Rechtfertigung könne irgendeine Substanz gegeben werden. Im Gegensatz zu Streissler<sup>1571</sup> ist Koppensteiner daher der Ansicht, der Begriff „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“ sei eine Leerformel.

Koppensteiners abschließende Forderung, daß sich das Preisrecht auf jene Gebiete zurückziehen solle, in denen die Preisbildung auf dem Markt durch Wettbewerbsbeschränkungen gestört sei,<sup>1572</sup> hat sich in der

---

<sup>1567</sup> Der gerechte Preis, in FS Demelius (1973), 175 und Klang IV/2, 285.

<sup>1568</sup> von Mises in Handbuch der Staatswissenschaften VI (125), 1055 zum Artikel „Preistaxen (1. Theorie)“.

<sup>1569</sup> Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 31.

<sup>1570</sup> Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 33.

<sup>1571</sup> Streissler, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 31.

<sup>1572</sup> Koppensteiner, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, WipolBl 1973, 35.

Praxis, entgegen dem Wortlaut der weiter geltenden preisrechtlichen Vorschriften durchgesetzt.<sup>1573</sup>

Die Meinung, dem Terminus „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“ sei kein sinnvoller Inhalt zu geben, ist wie hier gezeigt wird, wohl übertrieben, sinnvoll ist aber Koppensteiners Forderung, Preisregelungen nur dort durchzuführen, wo der Markt, aus welchen Gründen immer, die Herausbildung eines Wettbewerbspreises nicht vornehmen kann.

Rill meint, daß der Begriff „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ strengen rechtsstaatlichen Anforderungen nicht gerecht werden könne.<sup>1574</sup> Nach seiner Meinung müsste vorerst „*volkswirtschaftlich*“ als „*volkswirtschaftspolitisch*“ gelesen werden, denn iS Kelsens könne aus einem Sein (= der Volkswirtschaft) allein kein Sollen abgeleitet werden. Das Sollen könne nur aus der Wirtschaftspolitik und bestimmten wirtschaftlichen Umständen erschlossen werden.<sup>1575</sup>

Maßgebend für die Beurteilung solcher Normen wie „*volkswirtschaftlich gerechtfertigt*“ als ausreichend determiniert, sei nun, ob gesetzlich einigermaßen deutlich fixiert ist, welche wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen bestimmend sein sollen.<sup>1576</sup> Eine solche Zielvorstellung ist nach Rill im PrRG nicht enthalten, die Bestimmungsgründe: Interessen von Erzeugung und Vertrieb bzw die jeweilige Lage der Verbraucher oder Leistungsempfänger reichten nicht aus, um eine strenge Übereinstimmung mit Art 18 B-VG zu erreichen.

Nach Meinung Rills komme die Formel der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung einer Leerformel sehr nahe und sei daher auch aus einer differenzierten Sicht des Legalitätsprinzips nicht völlig unbedenklich. Auch der von Korinek<sup>1577</sup> vorgeschlagene Weg zur Bestimmung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises – Legitimation durch Verfahren - wurde von Rill skeptisch beurteilt. Er meinte, der von Korinek vorgeschlagene Weg sei sicherlich eine, aber nicht die einzige Auslegungsmöglichkeit dieser Bestimmung.<sup>1578</sup>

Korinek war zu § 3 b PrRG = § 4 PreisG der Meinung, dass diese Norm nur dann mit dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit vereinbart werden könne, wenn die Kriterien der betriebswirtschaftlichen Erforderlichkeit im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation weit ausgelegt werden.<sup>1579</sup> Er meinte:

*„Das Schwergewicht der behördlichen Überprüfung wird daher bei der Überprüfung der auf der Basis der Kosten sowie der kalkulatorischen Zusatzkosten erfolgten Gesamtkalkulation innerhalb der akzeptierten Zielvorstellung liegen. Dabei wird zweifellos eine dynamische Betrachtungsweise erforderlich sein. So ist etwa darauf hinzuweisen, daß die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit eines Betriebes nur gesichert werden kann, wenn der Preis auch eine Marge zur Eigenkapitalfinanzierung zum Zweck der Erweiterung des Unternehmens im Rahmen des durchschnittlichen Wachstums der Branche und zum Zweck der Rationalisierung ermöglicht. Die Frage, ob eine bestimmte Kalkulation betriebswirtschaftlich erforderlich ist, wird zumeist schwierige betriebswirtschaftliche Fragen aufwerfen.“*

<sup>1573</sup> Ch. Orator, Wirtschaftsrecht II, Preisrecht, ÖZW 1989, 19.

<sup>1574</sup> Grundfragen des österreichischen Preisrechts III, ÖZW 1975, 101.

<sup>1575</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts III, ÖZW 1975, 101.

<sup>1576</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts III, ÖZW 1975, 102.

<sup>1577</sup> Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, H 4, 74 (87).

<sup>1578</sup> Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts III, ÖZW 1975, 105.

<sup>1579</sup> Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, H 4, 74, (83).

Korinek beschäftigte sich auch mit der Frage nach der verfassungskonformen Festlegung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises.<sup>1580</sup> Er folgte dem Ansatz Mayer- Malys, der der Ansicht war, daß das Kriterium „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“ keine Leerformel sei.

Korinek vertrat grundsätzlich ein Kostenpreis-Modell. Er meinte, es sei jener Preis zu ermitteln, der aufgrund einer objektiv nachprüfbaren Kostenstruktur eines (abstrakten) branchentypischen, rationell geführten Betriebes zu kalkulieren wäre. Nur wenn Wettbewerbsbeschränkungen (zB Kartelle) direkten Einfluss auf die Kosten eines solchen Unternehmens hätten, könnte dieses Prinzip nicht angewendet werden. Offen bleibt nach diesen Vorstellungen vor allem, wie die Interessen der Konsumenten berücksichtigt werden könnten.

Zur Legitimierung des von Korinek skizzierten Verfahrens sei auf das Fachwissen von Verbänden und Sachverständigen zurückzugreifen.<sup>1581</sup> Zur Bestätigung dieser These bezog sich Korinek auch auf die E VfGH E 5.12.1973.<sup>1582</sup>

Kleps untersuchte im Rahmen seiner Arbeit „*Das System der Preisregelung in Österreich*“ die österreichische Preispolitik mit ökonomischen Mitteln.<sup>1583</sup> Kleps meinte, daß die Unternehmer aus der Preisregelung jedenfalls profitierten, gleichgültig ob sie durch Gesetz oder durch die Paritätische Kommission erfolge. Dazu komme es, weil in der Praxis von Kostenpreisen ausgegangen werde, es müssten zur Rechtfertigung von Preiserhöhungen nur Kostensteigerungen nachgewiesen werden.<sup>1584</sup> Durch die von der Paritätischen Kommission gebilligten Preise ergäbe sich ein Kartellierungseffekt für die gesamte Branche.<sup>1585</sup> Da von den Antragstellern immer angenommen werde, dass die Paritätische Kommission die beantragten Preise reduzieren würde, würden immer überhöhte Anträge gestellt.<sup>1586</sup> Dadurch träten neben Preisnachteilen für die Konsumenten auch Antirationalisierungs- und sogar Verschwendungseffekte ein. Eine Erstarrung der Wirtschaft könne die Folge sein.<sup>1587</sup> Durch die Basiskostenpreise könne die Preisregelung auch inflationsbeschleunigend wirken.<sup>1588</sup>

Walter / Mayer meinten klar, die Regel „*volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise*“ sei von verfassungswidriger Unbestimmtheit.<sup>1589</sup>

Eine Reihe von Arbeiten beschäftigte sich mit einem Spezialproblem der behördlichen Preisregelung, nämlich der Frage, wie Preise für Energielieferungen festzusetzen seien, die aufgrund von betrieblichen Mischkalkulationen zustande gekommen waren. Dieses Problem wurde von der Frage überlagert, ob die allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätze und volkswirtschaftlichen Anforderungen auch für öffentliche Unternehmen gelten sollten.

---

<sup>1580</sup> Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, H 4, 74, (86).

<sup>1581</sup> Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, H 4, 74, (88) – unter Bezugnahme auf Luhmann in FN 48.

<sup>1582</sup> VfSlg 1973/7220.

<sup>1583</sup> Staatliche Preispolitik (1984).

<sup>1584</sup> Staatliche Preispolitik (1984), 111.

<sup>1585</sup> Staatliche Preispolitik (1984), 112.

<sup>1586</sup> Staatliche Preispolitik (1984), 112.

<sup>1587</sup> Staatliche Preispolitik (1984), 113. Ähnliche Ergebnisse auch Streissler, Sozialpartnerschaft und Gewinn, WipolBl 1976, H 4, 40.

<sup>1588</sup> Staatliche Preispolitik (1984), 113. Ähnliche Ergebnisse auch Streissler, Sozialpartnerschaft und Gewinn, WipolBl 1976, H 4, 40.

<sup>1589</sup> Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts<sup>2</sup> (1987), 353 (356).

Die erste und grundlegende Arbeit zu diesen Themen stammte von Oberndorfer / Binder.<sup>1590</sup> Zum Umfang der Preisregelungsbefugnis stellten Oberndorfer / Binder fest, daß die Preisbehörde nur die Preise eines tatsächlich angebotenen Bedarfsgutes oder einer Bedarfsleistung bestimmen und nicht auch bestimmte Eigenschaftsbeschreibungen dieser anzubietenden Güter oder Leistungen (Tarifstruktur) festsetzen dürfe.<sup>1591</sup> Die gesetzliche Bestimmung von Wareneigenschaften könne nur im Rahmen des Qualitätsrechts etc erfolgen, würde dort aber einen anderen Zweck verfolgen als preisrechtliche Normen, nämlich den Irreführungsschutz.

Oberndorfer / Binder folgerten daraus, daß die Preisbehörde mangels Tarifstrukturkompetenz Energiepolitik nur wesentlich eingeengt betreiben könne. Nur im Rahmen der Festsetzung „volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise“ könne auch ein geringes Ausmaß von Energiepolitik einfließen. Am Beginn ihrer Überlegungen zu den gesetzlichen Grundlagen der Strompreisregelung behandelten Oberndorfer / Binder das Verhältnis zwischen Preisregelung, Wettbewerbsrecht ieS und Zivilrecht. Sie gingen davon aus, dass EVUs als Monopolunternehmen bereits nach dem Zivilrecht verpflichtet seien, Elektrizität zu „angemessenen Preisen“ zu liefern.

*„Im Sinne des Kontrahierungszwanges muß dabei jener Strompreis als angemessen gelten, der einer seriösen kostenorientierten betriebswirtschaftlichen Kalkulation entspricht und keine Elemente sittenwidrigen Mißbrauchs der beherrschenden Marktposition von Elektrizitätsversorgungsunternehmen enthält. Der „angemessene Preis“ zielt damit auf eine sachlich begründete betriebswirtschaftliche Kalkulation des Strompreises, gemeinwirtschaftliche Überlegungen bleiben dabei im Allgemeinen außer Betracht.“*<sup>1592</sup>

Zum Begriff des „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises“ führten Oberndorfer / Binder aus, daß dieser Begriff aus einer Aneinanderreihung unbestimmter Gesetzesbegriffe bestehe und die Determiniertheit iS des Art 18 B-VG als zweifelhaft gelten müsse. Die RSp des VfGH sei diesbezüglich jedoch großzügig.<sup>1593</sup>

Oberndorfer / Binder vertraten wie Korinek die Meinung, man müsse bei der Bestimmung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise für eine Branche von der betriebswirtschaftlichen Kalkulation eines typischen Unternehmens ausgehen. Wenn der Preis nur für ein Unternehmen bestimmt werden solle (zB Strompreis für ein EVU), dann sei von der betriebswirtschaftlichen Kalkulation für dieses Unternehmen auszugehen. Hernach müsse man die volkswirtschaftliche Rechtfertigung des mit betriebswirtschaftlichen Mitteln gefundenen Preises prüfen, um zuletzt diesen Preis mit den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher in Einklang zu setzen.<sup>1594</sup>

Oberndorfer / Binder vertraten daher die Meinung, daß bei behördlicher Regelung von Produktpreisen eines Unternehmens von der betriebswirtschaftlichen Kalkulation dieses Unternehmens auszugehen sei, auch wenn das Gesetz in diesem Zusammenhang davon spreche, dass der Preis einer volkswirtschaftlichen Rechtfertigung entsprechen müsse.<sup>1595</sup> Die Berücksichtigung des betriebswirtschaftlich kalkulier-

<sup>1590</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979).

<sup>1591</sup> Dagegen ohne eigentliche Begründung: EB zur RV PreisG-Nov 1988: 583 BlgNR 17. GP, 5.

<sup>1592</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 24.

<sup>1593</sup> So auch Fröhler / Oberndorfer, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969), 41 ff.

<sup>1594</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 33.

<sup>1595</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 34.

ten Preises werde nämlich vom PreisG gleichsam vorausgesetzt. Nach diesen betriebswirtschaftlichen Überlegungen müsse überprüft werden, ob der betriebswirtschaftlich gefundene Preis dem volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse gerecht werde - wie diese Aufgabe zu lösen ist, blieb jedoch von Oberndorfer / Binder unbeantwortet.<sup>1596</sup> Sie wiesen nur darauf hin, dass bei der Beurteilung von „*volkswirtschaftlich gerechtfertigten*“ Investitionen eines EVUs auch direkte oder indirekte Lenkungsprogramme des Staates (zB Energiepläne) berücksichtigt werden müssten.

Oberndorfer / Binder meinten ferner, dass auch die Gewinnerwartung und die damit verbundene Rücklagenpolitik eines Unternehmens auf ihre volkswirtschaftliche Rechtfertigung hin untersucht werden müsse. Es dürfe zwar ein kalkulatorischer Gewinn zugebilligt werden, dieser sei aber „*auf das volkswirtschaftlich übliche Maß zu reduzieren*“. Oberndorfer / Binder gingen bei Erklärung des Begriffes volkswirtschaftlich üblicher Gewinn davon aus, daß es einen „*allgemeinen in einer Volkswirtschaft zu erwirtschaftenden Gewinn*“ gibt. Dabei seien aber Differenzen bei den verschiedenen Branchen möglich. Unter bestimmten Umständen könne es auch gerechtfertigt sein, keinen Gewinn zuzubilligen.<sup>1597</sup>

Bei der gesetzlich vorgeschriebenen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Verbraucher sei nach Oberndorfer / Binder zu fragen, „*welchen Preis für Elektrizität die Verbraucher gemessen an ihrer wirtschaftlichen Gebarung in einer Durchschnittsbetrachtung bezahlen können. Wirtschaftlich vertretbar wird unter diesem Gesichtspunkt ein Strompreis nur dann sein, wenn er die finanzielle Leistungskraft des Verbrauchers nicht derart einschränkt, daß diesem eine Lebensführung nach allgemein üblichem und zumutbarem Standard wesentlich erschwert wird. Maßstäblich können dabei immer nur die Endverbraucher werden. Die wirtschaftliche Lage der sog „Wiederverkäufer“ kommt hier nicht in Betracht.*“<sup>1598</sup>

Oberndorfer / Binder vertraten im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Verbraucherinteressen bei Preisregelungsmaßnahmen ferner die Meinung, daß EVUs keine „*Gewinnmaximierung*“ anstreben dürften, da sie öffentliche Aufgaben iS des 2. VerstaatlichungsG zu erfüllen hätten.<sup>1599</sup>

Unter einen auf diese Art gefundenen Preis dürfe nicht gegangen werden, um nicht das Eigentumsgrundrecht (Art 5 StGG) und das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit (Art 4 Abs 2 MRK) zu verletzen.<sup>1600</sup>

UU sei auch auf individuelle betriebswirtschaftliche Gegebenheiten einzelner Unternehmen Rücksicht zu nehmen, wenn diese Unternehmen von der Durchschnittsbetrachtung völlig abweichende Kostenstrukturen aufwiesen. Anderenfalls würde dies dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen.<sup>1601</sup>

Oberndorfer / Binder stellten klar, dass der preisgeregelt Preis immer ein „*Prognosepreis*“ sei, ein für

---

<sup>1596</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 35. So ist auch das von Oberndorfer / Binder angeführte Beispiel: „*Ob und inwieweit Investitionen von Elektrizitätsversorgungsunternehmen volkswirtschaftlich gerechtfertigt sind, ist an der Notwendigkeit der sicheren Versorgung mit Elektrizität zu bemessen*“ eindimensional und reicht nicht aus (vgl die viel weitergehenden Fragestellungen des RAG-Erk).

<sup>1597</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 36.

<sup>1598</sup> Offenbar gehen Oberndorfer / Binder davon aus, nur Konsumenten iS des KSchG als Verbraucher anzusehen.

<sup>1599</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 38. Die Änderung dieses Gesetzes und die Teil-Privatisierung der Verbundgesellschaft haben diese Situation wohl verändert. Man sieht wieder den Einfluss der Wirtschaftspolitik auf die Auslegung unbestimmter wirtschaftsrechtlicher Gesetzesbegriffe.

<sup>1600</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 38.

<sup>1601</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 39.

die Zukunft festzulegender Preis. Das hätte ua zur Folge, daß bei wesentlichem Abweichen der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklungen von der Prognose der geregelte Preis neu festgesetzt werden müsse.<sup>1602</sup>

N. Wimmer<sup>1603</sup> stellte die Aufgaben eines gemeinwirtschaftlichen Unternehmens im Rahmen eines kommunalen Wirtschaftskonzerns in den Mittelpunkt seiner Untersuchung und erörterte va das Problem des sog „*Querverbundes*“ in einer kommunalen Unternehmensgruppe. Es ginge wirtschaftlich um das Problem, wie bei der Findung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise individuelle, betriebswirtschaftlich getroffene Entscheidungen zu berücksichtigen seien. N. Wimmer meinte, der kommunale Querverbund sei eine typische Form gemeinwirtschaftlicher Preispolitik und ging von der durchaus in Frage zu stellenden Feststellung aus, ein solcher Querverbund werde „*allgemein als notwendig und sinnvoll erachtet*“.<sup>1604</sup>

Auch N. Wimmer meinte, bei einer amtlichen Preisfestsetzung sei zuerst ein betriebswirtschaftlich kalkulierter Preis festzustellen, der nach volkswirtschaftlichen Gesamtinteressen modifiziert werden könne.<sup>1605</sup> Die rechtlich gebotenen Techniken zur Preisfindung wollte N. Wimmer aus den organisatorischen Grundlagen des kommunalen Eigenbetriebs gewinnen.<sup>1606</sup> Er kam zum Zwischenergebnis, „*daß das Eigenbetriebsrecht die Stadtwerke als ein auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhendes, selbständiges Unternehmen verfaßt, das nach einheitlichen kaufmännischen Grundsätzen nach dem Kostendeckungsprinzip zu führen ist. Eine Zuschußpflicht der Gemeinde ist nur subsidiär, dh nach Ausschöpfung der betrieblichen Reserven und nur nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zulässig und geboten.*“

Die betriebliche Preisfindung sei von der betriebswirtschaftlichen Kalkulation des Eigenbetriebes und von dessen organisatorischen Beschränkungen bestimmt. Nach oben sei der Preis durch das gemeinwirtschaftliche Prinzip begrenzt, das etwa eine Gewinnerzielung auf Kosten sozialer Akzeptanz und Er-schwinglichkeit verbiete. Nach unten sollten durch den Preis alle Kosten für die erbrachten Leistungen und Aufwände gedeckt werden. Dieses Kostendeckungsprinzip zwingt innerbetrieblich zu einem rationalen Einsatz der Produktionsfaktoren und stärke nach außen die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung. Sie sei ein wesentlicher Garant für die Verwirklichung kaufmännischer Grundsätze. Aber sowohl der Auftrag des Gemeinunternehmens, als auch volkswirtschaftlich marktmäßiges Handeln, zwingt zu einer „*elastischen, vielgestaltigen Preispolitik*“.<sup>1607</sup>

Unter diesen Voraussetzungen sei es legitim und zweckmäßig, den Querverbund (zB Gewinne bei Elektrizitätswerken zu erzielen, um Verkehrsbetriebe zu subventionieren) zur Sicherung der Gemeinwirtschaftlichkeit aller betrieblichen Leistungen zu nützen. Als Zwischenergebnis stellte N. Wimmer fest, dass die Frage des Querverbundes bei freier Preisbildung zB des Strompreises „*lediglich*“ eine Frage der Kalkulation und nicht der rechtlichen Zulässigkeit wäre. Obergrenze des Strompreises wäre dann nur der „*angemessene Preis*“ des Monopolunternehmens.<sup>1608</sup>

Die Interessen der Gemeinwirtschaft seien nach N. Wimmer mit den Normen des Preisrechts zusam-

---

<sup>1602</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 40.

<sup>1603</sup> Strompreis und Querverbund, Der öffentliche Haushalt, 1988, 8.

<sup>1604</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 9.

<sup>1605</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 9.

<sup>1606</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 10.

<sup>1607</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 14.

<sup>1608</sup> Unter Hinweis auf Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 24.

menzuführen. Da nach wohl einhelliger Meinung bei der Findung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise von typischen betriebswirtschaftlichen Kostenberechnungen auszugehen sei, meinte N. Wimmer, daß zu den volkswirtschaftlich bedeutsamsten Kostenfaktoren „*der rechtliche Status des Unternehmens*“ zu rechnen sei. Daher sei bei der Preisfeststellung zwischen öffentlichen Unternehmen und Privatunternehmen zu unterscheiden.<sup>1609</sup> Aus dieser Unterscheidung schloß N. Wimmer, daß der „Querverbund“ im Bereich der Gemeinwirtschaft bei amtlicher Preisfestsetzung zu berücksichtigen sei. Da der Begriff des volkswirtschaftlichen Interesses im PreisG sehr gering determiniert sei, sei das „*volkswirtschaftliche Interesse an einer Aufrechterhaltung des Querverbundes zu berücksichtigen*“.<sup>1610</sup>

Nachdem N. Wimmer somit den „*Querverbund*“ als bei behördlicher Preisfestsetzung in gewissen Fällen zu berücksichtigendes Element der Preisfindung feststellte, ging er daran, Grenzen für den „*Querverbund*“ zu finden. Seine Argumentation lief jedoch nur darauf hinaus, daß der Querverbund nicht die Verschleierung des finanziellen Unternehmensstatus bewirken dürfe.<sup>1611</sup> Auch die endlich in die Betrachtung einbezogenen Interessen der Verbraucher konnten nicht zu einer wesentlichen Korrektur dieser Sicht beitragen. N. Wimmer meinte nur, es wäre zB rechtswidrig, den Strompreis überdurchschnittlich zu erhöhen, um damit die Entgelte für Nahverkehrsmitteln auf ein erträgliches Maß zu senken. Unter dieser Grenze sei die Preisbehörde relativ frei. Es sei jedenfalls nicht notwendig, daß die Benutzerkreise der auf diese Art im „*Querverbund*“ zusammengeschlossenen Unternehmen völlig gleich seien.

Als Ergebnis aller Versuche, einen volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis festzustellen, findet N. Wimmer die wohl als Leerformeln zu bezeichnenden Regeln:

*„Die Berücksichtigung des Querverbundes bei der Strompreisgestaltung ist rechtlich determiniert durch ein „magisches Dreieck“, dessen Eckpunkte wie folgt bestimmt sind:*

- *Leistungsfähigkeit der Gemeinde und die damit verbundene Subventionskraft;*
- *Betriebliche Selbstständigkeit, insbes. Erhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit;*
- *Gemeinwirtschaftlicher Strompreis.*

*Den jeweiligen Ausgleich zwischen diesen Rahmendaten herbeizuführen, ist Aufgabe der politischen Repräsentanten und Interessenvertreter auf dem im PreisG vorgezeichneten Weg.“*

Petrik<sup>1612</sup> nahm auf die soeben behandelten Arbeiten von Oberndorfer / Binder und N. Wimmer Bezug und schlug eine eigene Lösung vor:

Er zog eine interessante und wesentliche Querverbindung zwischen Preisrecht und 2. VerstaatlichungsG 1947 und versuchte damit, ganz in der in dieser Arbeit vertretenen Methode, unter Zuhilfenahme von Zielvorstellungen, die aus anderen als preisrechtlichen, wirtschaftsrechtlichen Normen entnommen wurden, die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Preisen zu bestimmen.

Das 2. VerstaatlichungsG sei, führte Petrik aus, von einem Initiativantrag ausgegangen.<sup>1613</sup> Ziel dieses

<sup>1609</sup> Argument Zwentendorf – E VfGH 20.3.1986, G 224/85 – keine Entschädigungspflicht, da öffentliches Unternehmen, N. Wimmer, Strompreis und Querverbund, Der öffentliche Haushalt, 1988, 8 (16).

<sup>1610</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 17.

<sup>1611</sup> Oberndorfer / Binder, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979), 19.

<sup>1612</sup> Strompreisgestaltung, Der öffentliche Haushalt (1988), 189.

<sup>1613</sup> 74A BllgNR 5. GP.

Gesetzes sei nach Willen der Antragssteller gewesen, die Versorgungssicherheit mit elektrischer Energie unter Ausschluss von „*hohen Profitraten*“, herzustellen, um damit für die gesamte Volkswirtschaft erträgliche, „*richtige*“ oder volkswirtschaftlich „*gerechtfertigte*“ Preise zu bewirken. Auf Gewinnmaximierung sollte verzichtet werden.<sup>1614</sup> Aus der Änderung des 2. VerstaatlichungsG in der Novelle 1987<sup>1615</sup> die zur Teilprivatisierung der Unternehmen führte, zog Petrik wesentliche Argumente. Mit dieser Novelle sei ein wesentliches Motiv für die Erlassung des 2. VerstaatlichungsG 1947, nämlich die Ausschaltung einer Führung solcher Unternehmungen „*rein zu Erwerbszwecken*“ und zur Erzielung „*hoher Profitraten*“, dh zur Gewinnmaximierung, zum Großteil weggefallen. Schließlich solle die Mittelaufbringung nunmehr auf dem Weg über den Kapitalmarkt erfolgen. Das Interesse der Anleger werde aber entscheidend von der zu erwartenden Rendite und damit von der Gewinnentwicklung abhängen. Damit müsste das Gewinnstreben ebenfalls zu einem zentralen Punkt der Wirtschaftsführung der EVUs werden.

Unter dieser Prämisse begann Petrik die Untersuchung des Begriffes volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis. Auch er ging davon aus, daß bei der Ermittlung dieses Preises von den Kosten eines nach typischen Verhältnissen rationell geführten Betriebes der jeweiligen Sparte auszugehen sei. Petrik scheint N. Wimmers Ausführungen zur notwendigen Berücksichtigung des Querverbundes nicht zu teilen. Vor allem wohl, weil diese Meinung den Aussagen der E VwGH 16.6.1981<sup>1616</sup> widerspräche und weil es allein von dem Beschluss einer Gemeinde abhängen würde, beliebige Betriebe in den Verbund der Stadtwerke einzubeziehen und dann verschiedenartigste „*Querverbindungen*“ vorzunehmen. Wesentliche Einflüsse auf die Preisfestsetzung erwartete Petrik zuletzt wohl zu Recht aus dem Bereich der Wettbewerbspolitik, va für den Fall eines Beitrittes Österreichs zu den EG.

## 12.4 Verbindungen zwischen wettbewerbsrechtlicher Teleologie und dem Preisrecht

In den letzten Abschnitten wurde dargestellt, dass das österreichische Preisrecht aus zwei relativ getrennten Normgruppen, dem Preistreiberecht und dem Preisregelungsrecht besteht.

Die Vorschriften über Preistreiberei sollen die Ausnützung von Marktdefiziten im Einzelfall verhindern. Wesentliches Kriterium zur Feststellung von Preistreiberei ist dabei das Ersichtlich-Machen, Fordern, Annehmen oder sich Versprechen-Lassen eines offenbar übermäßigen Entgeltes. Übermäßig ist ein Entgelt dann, wenn es amtlich festgesetzte Preise überschreitet, oder wenn solche nicht bestehen, wenn es die jeweils ortsüblichen Preise erheblich überschreitet. Auch wenn aus diesen Formulierungen die Verbindung zu volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preisen nicht hervorgeht, bestand dieser Zusammenhang bei der historischen Entwicklung des Tatbestandes doch.

Das Preisregelungsrecht hat in der österreichischen Wettbewerbswirtschaft die wesentliche Aufgabe, die Wirtschaftspolitik zu unterstützen, um Marktverzerrungen zu beseitigen. Die behördliche Preisfestsetzung hat daher in mehr oder minder großen Bereichen jene Entscheidungen zu treffen, die sonst vom Unternehmer in dauernder Kontrolle durch den Markt getroffen werden. Wie bei den Wettbewerbsnormen ist auch bei der Ermittlung volkswirtschaftlicher Richtigkeit im Preisregelungsrecht eine Abwägung der Interessen der Volkswirtschaft, der Konsumenten und der betriebswirtschaftlichen Interessen der

<sup>1614</sup> Petrik, Strompreisgestaltung, Der öffentliche Haushalt (1988), 191.

<sup>1615</sup> BGBl 1987/321.

<sup>1616</sup> VwSlg 1981/10491 A = ÖZW 1981, 122.

betroffenen Unternehmen vorzunehmen.

Die RSp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts hat sich mit beiden Normgruppen relativ oft auseinandergesetzt. Die Rsp zur Preistreiberei fällt durch relativ wirtschaftsfremde, schematisierende Auslegung auf. Sie ist für das gestellte Thema wenig ergiebig.

Die RSp zu den volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preisen berücksichtigt die verschiedensten Erwägungen zur Ermittlung eines solchen Preises. Keine dieser Erwägungen versuchen aber aus Norminhalten des Wettbewerbsrechtes direkte Schlüsse auf die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Preisen zu ziehen. Die Zusammenschau zwischen diesen Rechtsgebieten erfolgt lediglich in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Preisregelungsnormen. Praktische Vorschläge das Verhältnis zueinander zu bestimmen, fehlen aber auch hier.

Nach mM müssen bei der Ermittlung von volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preisen auch gewisse Grundsätze, die das Wettbewerbsrecht zur Preisbildung entwickelt hat, berücksichtigt werden. Dabei ist zuerst festzustellen, ob die jeweils konkret vorzunehmende Preisregelung faktische Marktdefizite ausgleichen soll - ein solcher Fall liegt zB bei sog natürlichen Monopolen vor - oder ob andere sozial- oder wirtschaftspolitische Ziele durch die behördliche Preisregelung erreicht werden sollen. Ist zB bei der Preisfestsetzung von landwirtschaftlich erzeugten Produkten im Rahmen von Marktordnungsvorschriften auf die Ziele des § 1 LWG Rücksicht zu nehmen, bleibt wenig Raum für die Beachtung von Grundsätzen wettbewerbsrechtlicher Preisbildung. Dennoch wird auch eine solche Preisfestsetzung meist von einem simulierten Marktpreis ausgehen müssen, der gerade bei landwirtschaftlichen Produkten als Weltmarktpreis meist bestehen wird. Je weniger aber bei der konkreten Preisregelung auf derartige, gesetzlich determinierte, zusätzliche Bestimmungsgründe geachtet werden muss, desto stärker sind die Grundsätze der wettbewerbsrechtlichen Preisbildung zu berücksichtigen.

Dieses Wechselspiel von Wettbewerbsrecht und Preisrecht gilt nach mM umso mehr bei Vollziehung der Vorschriften über Preistreiberei. Dem Preistreibereitatzbestand liegt ein modellhaftes Wettbewerbspreisverständnis zugrunde. Ua ist derjenige zu bestrafen, der einen ortsüblichen Preis erheblich überschreitet. § 14 PreisG setzt dabei voraus, daß sich dieser ortsübliche Preis auf dem örtlichen Markt gebildet hat. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Preistreiberei und Wettbewerbsrecht erfordert somit geradezu bei der Vollziehung des § 14 PreisG die Beachtung von Grundsätzen des Wettbewerbsrechtes. Diese tatsächliche Verbindung zwischen Preistreiberei und Wettbewerb wurde vom Gesetzgeber in der letzten PreisG-Novelle 1988 im neuen § 14b PreisG auch positivrechtlich hergestellt.

Die Preisauszeichnungsvorschriften des PreisG, besonders der in der PreisG-Novelle 1988 eingeführte § 11c Abs 2 PreisG stellen einen weiteren Bezug zwischen dem Preisrecht und dem Wettbewerbsrecht her. § 11c Abs 2 PreisG dient ähnlich wie § 2 UWG und die Vorschriften über Kennzeichnung (§ 32 ff UWG) dem Irreführungsschutz.

### **13 Anwendung der Ergebnisse der Arbeit in ausgewählten Beispielen**

Die bisherige Untersuchung versuchte gleichsam horizontal, dh durch Betrachtung einer möglichst breiten Palette von einschlägigen Normen, als auch quasi vertikal, dh durch historischen Vergleich, die Teleologie von unbestimmten Gesetzesbegriffen, die die Ermittlung volkswirtschaftlicher Richtigkeit zur

gesetzmäßigen Vollziehung erforderlich machen, geordnet darzustellen und kritisch zu beurteilen. Anhand einiger Beispiele soll nun gezeigt werden, wie die erarbeiteten Grundlagen über die Zwecke und Wertvorstellungen der wiedergegebenen Wettbewerbsnormen praktisch verwendet werden können.

### **13.1 Der wettbewerbsrechtlich beeinflusste Rahmen der Preisfestsetzung durch den Anbieter einer Waren oder Dienstleistung**

Die Preisfestsetzung durch den Anbieter einer Ware oder Dienstleistung ist ein zentraler Teil des Wirtschaftens und wirkt sich wesentlich auf die Interessen der Konkurrenten, der Konsumenten und der gesamten Volkswirtschaft aus. Es überrascht daher nicht, daß viele wettbewerbsrechtliche Normen ausdrücklich oder durch Auslegung ableitbar den Rahmen der zulässigen Preisbildung bestimmen wollen.

Im UWG wird das Problem der Grenzen der Preisfestsetzung in der RSp meist im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit von sog Preisschleuderei abgehandelt. Das Ergebnis dieser RSp, das bis auf die Zeit kurz nach Erlassung des UWG 1923 zurückgeht, ist, kurz zusammengefasst, daß sog Preisschleudern nur dann sittenwidrig sein kann, wenn andere Gründe für die Sittenwidrigkeit des Verhaltens nach § 1 UWG hinzukommen. Auch das Unterbieten des eigenen Einstandspreises wird von dieser RSp nicht als sittenwidrig gewertet. Noch in der E OGH 19.2.1980<sup>1617</sup> wurde festgestellt, daß der Anbieter bei Fehlen einer gesetzlichen oder vertraglichen Preisbindung bei seiner Preisentscheidung grundsätzlich frei sei. Diese Ergebnisse der bereits damals bestehenden RSp konnte auch das nur kurz in Geltung stehende Preisschleuderei-SchiedsstellenG 1934 nicht verändern.

In zufälligem, engen zeitlichen Zusammenhang zur E OGH 19.2.1980<sup>1618</sup> beschloss der österreichische Nationalrat ein Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis für bestimmte Waren.<sup>1619</sup> Damit war jene Voraussetzung erfüllt, die die E OGH 19.2.1980 für einen Sittenverstoß forderte, nämlich eine wettbewerbsrechtliche Norm erlassen, die Vorschriften über die Preisfestsetzung enthält und gegen die ein Wettbewerber verstoßen kann. Zweck dieser Novelle und auch der NVG-Novelle 1988 war vor allem, Maßnahmen zum Schutz kleinerer und mittlerer Betriebe des Einzelhandels gegen die Übermacht der Supermarktketten zu erlassen. Zweck des Gesetzes war auch, dem Konsumenten eine möglichst gut funktionierende Nahversorgung zu erhalten.

Entsprechend dieser rechtspolitischen Entwicklung, die auf geänderte wirtschaftspolitische Meinungen zum kleinen und mittleren Einzelhandel zurückging, entschied der OGH danach in mehreren Fällen, die alle Verhaltensweisen von Supermarktketten zum Gegenstand hatten, daß die Verletzung des Verbotes des Verkaufs unter dem Einstandspreis durch das NVG einen Verstoß gegen § 1 UWG darstelle.

Die Beurteilung einer Preiskalkulation und damit zusammenhängend die Fragen des Verkaufs unter dem Einstandspreis war auch das eigentliche zentrale Problem der E VfGH 5.12.1973<sup>1620</sup> und der E VwGH 16.6.1981<sup>1621</sup>. Wie bereits ausführlich dargestellt, meinte der VfGH in E 5.12.1973, die behördliche Festsetzung von Unter-Einstandspreisen könne volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, der VwGH entschied gegenteilig.

---

<sup>1617</sup> ÖBl 1988, 67 – Fotoartikel-Preisschleuderei.

<sup>1618</sup> ÖBl 1988, 67 – Fotoartikel-Preisschleuderei.

<sup>1619</sup> NVG-Novelle 1980, BGBl 1980/121.

<sup>1620</sup> VfSlg 1973/7220.

<sup>1621</sup> VwSlg 1981/10491 A = ÖZW 1981, 122.

War das Ergebnis der RSp des VfGH bis zur Novelle des NVG sicherlich vertretbar, müsste man bei Beurteilung eines ähnlichen Falles heute die geänderte wettbewerbsrechtliche Situation berücksichtigen. Mir erscheint aber nach wie vor zweifelhaft, ob die Existenz des Verbotes von Untereinstandspreisverkäufen in § 3a NVG ausreichen würde, um bei allen Waren eine Preisregelung verhindern zu können, die einzelne Anbieter zu Verkäufen unter dem Einstandspreis zwingen würde. Festzuhalten ist ebenfalls, daß ein solcher möglicher Verkauf unter dem Einstandspreis nicht gegen § 3a NVG verstoßen würde, weil in diesem Fall die Ausnahme des § 3a Abs 2 P 4 NVG eingreifen würde, die Preisstellung wäre nämlich in Verfolgung einer Rechtsvorschrift erfolgt. Aus dieser Ausnahme des NVG kann aber keine völlige Immunität der Bestimmungen über die Ermittlung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise gegen die Anliegen des § 3a NVG geschlossen werden. In gewissem Rahmen, und so möchte ich vorschlagen, unter Nutzung eines beweglichen Systems, ist nunmehr das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis auch im Preisregelungsrecht zu berücksichtigen.

Sollen Waren preisgeregelt werden, bei deren Vertrieb in ähnlicher Weise wie es das NVG voraussetzt, kleine und mittlere Unternehmen, Großunternehmen (zB auch Tochterunternehmen multinationaler Betriebe) gegenüberstehen, ist die Wertung des Verbots des Verkaufs unter dem Einstandspreis nach § 3a NVG in die Erwägung der Festsetzung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises mit einzubeziehen. Bestehen andere Marktverhältnisse, wäre dem Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis weniger Gewicht beizumessen, obwohl der Gesetzestext des § 3a NVG diese Fälle nicht unterscheidet.

Bei der Übertragung der Zwecke wettbewerbsrechtlicher Normen auf vergleichbare Bereiche ist nämlich nicht am Gesetzestext halt zu machen, sondern wesentlich ist die Übertragung der aus den Vorschriften zu erkennenden Wertungen. Es ist daher durchaus möglich, daß die Wertung des § 3a NVG als Auslegungsmaßstab anderer wettbewerbsrechtlicher Normen herangezogen wird und auf vergleichbare Fälle angewandt werden, die nicht die Preisfestsetzung im Handel, sondern die Preisfestsetzung in der Erzeugung betreffen. Die Wertungen des § 3a NVG können somit nach meiner Meinung auch auf die Beurteilung solcher Fälle von Preisschleuderei übertragen werden, die im Wettbewerb von Unternehmen, die Waren erzeugen, entstehen.

Mir scheint die Wertung des § 3a NVG daher zB auch für solche Fälle passend, bei denen kleine oder mittlere Erzeugungsbetriebe großen Industriebetrieben gegenüberstehen, die zB aus Gründen der sog Erhaltung von Arbeitsplätzen, oder aus anderen Gründen, unter ihren Fertigungskosten verkaufen. Auch hier könnte bei Erfüllung der anderen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 UWG, sittenwidriges Verhalten festgestellt werden, die zwar nicht auf die Verletzung eines anderen Wettbewerbsgesetzes, aber auf die aus dem anderen Wettbewerbsgesetz entnommenen Wertungen zurückgeführt werden könnte. Eine solche RSp könnte mit guten Gründen auch bei Beurteilung von Fällen sittenwidrigen Vernichtungswettbewerbs angewandt werden.

## **13.2 Die Diskriminierung nach NVG und UWG**

Ein weiteres Beispiel für die Verwendung von Wertungen anderer wettbewerbsrechtlicher Normen im Rahmen eines beweglichen Systems kann ebenfalls aus dem Verhältnis von NVG zum UWG entnommen werden.

§ 2 Abs 1 NVG enthält das Verbot, gewerberechtlich befugte Wiederverkäufer bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen durch Gewährung unterschiedlicher Bedingungen zu diskriminieren. Dasselbe gilt

gem § 2 Abs 2 NVG für die Wiederverkäufer, die von Lieferanten nicht gerechtfertigte Bedingung fordern oder annehmen. In beiden Fällen kann gem § 2 Abs 1 NVG ein Antrag auf Unterlassung von den, in § 7 Abs 2 1. Satz NVG genannten Körperschaften öffentlichen Rechts, gestellt werden.

Es soll hier nicht auf die Schwierigkeiten eingegangen werden, die die Auslegung des § 2 NVG selbst mit sich bringt, sie wurden oben bereits beschrieben.<sup>1622</sup> Es besteht jedenfalls die einhellige Meinung, daß § 2 NVG zumindest in jenen Fällen angewendet werden kann, die einen Missbrauch marktbeherrschender Stellung darstellen. § 35 P 3 KartG 1988 enthält nämlich eine im Vergleich zu § 2 NVG beinahe idente Regel für die Fälle, die die nach § 34 KartG 1988 definierten Unternehmen betreffen.

Zieht man diese sowohl in § 2 NVG als auch in § 35 P 3 KartG klar zutage tretenden Wertungen in Betracht und vergleicht sie zB mit der RSp zu Boykott und Liefersperre nach § 1 UWG, lassen sich un schwer in manchen Fällen Widersprüche erkennen, die leicht beseitigt werden könnten.

Es wurde schon bei der Behandlung des Diskriminierungsverbotes nach § 2 NVG ausgeführt, daß die Verbindung zwischen UWG und NVG nicht immer gleichsam automatisch nach der Regel: Verstoß gegen NVG = Verstoß gegen § 1 UWG erfolgen kann.<sup>1623</sup> Die RSp zu § 1 UWG, die aussagt, Boykott und Liefersperre, also zwei extreme Beispiele der Diskriminierung, seien nach österreichischem Recht grundsätzlich zulässig und erst dann gem § 1 UWG sittenwidrig, wenn sie zum Zweck der wirtschaftlichen Vernichtung des Konkurrenten betrieben werden, ist nach Erlassung von § 2 NVG und § 35 KartG 1988 in dieser lapidaren Form nach meiner Meinung nicht mehr haltbar.

Jedenfalls bei diskriminierenden Handlungen von marktbeherrschenden Unternehmen sind die Maßstäbe des § 2 NVG und des § 35 KartG zur Beurteilung der Frage, ob eine Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG vorliegt, ebenfalls heranzuziehen.

Diese Zusammenschau wettbewerbsrechtlicher Normen darf daher in bestimmten Fällen nicht nur nach der hRSp - Verstoß gegen § 1 UWG nur bei Verletzung einer anderen Norm als des UWG, erfolgen. Es darf nicht darauf ankommen, daß die Wettbewerbshandlung von einem marktbeherrschenden Unternehmen nach § 34 KartG 1988 zu beurteilen ist, sondern es muss is eines beweglichen Systems genügen, daß ein dem § 34 KartG vergleichbarer wirtschaftlicher Zustand besteht und eine schwerwiegende Art der Diskriminierung, die auch noch nicht auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Konkurrenten ausgerichtet sein muss, vorliegt. Die Kriterien der § 2 NVG und § 35 KartG müssten daher nach meiner Meinung auch bei allen anderen Formen des Behinderungswettbewerbs angewandt werden.

### **13.3 Rechtsprechung zur Preistreiberei und Wettbewerbsrecht**

Zuletzt sei ein Beispiel gewählt, das das Gesamtkonzept des Wettbewerbsrechts mit der RSp zum Tatbestand der Preistreiberei in Beziehung setzt. Dieses Beispiel ist nicht neu und es wurde in der Literatur auch bereits Kritik an der einschlägigen RSp des VwGH zur Preistreiberei geübt.<sup>1624</sup> Hier wurde es

<sup>1622</sup> In der E OGH 18.5.1982 ÖBl 1983, 76 – Belieferung zum Großhandelspreis, wurde die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens wegen Verletzung des § 2 UWG erwogen, der OGH stellte aber in concreto fest, dass keine Diskriminierung vorlag.

<sup>1623</sup> Ch. Liebscher, Der Unterlassungsanspruch bei Rechtsbruch.

<sup>1624</sup> Mitic, Preisregelung und Preistreiberei, WipolBl 1958, 53; Mitic, Wo beginnt die „Preistreiberei“, WipolBl 1960, 178.

deswegen gewählt, weil der Tatbestand der Preistreiberei gleichsam einlädt, geänderten wirtschaftspolitischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen und weil durch Darstellung der historischen Entwicklung dieses Tatbestandes klar gemacht werden konnte, daß der Tatbestand der Preistreiberei auch ursprünglich nur unter ganz bestimmten wirtschaftlichen Voraussetzungen angewendet werden sollte. Diese historischen Untersuchungen haben auch gezeigt, daß die Verbindung zwischen Wettbewerbsrecht und Verbot der Preistreiberei ursprünglich bewusst war. Die letzte Novelle des PreisG<sup>1625</sup> hat nun gerade beim Tatbestand der Preistreiberei diese Verbindung wieder aufgegriffen und legte in § 14b PreisG fest, daß das Überschreiten eines Höchst- oder Festpreises (-entgeltes) das nach PreisG oder einer anderen Rechtsvorschrift des Bundes strafbar ist, auch einen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG darstellen kann.<sup>1626</sup>

Dieser neue § 14b PreisG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar Grundlage für eine RSp bilden können, die den Tatbestand der Preistreiberei als Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb neu bewertet. In einer Zeit, in der die Gesetzgebung immer mehr darauf vertraut, daß mit Hilfe des Wettbewerbsrechts auch die Interessen der Konsumenten neben jenen der Wettbewerber und der gesamten Volkswirtschaft gewahrt werden können, ist die Annahme wohl zulässig und politisch sinnvoll, dass auch die RSp auf die Einführung eines neuen § 14b PreisG reagieren und die Wertungen der neuen Bestimmungen auch in Überlegungen zur Auslegung des § 1 UWG einbeziehen würde.

Hier soll nicht erörtert werden, daß es sinnvoll, ja notwendig wäre, die Auslegung des Begriffes Sachgüter oder Leistungen, die unmittelbar oder mittelbar der Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse dienen, auf ein, die ökonomische Realität berücksichtigendes Maß zurückzuführen wären. Es würde ausreichen, den Tatbestandteil der erheblichen Überschreitung des ortsüblichen Preises neu, und unter Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Ziele zu bestimmen.

Um eine solche Änderung der RSp zur Preistreiberei zu versuchen, könnte man sich auch auf die historischen Ursprünge dieses Tatbestandteiles zurückbesinnen. Ausführlich wurde dargestellt, daß diese Formulierung dem § 7 Abs 3 BdStG entstammt und in das PrTrG 1950 übernommen wurde. Nach den Erl zur RV des PrTrG 1950 sollte das Verbot der Preistreiberei vor allem bewirken, Marktungleichgewichte auszugleichen – dabei ist auch zu beachten, daß das PrTrG 1950 vor dem ersten österreichischen KartG erlassen wurde. Andererseits war dieses Gesetz immer noch von der Idee des gerechten Preises beherrscht, der mit verwaltungsrechtlichen Mitteln durchgesetzt hätte werden sollen. Die Erl zur RV gingen davon aus, daß Produzenten oder Händler ihre Geschäfte nach den „*Überlieferungen des redlichen Kaufmannes*“ betreiben und dabei nach Treu und Glauben im Verkehr und „*aus Gründen der natürlichen Billigkeit*“ auch auf die Interessen der Konsumenten Rücksicht nehmen müssten.<sup>1627</sup> Solche Kaufleute würden „*Wucherpreise*“ verabscheuen und, wie es Serini ausdrückte, Preise vermeiden, die nur „*auf Gewinnsucht*“ zurückzuführen wären.<sup>1628</sup>

Aus einer solchen Rückbesinnung könnte im Wesentlichen zweierlei gewonnen werden. Einmal sind die wettbewerbsrechtlichen Gründe, die zum PrTrG 1950 geführt haben, nämlich unbillige Ausnützung von Marktungleichgewichten, nun durch verschiedene andere wettbewerbsrechtliche Maßnahmen (zB

---

<sup>1625</sup> PreisG-Nov 1988, BGBl 1988/§§/.

<sup>1626</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (109).

<sup>1627</sup> Erl zur RV 1950, 104 BlgNR 6. GP, 3.

<sup>1628</sup> Serini, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 198.

KartG, NVG) geregelt. Zum Zweiten können die Beweggründe für den Preistreibeitbestand, die 1950 jede Ausnützung von Marktvorteilen (zB auch wenn sie darin bestehen, daß Geschmackvolleres oder zwar inhaltlich Gleiches aber in ansprechenderer Umgebung oder mit besserem Service angeboten wird) als „Gewinnsucht“<sup>1629</sup> und „Wucherpreis“<sup>1630</sup> bezeichneten, nicht mehr mit den in anderen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen zugrunde gelegten Zielen des Gesetzgebers in Einklang gebracht werden. Sofern nicht die Schranken des Wettbewerbsrechts und/oder die privatrechtlichen Grenzen des Wucherverbotes, des Konsumentenschutzes und aller anderen privatrechtlichen Normen, die adäquate Austauschverhältnisse auf dem Markt garantieren sollen, verletzt werden, sind keine Beschränkungen in der Preisfestsetzung mehr vom Gesetzgeber beabsichtigt.

Man könnte nun den Standpunkt vertreten, der Preistreibeitbestand sei nun gerade eine solche weitere Norm, die die Preisfestsetzungsbefugnis beschränken soll. Dieses Argument würde allenfalls dann tragen, wenn aus dem Gesetzestext die Formel direkt hervorginge, die von der RSp des VfGH stereotyp angewandt wird, daß nämlich jede ca 5 % ige Preisüberschreitung des ortsüblichen Preises eine erhebliche Preisüberschreitung sei und damit Preistreibeit vorläge. Da aber der Gesetzestext durchaus eine Interpretation erfordert, die beweglich auf die jeweils herrschenden wirtschaftlichen Bedingungen eingeht, die sich aus der Rechtsordnung, und besonders aus dem Wettbewerbsrecht ableiten lassen, müssen auch aus den Zwecken anderer Wettbewerbsnormen Konsequenzen für die Auslegung des Preistreibeitbestandes erfolgen.

Würde sich die Vollziehung des § 14 PreisG nicht im ausgeführten Sinn ändern, könnte auch überlegt werden, ob Strafbescheide wegen Preistreibeit nicht iS der jüngeren RSp des VfGH gegen die Erwerbsausübungsfreiheit und/oder gegen das Willkürverbot verstoßen würden, bzw einen Eingriff in das Eigentumsrecht wegen denkunmöglicher Anwendung eines Gesetzes darstellen. Die derzeitige Vollziehung des § 14 PreisG bewirkt nämlich nach mM einen Zustand, wie ihn Korinek<sup>1631</sup> als Verletzung des Grundrechts der Erwerbsausübung beschreibt. Die Unternehmer werden in einem wichtigen Bereich der Unternehmensführung (nämlich bei der Preiserstellung) durch die Vollziehung des § 14 PreisG so beschränkt, daß praktisch kein eigener Entscheidungsspielraum (5 %-Grenze!) mehr bleibt.

### **13.4 Erwerbsausübungsfreiheit, Verkauf unter dem Einstandspreis, Ausverkaufsgesetz**

Im Abschnitt über die wettbewerbsrelevanten Aspekte der Grundrechte wurden die Kriterien der jüngeren RSp zum Grundrecht der Erwerbsfreiheit beschrieben und festgestellt, daß eine Auseinandersetzung des VfGH mit wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, die die Erwerbsausübung beschränken können, noch aussteht. Als mögliche Richtlinie zur Lösung dieser Fragen wurde dort die Meinung vertreten, daß wettbewerbsrechtliche Normen, die mit adäquaten Mitteln die ungehinderte Erwerbsausübung sichern oder erst ermöglichen sollen, nicht gegen das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verstoßen können.

Anhand von zwei Beispielen soll nun versucht werden, einige Gedanken zu dieser sicher noch anstehenden Diskussion beizutragen. Die RSp des VfGH zur Erwerbsfreiheit könnte in diesem Zusammenhang wesentliche Auswirkungen auf die Gestaltung des österreichischen Wettbewerbsrechtes bewirken.

<sup>1629</sup> Serini, Das neue Preistreibeitgesetz, ÖJZ 1950, 198.

<sup>1630</sup> Erl zur RV, 104 BlgNR 6.GP, 3.

<sup>1631</sup> Korinek, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in FS Wenger (1983), 243 (259); ähnlich: Wenger, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I (1989), 100.

Regeln über das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis sind nicht nur in Österreich seit langem umstritten.<sup>1632</sup> In Österreich stand bis zur Erlassung von Verboten zum Verkauf unter dem Einstandspreis durch das NVG in stRSp fest, daß die Preiskalkulation grundsätzlich nur aufgrund betriebswirtschaftlicher Überlegungen des Unternehmers erfolgt. Versuche, die Preisschleuderei als eigenen Tatbestand im Recht gegen unlauteren Wettbewerb einzuführen, schlugen bereits in den 1930er Jahren fehl. Die stRSp blieb dabei, daß Preisschleuderei nur dann unlauter sein könne, wenn andere unlautere Praktiken (zB Vernichtungswettbewerb) mit Mitteln der Preiserstellung durchgeführt werden sollen. In diesem Abschnitt wurden Änderungsmöglichkeiten dieser RSp unter den geänderten gesetzlichen Bedingungen bereits angeregt. Das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis muss aber auch in Zusammenhang mit dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit untersucht werden, weil gerade diese Regel besonders tief in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit eindringt.<sup>1633</sup> Bei einer verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 3a NVG stellen sich vor allem zwei Fragen:

- Ist die grundrechtliche Zulässigkeit des § 3a NVG schon deswegen gegeben, weil das NVG als Wettbewerbsrecht gerade den lautereren Wettbewerb zwischen den einzelnen Unternehmen herstellen will?
- Ist auch bei Wettbewerbsnormen das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten?

Zur Beantwortung dieser Fragen muss besonders auf jene stRSp des VfGH hingewiesen werden, die besagt, daß dem Gesetzgeber in einem gewissen Umfang wirtschafts- und rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten zustehen. Der VfGH tritt dem Gesetzgeber nach dieser RSp nur dann entgegen, wenn die rechts- oder wirtschaftspolitischen Ziele „*keinesfalls im öffentlichen Interesse liegend, anzusehen sind*“.<sup>1634</sup> Andererseits macht diese RSp keine „*Bereichsausnahmen*“ bei Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einer Regelung.<sup>1635</sup>

Dh angewendet auf die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 3a NVG:

§ 3a NVG hat als wettbewerbsrechtliche Norm die primäre Vermutung für sich, der Aufrechterhaltung und Sicherung eines lautereren Leistungswettbewerbs zu dienen. Nur wenn die Ziele, die der Gesetzgeber mit § 3a NVG erreichen will, keinesfalls im öffentlichen Interesse liegen sollten oder das Verhältnis von

---

<sup>1632</sup> Zur Diskussion in der BRD zB: Fickentscher, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> (1962); Möschel, Anforderungen an eine kartellbehördliche Mißbrauchsverfügung bei Verkäufen unter Einstandspreis, BB 1986, 1785; Sack, Der Verkauf unter Selbstkosten im Handel und Handwerk, Zur Notwendigkeit einer Verbesserung des kartellrechtlichen Schutzes, BB 1988, Blg 3 zu H 11; Sack, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, WRP 1983, 63; Scholz, Verkauf unter den Selbstkosten oder zurück zur Verordnung über Wettbewerb von 1934, WRP 1983, 373.

Zur Diskussion in Frankreich zB: Kleemann, Das neue französische Wettbewerbsrecht, WuW 1987, 628; Lob, Das neue französische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, RIW 1988, 92.

Zur Diskussion in der Schweiz zB: Baudenbacher, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in Baudenbacher (Hrsg), Das UWG auf neuer Grundlage (1989), 15; Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in Baudenbacher (Hrsg), Das UWG auf neuer Grundlage (1989), 113 (123); Zäch / Giger, Wichtigste Neuerungen des revidierten schweizerischen UWG, ÖZW 1989, 33 (34).

Zur Diskussion in Österreich: Barfuß, Verkauf unter dem Einstandspreis – Darf der Lieferant die Zeugenaussage unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis verweigern? WBl 1989, 139; Fritz / Roth, Verkauf unter dem Einstandspreis, RdW 1989, 241; Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (112).

<sup>1633</sup> Zu den Zielen des § 3a NVG kritisch zB: Fritz / Roth, Verkauf unter dem Einstandspreis, RdW 1989, 241.

<sup>1634</sup> ZB jüngst: E 21.6.1989, G 198/88 und 234/88.

<sup>1635</sup> Besonders Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS Winkler (1989), 39.

Ziel zum Mittel grob unangemessen wäre, käme eine Verfassungswidrigkeit dieser Norm in Betracht.

Das allgemeine Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis wurde durch die NVG-Novelle 1988<sup>1636</sup> eingeführt, um das Machtgefälle zwischen kleinen und mittleren Unternehmen des Einzelhandels gegenüber Großbetrieben und Kettenunternehmen des Einzelhandels auf dem Gebiet des Preiswettbewerbs möglichst auszugleichen. Dadurch sollte auch im Dienste der Verbraucher der Aufrechterhaltung der Nahversorgung gedient werden. Da diese Ziele sicherlich im Rahmen des öffentlichen Interesses liegen und das Mittel zur Erreichung dieses Zieles auch nicht grob unangemessen ist, widerspricht § 3a NVG nach mM nicht dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit.

Dafür spricht auch, daß der Gesetzgeber durch die Ausnahmen vom Verbot in § 3a Abs 2 NVG eine Reihe von Fällen der Verlustpreiserstellung erlaubte, die auf konkrete betriebswirtschaftliche Bedürfnisse eingehen. Ob das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis inklusive der Ausnahmen in § 3a Abs 2 NVG den wirtschaftspolitisch angestrebten Erfolg tatsächlich auch zeitigen kann, ist eine andere Frage,<sup>1637</sup> die jedoch bei Beurteilung der Verfassungsgemäßheit nicht entscheidend ist.

Zuletzt sei noch ein Problem des § 3a NVG angesprochen, auf das in diesem Abschnitt bereits in anderer Weise eingegangen wurde. § 3a NVG verbietet den Verkauf unter dem Einstandspreis auf der Handelsstufe. Unter ganz vergleichbaren Umständen besteht auf der Erzeugungsstufe jedoch keine Verpflichtung, Leistungen nicht unter dem Gestehungspreis zu erbringen.<sup>1638</sup> Man könnte nun der Meinung sein, dieser Zustand könnte dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen. Aus denselben Gründen, die in Bezug auf das Grundrecht der Erwerbsfreiheit gerade ausgeführt wurden, besteht aber nach mM auch hier keine Verfassungswidrigkeit. Die wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, den Verlustverkauf nur auf der Handelsstufe ausdrücklich zu regeln, kann ausreichend begründet werden. Die unterschiedliche Regelung ist sicherlich auch darin begründet, daß auf der Stufe der Erzeugung die Ermittlung und der Vergleich der Gestehungskosten beinahe unmöglich sind.

Auch das AusvG enthält eine Vielzahl von Ausübungsvorschriften, die wegen ihrer wirtschaftspolitischen Sinnhaftigkeit, praktischen Durchführbarkeit und wegen ihrer positivrechtlichen Fassung umstritten sind.<sup>1639</sup> Im Rahmen dieser Diskussion wurde noch nicht überlegt, ob nicht auch manche Vorschriften des Ausverkaufsrechts gegen das Grundrecht der Erwerbsfreiheit verstoßen. Solche Überlegungen würden auch deswegen nahe liegen, weil das AusvG, ähnlich dem LadenschlußG, zu dem der VfGH in seiner jüngeren RSp zur Erwerbsfreiheit bereits wiederholt Stellung bezogen hat, nicht nur Wettbewerbsrecht enthält, sondern auch dem Gewerberecht eng verwandt ist, ja sogar in manchen Regeln gewerberechtliche Konsequenzen aus den Normen des AusvG erwachsen.

Hier ist nicht der Raum, dieses Problem eingehend zu erörtern. Es soll nur bemerkt werden, daß nach mM für manche Normen des Ausverkaufsrechts kaum ein zwingendes öffentliches Interesse aufgefunden werden kann. Dazu zählen nach mM zB § 4 Abs 4 AusvG, der ein gemeindebezogenes Berufsverbot für 3 Jahre als Folge für einen Ausverkauf wegen Geschäftsauflassung vorsieht. Durch diese Norm wird ein neuerlicher Erwerbsantritt des Veranstalters eines Ausverkaufes in derselben Branche für einen

---

<sup>1636</sup> BGBl 1988/424.

<sup>1637</sup> Kritisch: zB Fritz / Roth, Verkauf unter dem Einstandspreis, RdW 1989, 241.

<sup>1638</sup> Dieses Problem halten Zäch / Giger, Wichtigste Neuerungen des revidierten schweizerischen UWG, ÖZW 1989, 33 (34), auch für das schweizerische Recht als unbefriedigend gelöst.

<sup>1639</sup> Zuletzt: Prunbauer, Vorwegnahme von Saisonschlussverkäufen, RdW 1989, 218.

gewissen Zeitraum verhindert! Diese überaus strenge Folge eines Ausverkaufs wegen Geschäftsauflösung steht wohl in keinem adäquaten Verhältnis zur Möglichkeit, durch immer wieder durchgeführte Ausverkäufe das Publikum zu täuschen und Mitbewerber zu schädigen. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Erwerbsfreiheit durch diese Norm liegt daher nach mM wohl vor.

Auch die Norm des § 3 Abs 3 AusvG, die Bewilligung gewisser Arten von Ausverkäufen an ein mindestens 3 Jahre andauerndes Bestehen des Unternehmens zu binden, dürfte das Grundrecht der Erwerbsfreiheit verfassungswidrig beschränken.

Andere Vorschriften des AusvG, die, abgesehen davon, daß sie praktisch nicht administriert werden können, gegen das Grundrecht der Erwerbsfreiheit als Ausübungsregeln verstoßen dürften, sind zB die Regeln des § 3 Abs 3 AusvG, daß Ausverkäufe in der Zeit vom Beginn der vorletzten Woche vor Ostern bis Pfingsten und vom 15.11. bis Weihnachten nicht bewilligt werden dürfen.

Obwohl das Motiv der Regelung, Umgehungen des AusvG zu verhindern, einleuchtend ist, erscheint mir die gewählte Lösung zu unflexibel, um in vielen Fällen zu einem angemessenen Ergebnis gelangen zu können. Ich kann keinen sachlich adäquaten Grund finden, warum ein Ausverkauf zB den Erben eines Unternehmens gerade nicht vor Weihnachten gestattet werden sollte, wenn iS des § 3 Abs 3 AusvG auf die allgemeine wirtschaftliche Lage und die Lage des bezüglichen Geschäftszweiges Rücksicht genommen wurde? Ebenso scheinen keine sachlich ausreichenden Gründe dafür zu bestehen, daß ein Ausverkauf in einem Wintersportort, der von einem Unternehmer, der durch einen Lawinenabgang 2 Wochen vor Ostern betroffen wird und noch während der Osterzeit stattfinden soll, erst für die Zeit nach Pfingsten genehmigt werden dürfte, wenn sich kein Urlauber mehr in diesem Gebiet aufhält?

Die Darstellung dieser Normen des Ausverkaufsrechts, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit noch überprüft werden sollte, ist nicht vollständig, doch soll das Spektrum der Fragen zeigen, welchen Einfluss die RSp des VfGH in Zukunft auch auf das Wettbewerbsrecht haben könnte.

### **13.5 Anzeigepflicht nach § 20 KartG 1988 – Feststellungsbescheid**

Das letzte hier behandelte Beispiel soll nicht einen Fall von Wechselwirkungen wettbewerbsrechtlicher Vorschriften illustrieren, sondern ist eher ein aktuelles Beispiel dafür, wie bei Befassung mit Wirtschaftsrecht fächerüberschreitend gedacht und untersucht werden muss. Die Konsequenzen des § 20 KartG, der die Anzeige von Vertriebsbindungen nach § 13 Abs 2 KartG 1988 vorschreibt, ist nach dem Ablauf der Übergangsfrist des § 149 KartG 1988, am 30.6.1989, in der wissenschaftlichen Literatur derzeit besonders aktuell.<sup>1640</sup> Ohne auf die inhaltlichen Probleme des § 20 KartG 1988 wieder eingehen zu wollen,<sup>1641</sup> stellt sich die praktische Frage, wie in einzelnen Unternehmen auf möglichst unpräjudizierende Weise die Rechtsfrage geklärt werden könnte, ob eine bestimmte Vertriebsbindung eine solche nach § 13 Abs 2 KartG 1988 ist, die der Anzeigepflicht des § 20 KartG 1988 unterliegt.

Die Anmeldung und Registrierung von Kartellen erfolgt nach dem KartG 1988 in einem Gerichtsverfahren. Wohl aus diesem Grund wurde in der praktischen, literarischen Diskussion bis jetzt noch nicht der

<sup>1640</sup> Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (116); Ch. Nowotny, Meldepflicht von Vertriebsbindungen, RdW 1989, 120; Straberger, Kartellgesetz 1988 – Neuerungen und Zweifelsfragen, WBl 1989, 37 (38):

<sup>1641</sup> Beschreibung des Problems bei Hanreich, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108 (116).

Vorschlag gemacht, in einem konkreten Zweifelsfall über die Anzeigepflicht nach § 20 KartG 1988 einen Feststellungsbescheid wegen drohenden Verstoßes gegen § 142 KartG 1988 zu beantragen. Man könnte sich in einem solchen Fall auf die RSp des VfGH berufen, die bei unklarer Rechtslage und Gefahr einer Bestrafung die Erlassung eines Feststellungsbescheides möglich macht, auch wenn die Zulässigkeit des Feststellungsbescheides nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist.<sup>1642</sup>

Da sowohl eine unklare Rechtslage, als auch Gefahr einer verwaltungsstrafrechtlichen Bestrafung in einem konkreten Fall vorliegen können, wäre der Feststellungsbescheid auch hier ein taugliches Mittel zur Klärung von Rechtsfragen. Die Tatsache, daß im Rahmen eines solchen Verfahrens zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ebenso, wie selbstverständlich auch in einem Verwaltungsstrafverfahren nach § 142 KartG 1988 wesentliche materielle Fragen des Kartellrechts zu entscheiden sein werden, zeigt nebenbei, daß die Zuordnung eines Rechtsgebietes zum öffentlichen Recht oder Privatrecht nur nach Zweckmäßigkeitkriterien erfolgen kann.<sup>1643</sup> Die in der Lehre bevorzugt angewandte, organisatorische Abgrenzungsmethode, jene Rechtsvorschriften, die durch die Gerichte zu vollziehen sind, dem Privatrecht zuzuordnen und jene, die durch Verwaltungsbehörden vollzogen werden, dem Verwaltungsrecht zuzuordnen, führt beim Kartellrecht, wie so oft im Wirtschaftsrecht, zu keinem eindeutigen Ergebnis.

## 14 Zusammenfassung und Gesamtergebnis

Nachdem die mögliche Anwendung der Untersuchungsergebnisse an einigen Beispielen demonstriert wurde, sei eine Zusammenfassung der dargelegten Erkenntnisse versucht.

Einleitend konnte dargestellt werden, daß grundrechtliche Wertungen auch für das Wettbewerbsrecht relevant sind. Dies gilt vor allem für das Grundrecht der Erwerbsfreiheit, bei dessen inhaltlicher Bestimmung in der jüngeren Judikatur des VfGH der freie Erwerbzutritt als Voraussetzung für eine Wettbewerbsordnung besondere Bedeutung erlangt hat. Auch jene E, die Erwerbsausübungsvorschriften im Hinblick auf das Grundrecht der Erwerbsfreiheit zu beurteilen hatten, räumen einer möglichst großen Dispositionsfreiheit der Wirtschaftenden grundrechtliche Bedeutung ein. Die Verbindung dieser Leitlinien der RSp des VfGH mit dem Wettbewerbsrecht steht noch aus, sie läßt neue Aussagen zur österreichischen Wirtschaftsverfassung erwarten.

Aus RSp, Lehre und historischen Vergleichen konnten eine Reihe von Zielen wettbewerbsrechtlicher Vorschriften abgeleitet werden, die den Wertewandel im Wettbewerbsrecht darstellen können. Dieses Ergebnis kann insbesondere auch dazu verwendet werden, um unbestimmte Gesetzesbegriffe, wie die guten Sitten des § 1 UWG oder die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen nach systematischen Maßstäben zu bestimmen.

Zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb wurde bereits um die Jahrhundertwende in Österreich die Meinung vertreten, daß solche Normen nur dann notwendig sind, wenn eine Wettbewerbswirtschaft

---

<sup>1642</sup> ZB VfSlg 1971/6392 und 1977 (1) / 8047 = ÖZW 1978, 25 mit Anmerkung von Funk; Antoniolli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht (1986), 507; Walter / Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>4</sup> (1987), 148.

<sup>1643</sup> ZB Antoniolli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht (1986), 84 ff; Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1990), 10ff.

besteht und die Erreichung und Erhaltung von wirtschaftlichem Wettbewerb ein bestimmendes Element der staatlichen Wirtschaftspolitik ist. Vorrangiges Schutzobjekt der frühen österreichischen Entwürfe zu einem UWG war der Wettbewerber. Als Unterscheidungsmerkmal zur damaligen französischen Rechtslage wurde betont, daß in Österreich auch die Sicherung und Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs selbst Schutzobjekt von UWG-Normen sein sollte. Besonders in der Wissenschaft wurde der Zusammenhang zwischen Wirtschaftsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb dargestellt. Erst mit Einführung einer liberalen GewO wurde privatrechtlicher Lauterkeitsschutz erforderlich, da bis dahin in Zunftregelungen auch Normen zum lautereren Wettbewerb zwischen den Zunftgenossen enthalten waren. Der Schutz der Mitbewerber sollte in Zukunft im Rahmen des Privatrechts erfolgen, Konsumentenschutz hingegen mit Mitteln des öffentlichen Rechts erreicht werden.

In der rechtspolitischen Diskussion wurde auch in Österreich bereits um die Jahrhundertwende die Meinung vertreten, das UWG diene in erster Linie dem Konkurrentenschutz, der Verbraucher solle nur als Reflex dieser Regeln geschützt werden. Als Hinweis auf künftige Entwicklungen wurde betont, daß Konsumentenschutzgesetze anders konzipiert sein müssten als das UWG, man stellte sich als Beispiel ein Gesetz gegen Warenverfälschung vor. Das allgemeine volkswirtschaftliche Interesse an Normen gegen unlauteren Wettbewerb wurde ebenfalls bereits um die Jahrhundertwende ausdrücklich betont. Nur die Wettbewerbswirtschaft fördere den Fortschritt und gewährleiste die sichere Versorgung mit Waren. Bereits damals war man der Ansicht, dass allgemeine volkswirtschaftliche Ziele durch eine Art von Verbandsklage ermöglicht werden sollten.

Diese differenzierte Sicht auf den Regelungsbedarf bei Einführung eines Lauterkeitsrechts ging bei Schaffung des UWG 1923 vorerst verloren. Weder die ordnungspolitischen Aufgaben des UWG wurden in ausreichender Weise festgestellt, noch wurde eine sinnvolle Verbindung zu Konsumentenschutzregeln angestrebt. Diese Sicht war eindeutig politisch bedingt. Noch deutlicher wird dieses Faktum, wenn man die rechtspolitische Entwicklung um die Gewerbeordnung 1934 und das damit verknüpfte Preisschleuderei-SchiedsstellenG betrachtet. Das zeitgenössische Schrifttum bezog eine differenziertere Stellung zu den Zwecken von Normen gegen unlauteren Wettbewerb. Einhellig wurde aber betont, daß nur Reflexwirkungen des UWG auch den Verbraucher schützen könnten.

Die rechtspolitische Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg ging eindeutig in die Richtung einer Verstärkung der unmittelbaren Bedeutung des UWG zur Aufrechterhaltung einer fairen Wettbewerbsordnung und zu einer eingehenderen Berücksichtigung der Interessen der Konsumenten am Bestehen eines lautereren Wettbewerbs. Die UWG-Novellen 1969 und 1971 bezeichneten das Interesse der Konsumenten an lauterem Wettbewerb als gleichrangig mit den Interessen von Mitbewerbern an lauterem Wettbewerb. Es wurde klargelegt, daß der Schutz der Konsumenten durch das UWG nicht mehr nur als Reflex erscheinen darf, sondern selbständiges Regelungsziel ist, das zusammen mit den Interessen der Mitbewerber und der gesamten Volkswirtschaft am lautereren Wettbewerb gesehen werden muss. Die stärkere Berücksichtigung von Konsumenteninteressen zeigte sich zuerst durch Ausdehnung der Verbandsklagelegitimation auf den ÖAKT, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und den ÖGB (UWG-Novelle 1971). Die UWG-Novelle 1980 brachte eine Ausdehnung der Klagslegitimationen für diese Organisationen auf Klagen nach § 1 und § 6a UWG. Die Beschränkung der Klagslegitimation auf Verbände zeigte andererseits, daß es bei diesen Regelungen immer um die Berücksichtigung von Gruppeninteressen der Konsumenten ging und nicht um Ansprüche einzelner Verbraucher.

Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den 1970er und 1980er Jahren sollte jedoch nicht nur den Konsumentenschutz erweitern, sondern ging zB im NVG und in der UWG-Novelle 1988 auch in Richtung Wettbewerberschutz und Wahrnehmung von besonderen wirtschaftspolitischen Interessen.

Anhand von Beispielen aus RSp und Lehre zum UWG konnte demonstriert werden, daß die rechtsdogmatischen Erkenntnisse der rechtspolitischen Entwicklung voranschritten. Gerade in der Zwischenkriegszeit, in der der Charakter des UWG als Mitbewerberschutzrecht einseitig betont wurde, konnten wesentliche Aussagen der Judikatur dargestellt werden, die die Interessen der Konsumenten ausdrücklich bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach § 1 UWG wertend berücksichtigten.

Darauf aufbauend, war es ein besonderes Anliegen der wissenschaftlichen Befassung mit dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb der damaligen Zeit, diese Rechtsvorschriften im Rahmen des gesamten Wettbewerbsrechts zu sehen. Das Analysieren von Querverbindungen zwischen den Normen des Wettbewerbsrechts, aber auch die Diskussion des Verhältnisses von Wettbewerbsrecht zum Konsumentenschutzrecht, wurde immer mehr vertieft. Die Versuche, das Wettbewerbsrecht nur durch die Brille des Konsumentenschutzes zu sehen, konnten nicht überzeugen, da dabei wesentliche Aspekte dieses Rechtsgebietes vernachlässigt worden wären, ohne die ein Verständnis des UWG nicht möglich ist. Schon in der Diskussion um die vorrangige Befriedigung von Konsumenten- oder Mitbewerberinteressen durch ein UWG um die Jahrhundertwende, wurde betont, daß Normen, die vorrangig dem Verbraucherschutz dienen sollten, ganz anders konzipiert sein müßten als das Wettbewerbsrecht. Unmittelbar auf dem UWG beruhende Schadenersatz- oder Unterlassungsansprüche einzelner Verbraucher wurden vom Gesetzgeber und von bedeutenden Teilen der Lehre abgelehnt.

Obwohl im Rahmen der RSp eine umfassende systematische Behandlung des Wettbewerbsrechts nicht erfolgen kann, lassen sich, besonders aus der Judikatur zu § 1 UWG zur Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Interessen, einige Kriterien ableiten, die Bedeutung über das UWG hinaus haben. Diese Elemente sind vor allem:

- Der Verstoß gegen andere Gesetze als das UWG kann zu einem Verstoß gegen § 1 UWG führen. Ein Verstoß gegen Wettbewerbsnormen wird, sofern er subjektiv zurechenbar ist, jedenfalls auch als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen. Aus dieser mit einigen Varianten seit dem Beginn des UWG bestehenden Judikatur ergibt sich oft eine, auch den Gerichten bewusste Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten für andere Wettbewerbsrechtsnormen als das UWG. Diese RSp bildet das verfahrensmäßige Hauptbindeglied zwischen den verschiedenen Wettbewerbsnormen. Die letzte umfangreiche Änderung verschiedener wettbewerbsrechtlicher Normen im Jahre 1988 hat diese Verknüpfung bewusst aufgegriffen und zB in § 14b PreisG eine Verbindung zu § 1 UWG positivrechtlich hergestellt, dagegen in § 12 Abs 2 RabattG beseitigt.
- Boykottmaßnahmen und Liefersperren werden in der RSp zum UWG zwar manchmal unter Berücksichtigung der Marktstellung des Boykottierenden gesehen, eine Anwendung der Maßstäbe der Vorschriften über Missbrauch marktbeherrschender Stellung erfolgt jedoch nicht. Derzeit werden nur die extremsten Maßnahmen, die den wirtschaftlichen Ruin des Boykottierten befürchten lassen, von der Judikatur als sittenwidrig iS des § 1 UWG angesehen. In einer E des OGH aus dem Jahr 1982 wurde sogar ausdrücklich entschieden, ein Verstoß gegen § 46 Abs 1 KartG 1972 sei nicht per se sittenwidrig gem § 1 UWG, weil Missbrauch marktbeherrschender Stellung nicht ex lege verboten sei, sondern nur auf Antrag einer Partei verboten werden könne.

Diese formale Sicht des Verhältnisses zwischen KartG und UWG ist nach mM verfehlt.

- Neben der Beurteilung so schwerwiegender Kampfmittel gegen Konkurrenten wie Boykott und Liefersperre, befasste sich die Judikatur auch mit anderen Arten des Behinderungswettbewerbs. Behinderungswettbewerb, der es dem Mitbewerber unmöglich macht, oder auch nur erschwert, seine Leistung auf dem Markt entsprechend zur Geltung zu bringen, wird als sittenwidrig verurteilt, weil echter Leistungsvergleich damit ausgeschlossen wird.
- Es wurde kritisiert, daß eine fundierte Auseinandersetzung der RSp mit dem Verhältnis von kartellrechtlichen Normen zu § 1 UWG noch ausstehe. Nur das Verhältnis Preis-, Vertriebsbindung zu § 1 UWG wurde bis jetzt unter verschiedenen Gesichtspunkten, daher uneinheitlich, behandelt. Diese E können in zwei Fallgruppen geteilt werden. Die eine Fallgruppe betraf Preis- und/oder Vertriebsbindungen, die nicht kartellrechtlich angemeldet waren. Die andere Gruppe nach dem Kartellgesetz genehmigte Preis- und/oder Vertriebsbindungen. Zur ersten Gruppe von Fällen führte der OGH in einer Leitentscheidung zutreffend und in ungewöhnlichem Umfang und mit vielen rechtsvergleichenden Hinweisen aus, daß der Außenseiter einer nicht kartellrechtlich genehmigten Preisbindung nicht durch § 1 UWG zum Einhalten dieser Preise gezwungen werden könne. Grenze der Sittenwidrigkeit sei auch hier die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Mitbewerbers. Anders beurteilte der OGH einen Fall, in dem eine kartellrechtlich zulässige und genehmigte Betriebs- und Preisbindung zu überprüfen war. Der OGH sprach aus, kartellrechtlich erlaubte und auch lückenlos durchgeführte Preisbindungen dürften auch von einem Außenseiter nicht durchbrochen werden. Unter Hinweis auf die Lehre ging der OGH von dieser E aber wieder ab. In Bezug auf nicht am System teilnehmende Konkurrenten wird somit eine kartellrechtlich genehmigte und lückenlos durchgeführte Vertriebs- und/oder Preisbindung vom OGH gleich behandelt, wie eine andere Vertriebs- und/oder Preisbindung. Abgesehen davon, daß die einzelnen E vom Ergebnis her gesehen befriedigen können, bleibt nach meiner Meinung ein Unbehagen. Es ist sicherlich richtig, daß volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis- und/oder Vertriebsbindungen nur gegenüber den Teilnehmern Wirkungen entfalten können. Die zentrale Frage in Bezug auf die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Verhaltens nach § 1 UWG liegt aber nach mM darin, ob es ohne sittenwidrigen Ausnützens fremden Vertragsbruches überhaupt denkbar ist, Waren, die nur im Rahmen eines Vertriebsbindungssystems feilgehalten werden dürfen, zu kaufen, um sie weiterzuverkaufen. Ich bin der Meinung, dass die Kenntnis von eingetragenen Vertriebsbindungssystemen in den betreffenden Kreisen so groß ist, daß wohl meist böswilliges Zusammenwirken zwischen Käufer und Verkäufer anzunehmen sein wird.
- Die Beschäftigung des OGH mit dem Problem der Preisschleuderei als Art des unlauteren Wettbewerbes ist besonders nach dem allgemeinen Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis nach § 3a NVG, aktuell geworden. Die bisherige RSp zur Preisschleuderei ging davon aus, daß Preisunterbietung grundsätzlich zulässig sei. Preisschleuderei werde nur dann sittenwidrig, wenn andere Verhaltensweisen, die sittenwidrig sein können (zB Vernichtungswettbewerb, Kundentäuschung durch Lockvogelangebote, Gläubigerschädigung durch Vermögensverschleuderung), hinzukommen. Da diese ältere Judikatur aber die Kalkulationsfreiheit des Unternehmers nur unter der Einschränkung fehlender gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtung anerkennt, bestehen keine grundsätzlichen Einwände gegen die jüngste RSp des OGH, den Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis auch als Verstoß gegen § 1 UWG anzusehen.

Anders als beim UWG stand bei der rechts- und wirtschaftspolitischen Diskussion des Kartellrechts nicht die Auswirkung solcher Maßnahmen auf einzelne Mitbewerber, sondern die volkswirtschaftliche Rechtfertigung von Kartellen im Vordergrund. Immer versuchte man dabei „*schädliche*“ von „*nützlichen*“ Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu unterscheiden. Diese Bemühungen korrelierten immer mit den jeweils herrschenden wirtschaftspolitischen Anschauungen.

Das KoalG 1870, das für ca 60 Jahre das österreichische Kartellrecht bestimmte, entstand zur Hochblüte des wirtschaftlichen Liberalismus in Österreich. Die Kritik und die Änderungsvorschläge zu diesem Gesetz, das eigentlich vor allem arbeitsrechtlichen Inhalt hatte, geben deutlich die sich wandelnde Einstellung zu Kartellen wieder. Die wirtschaftspolitische Behandlung der „*Kartellfrage*“, dominierte diese Diskussion um die Jahrhundertwende. An einigen Beispielen konnte gezeigt werden, daß viele auch heute noch gebrauchte oder diskutierte kartellrechtliche Regelungskonzepte, bereits damals bekannt waren. Im Rahmen der wirtschaftspolitischen Überlegungen über die Rechtfertigung von Kartellen wurden die Interessen der Verbraucher immer als wesentliches, selbständiges Ziel berücksichtigt. Weitsichtig wurde bereits damals ein individuelles Antragsrecht von Personen, die von Kartellen beeinträchtigt wurden, vorgeschlagen. An eine Antragslegitimation einzelner Verbraucher wurde in diesem Zusammenhang damals jedoch nicht gedacht.

Die RSp zum KoalG änderte sich über Jahrzehnte nicht, was zu den verschiedenen rechtspolitischen und wirtschaftlichen Äußerungen dieser Zeit eigenartig kontrastierte. Die E gingen immer eng vom Wortlaut des Tatbestandes des § 4 KoalG aus. Die Frage, ob der Preis einer Ware durch eine Verabredung zum Nachteil des Publikums erhöht werden konnte, stand daher immer im Zentrum der Argumentationen.

Erst im 1. Weltkrieg wurde die mögliche Sanierungs- und Rationalisierungsfunktion von Kartellen höher bewertet, als das Bestreben, dem Publikum ein möglichst billiges Produkt zu verschaffen. Es wurde festgestellt, daß die Existenzsicherung eines gefährdeten Industriezweiges, die höhere Preise für die Verbraucher erwarten ließ, „*in einer Zeit hochgradigen wirtschaftlichen Notstandes*“ dem Publikum besser diene, als stabile Warenpreise. Damit wurde eine Entscheidungslinie geschaffen, die, auch international gesehen (zB EGKS-Probleme mit der Sanierung nationaler Stahlindustrien), ihre Argumentationskraft bei manchen nicht verloren hat.

Die praktische, historische Bedeutung der RSp zum KoalG darf jedoch nicht überschätzt werden. Aus den historischen Erfahrungen konnte gezeigt werden, daß die Kartellierung der österreichischen Wirtschaft gerade unter Geltung des KoalG bedeutend voranschritt und den höchsten Grad in der österreichischen Wirtschaftsgeschichte erreichte. Grund dafür war sicherlich der völlige Mangel von Kartellaufsichtsmaßnahmen. Da die Kartelllobby dieser Zeit vehement den Standpunkt vertrat, es widerspräche „*der Ehrenpflicht jedes Industriellen*“ Kartellstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten auszutragen oder den sog „*Kartelleinwand*“ vorzubringen (dh den Einwand, die Kartellvereinbarung sei wegen Verstoß gegen § 4 KoalG nicht anwendbar), waren nur sehr wenige E durch ordentliche Gerichte zu fällen.

Zwei von außen kommende Ereignisse bestimmten die Entwicklung des österreichischen Kartellrechts nach dem 2. Weltkrieg. Der außenwirtschaftspolitische Druck der USA unmittelbar nach Ende des Krieges, auch in Österreich eine liberale Wettbewerbsordnung einzuführen, ist der politische Grund für das Kartellgesetz 1951. Den zweiten wesentlichen Impuls für Veränderungen im österreichischen Kartellrecht gab erst das öEWGAbk.

Das KartG 1972 verstand sich als DurchführungsG zum öEWGAbk. Beide historischen Anlässe zur Schaffung von österreichischem Kartellrecht führten aber nicht dazu, daß es zu gleichsam „*fremdbestimmten*“ kartellrechtlichen Regelungen gekommen wäre, sondern sie gaben Anlass zu durchaus eigenständigen Gesetzen. Eine Beeinflussung des österreichischen Kartellrechts durch das EWG-Wettbewerbsrecht erfolgt derzeit mittelbar dadurch, daß die EG ihr Kartellrecht auch gegenüber ausländischen Unternehmen, die sich am EG-Markt betätigen, durchsetzt (Wirkungsprinzip). Weiters im Rahmen wirtschaftspolitisch begründeter Rechtsangleichungsmaßnahmen, die es als ratsam erscheinen lassen, EG-Wettbewerbsnormen bereits vor und auch ohne einen Beitritt Österreichs zu den EG nachzuvollziehen.

Alle nach dem 2. Weltkrieg geschaffenen österreichischen Kartellgesetze, und das unterscheidet sie zB vom EWG-Kartellrecht, gebrauchten zur Abgrenzung eines volkswirtschaftlich „*schädlichen*“ Kartells von einem „*zulässigen*“ Kartell den unbestimmten Gesetzesbegriff der „*volkswirtschaftlichen Rechtfertigung*“. Die Aussagen des Gesetzgebers, was unter volkswirtschaftlich gerechtfertigt verstanden werden soll, gingen dabei von Hinweisen, daß Kartellierung in manchen Branchen den Aufbau der österreichischen Wirtschaft erleichtere und zu Produktionsausweitungen in den geschützten Bereichen führen könne, bis zum Hinweis des KartG 1972, daß durch dieses Gesetz eine Annäherung und teilweise Übernahme des EG-Kartellrechts beabsichtigt werde.

Die Judikatur und Praxis des Paritätischen Ausschusses entsprachen diesem Einstellungswandel. Hieß es 1952 in der Judikatur, das KartG wolle Stabilisierung, auch um den Preis einer kartellgelenkten Wirtschaft; Konsumentenschutz dürfe nicht auf Kosten der in den kartellierten Betrieben Beschäftigten übertrieben werden oder 1954, die Vermeidung von Arbeitslosigkeit sei höher zu bewerten, als ein möglicher niedrigerer Preis, betonte eine E 1980 einfach: Volkswirtschaftliche Rechtfertigung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn sich ein Kartell mit dem guten Funktionieren der FHA nicht vereinbaren lässt.

Im Hinblick auf den Vergleich des Kartellrechts mit anderen wettbewerbsrechtlichen Normen war eine E besonders bedeutend, die festhielt, daß die Interessen der Letztverbraucher nicht für sich alleine, sondern im Rahmen der gesamtwirtschaftlichen Situation zu berücksichtigen seien.

Aus der veröffentlichten Praxis des PA ließen sich folgende, zur Vergleichung geeignete Grundprinzipien ableiten:

- Es gibt eine Abstufung von Kartellarten, die von besonders gefährlichen Kartellen zu relativ unschädlichen Kartellvereinbarungen reicht. Diese Rangordnung beginnt bei Preis- und Quotenkartellen, die „*nach Möglichkeit*“ nicht als volkswirtschaftlich gerechtfertigt zu qualifizieren wären und geht bis zu unschädlichen Konditionenkartellen.
- Wie die RSp vertrat der PA die Meinung, die „*volkswirtschaftliche Rechtfertigung*“ eines Kartells mit dem Vorteil einer stabilen Versorgung und der Sicherung bestimmter Arbeitsplätze zu begründen, hätte nur für die frühen 1950er Jahre Berechtigung gehabt, nunmehr würden diese Grundsätze nicht mehr gelten.
- Strukturkrisenkartelle wurden unter bestimmten Voraussetzungen und unter regelmäßiger Aufsicht durch das Kartellgericht zugelassen.
- Der Zusammenschluss von mehreren kleineren Anbietern, die einem mächtigen Anbieter gegenüberstehen, wurde grundsätzlich als volkswirtschaftlich gerechtfertigt akzeptiert.

- Vertriebsbindungen wurden, sofern sie nicht mit Preisbindungen verbunden wurden, relativ leicht hingenommen. Jüngst meinte der PA, Exportverbote und das Verbot von Parallelimporten seien mit den Wettbewerbsvorschriften des öEWGAbk nicht zu vereinbaren und widersprächen damit auch dem KartG.
- Die mögliche Beeinträchtigung des Handels im Rahmen der FHA verhindere jedenfalls immer die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines Kartells.

Die österreichische Nachkriegsliteratur zur Frage der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen beschäftigte sich grundsätzlich mit dem Problem, ob dem unbestimmten Gesetzesbegriff der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung überhaupt ein Inhalt zukomme oder ob nicht verfassungswidrige Unbestimmtheit vorläge. Die Mehrzahl dieser Arbeiten kam zum Ergebnis, die Auslegung des Begriffes der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung aus den Inhalten des österreichischen Wettbewerbsrechts sei möglich.

Obwohl die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des öEWGAbk keinen bedeutenden Einfluss auf das österreichische Kartellrecht ausübten, musste in dieser Arbeit versucht werden, ihren Inhalt näher zu bestimmen. Dies ist für die Auslegung des Begriffes der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung auch nach dem innerstaatlichen Kartellrecht deswegen erforderlich, weil nur nach Auslegung der Wettbewerbsregeln der internationalen Verträge festgestellt werden kann, ob ein Verstoß gegen eine solche völkerrechtliche Norm vorliegt und damit jedenfalls volkswirtschaftliche Rechtfertigung nach dem österreichischen KartG ausgeschlossen ist.

Die wesentlichen allgemeinen Aussagen zu den Zwecken des österreichischen Wettbewerbsrechtes, die dem Nahversorgungsgesetz entnommen werden konnten, sind,

- daß im Rahmen dieses Rechtsgebietes iS eines sog „*structure approach*“ auch die Wettbewerbsstruktur des „*Leistungswettbewerbs*“ gesichert werden solle;
- im sog „*Wohlverhaltenskatalog*“ des NVG zusammengefasst. Es ist dies eine beispielsweise Aufzählung von Praktiken, die mit einem leistungsgerechten Wettbewerb nicht zu vereinbaren sind.
- Die einzelnen Tatbestände des NVG geben weitere, konkrete Hinweise auf Verhaltensweisen, die im Rahmen des österreichischen Wettbewerbsrechts nicht gesetzt werden dürfen.
  - Wie weit auch immer der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbotes nach dem NVG auf gefasst wird, es kommt darin eine Grundwertung des österreichischen Wettbewerbsrechtes deutlich zum Ausdruck.
  - Weiters wurde festgestellt, daß das allgemeine Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis eine Norm darstellt, die bedeutenden Einfluss auf die Auslegung verschiedenster wettbewerbsrechtlicher Vorschriften haben könnte. Die RSp vor Erlassung des § 3a NVG ging davon aus, daß die Kalkulation eines Kaufmannes nicht zu überprüfen sei, die Preiserstellung könne nur dann unlauter werden, wenn sie wegen besonderer Motive oder Praktiken (zB im Rahmen eines Vernichtungswettbewerbs), unlauter werde. Solche Aussagen sind in Zukunft in dieser Allgemeinheit nicht mehr zu treffen. Auch das Interesse der Verbraucher an einem möglichst niederen Preis hat nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers insoweit zurückzustehen. Ein Blick auf vergleichbare Gesetzesänderungen im Ausland wie zB im UWG 1986 in der Schweiz, las-

sen erkennen, daß diese wettbewerbspolitische Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers durchaus im internationalen Trend liegt.

Den sog wettbewerbsrechtlichen Nebengesetzen, nämlich ZugabenG, RabattG und AusvG ließen sich keine, nicht schon dem UWG grundsätzlich innewohnenden Ziele entnehmen. Allein am AusvG fällt seine Nähe zu gewerberechtiglichen Ausübungsvorschriften auf, die auch historisch bewiesen werden konnte.

Unter dem Beweggrund des Irreführungsschutzes konnte eine Vielzahl von Normen des Kennzeichnungsrechts angeführt werden, die vor allem die Breite dieses Regelungsbereichs dokumentieren. Das Qualitätsrecht erfüllt einen verwandten Zweck. Neben dem Irreführungsschutz ist Ziel dieser Vorschriften, die Vergleichbarkeit und damit auch die Markttransparenz zu verbessern oder erst zu ermöglichen.

Der Abschnitt über das Preisrecht sollte verdeutlichen, daß auch in Bereichen, in denen man auf die regelnde Funktion des Wettbewerbs verzichten will oder muss, Maßstäbe wettbewerbsrechtlicher Preisbildung nicht unbeachtlich sind. Selbstverständlich werden im Bereich der wirtschaftslenkenden Preisregelung meist Zwecke verfolgt, die durch eine behördliche Simulierung von Marktpreisen nicht erzielt werden können (zB Sozialpreise). Die volkswirtschaftliche Unmöglichkeit Sozialpreise tatsächlich über längere Zeiträume hin zu gewährleisten, zeigt sich gerade derzeit fast weltweit. Demzufolge tendieren auch behördlich festgesetzte Preise immer mehr dazu, einem vergleichbaren Marktpreis nahezukommen. Die Schwierigkeiten eines solchen Konzeptes bringen es mit sich, daß in vielen Fällen behördliche Preisregelung gar nicht versucht wird, sondern gerade in Österreich immer mehr Produkte aus dem Korsett der Preisregelung entlassen werden. Preisregelung bleibt daher meist dort aufrecht, wo, aus welchen Gründen auch immer, kein Wettbewerb besteht. Auch in jenem Bereich war aber, und das konnte auch an historischen Beispielen nachgewiesen werden, ein simulierter Marktpreis immer Leitlinie für die behördliche Preisregelung. Die RSp des VwGH zeigt dieses Faktum trefflich auf. Die wissenschaftliche Diskussion über volkswirtschaftlich gerechtfertigte Energiepreise hat ebenfalls Marktpreise als den Normalfall für eine Preisbestimmung immer vor Augen.

Aus allen diesen, eher praktischen wirtschaftspolitischen Gründen, lag es nahe, Grundsätze über die Preisbildung, die das Wettbewerbsrecht in langer Erfahrung herausgebildet hat, auch für die Findung von behördlich festzulegenden Preisen heranzuziehen. Auch in anderen Gesetzen als dem PreisG wurde die behördliche Preisbestimmung konkretisiert. § 1 LandwirtschaftsG ist ein Beispiel dafür, wie die agrarische Preisregelungen im Rahmen der Marktordnung erst in einem verfassungsrechtlich akzeptablen Rahmen ermöglicht wird. Derartige Normen sind ebenfalls Bestimmungsgründe für behördliche Preisregelung in Teilbereichen der Volkswirtschaft.

Ergebnis dieses Ausblickes auf das Preisrecht war somit, daß ein „*volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis*“ nicht einfach einem Marktpreis gleichgestellt werden kann, daß aber die wesentlichen Zielvorstellungen, die dem Wettbewerbsrecht entnommen werden können, bei der Bestimmung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises in einem beweglichen System umso mehr dann anzuwenden sind, wenn nicht besonders zu berücksichtigende Maßstäbe (zB § 1 LandwirtschaftsG) bei der Preisregelung zu beachten sind. Aus diesem Ergebnis war weiters abzuleiten, daß die Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Preisbestimmungsregeln besonders im Rahmen der Beurteilung von Preistreibern erfolgen müsste. Die Überschreitung des „*ortsüblichen Preises*“ ist entscheidendes Tatbestandselement des § 14

PreisG. Den Preistreibeibestimmungen liegt daher ein ganz „reines“ Marktpreismodell zugrunde. Eine Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts bei Beurteilung von Preistreibeibeständen war daher zu fordern.

Die abschließend ausgeführten Beispiele, die die mögliche Anwendungen der getroffenen Erkenntnisse demonstrieren sollten, zeigten nicht nur das Erfordernis, bei Auslegung wettbewerbsrechtlicher Normen dem Wandel von Wertvorstellungen, die im Wettbewerbsrecht zum Ausdruck kommen, gerecht zu werden, sondern konnten auch rechtlich dokumentieren, daß im Rahmen einer teleologischen Analyse wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ein reiches Instrumentarium für die Lösung konkreter Probleme besteht. Die juristische Erfassung volkswirtschaftlicher Richtigkeit ist im Rahmen eines solchen Systems nicht ein für allemal möglich. Diese Tatsache bestätigt das Wirtschaftsrecht als dynamisches Rechtsgebiet, das nur als Prozess richtig erfasst werden kann.

## 15 Literaturverzeichnis

- Abel*, Das neue Österreichische Zugabengesetz, MuW 1934, 394
- Adamovich / Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. (1984)
- Aicher*, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in *Aicher*, Das Recht der Werbung (1984), 215
- Aicher*, (Hrsg), Das Recht der Werbung (1984)
- Aichreiter / Berger*, Preiswerbung ausländischer Unternehmen in Österreich, WBl 1987, 87
- Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954)
- Antoniolli / Kojas*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (1986) ,
- Assmann*, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in *Assmann / Brüggemeier / Hart / Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980), 239
- Baldi*, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz / EWG, WuR, 1984, 83
- Baldi*, Das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in den Freihandelsabkommen EFTA-Staaten - EWG, in *Koppensteiner*, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987) , 159
- Baldi*, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art 42 / 43 des Kartellgesetzes, WuR, 1989, 53
- Barfuß*, Zur „wirtschaftlichen Rechtfertigung“ von Kartellen, Bul 5.9.1973, H 1402/03, 12
- Barfuß*, Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen („NVG“), ÖZW 1978, 10
- Barfuß*, Lebensmittelkennzeichnungsrecht, in FS *Wenger* (1983), 561
- Barfuß*, Das sogenannte „Margarinerecht“, ÖZW 1986, 33
- Barfuß*, Verkauf unter dem Einstandspreis - Darf der Lieferant die Zeugenaussage unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis verweigern? WBl 1989, 139
- Barfuß / Pindur / Smolka*, Österreichisches Lebensmittelrecht (1975 mit Ergänzungslieferungen)
- Basedow*, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, 627
- Bauch*, Die Rechtsform der Kartelle (1908)
- Baudenbacher*, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in *Baudenbacher* (Hrsg), Das UWG auf neuer Grundlage (1989) , 15

- O. Bauer*, Der Staat und die Kartelle, Der Kampf 1907, 71
- O. Bauer*, Der Weg zum Sozialismus (1919)
- Baumbach - Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 15. Aufl. (1988)
- Baumgarten / Meszleny*, Kartelle und Trusts (1906)
- Bayer*, Das neue österreichische Kartellgesetz, RabelsZ 1952, 656
- Bebr*, Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche Wirksamkeit, EuR 1983, 128
- Beck*, Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, WuW 1984, 447
- A. Beer*, Die Finanzen Österreichs im 19. Jahrhundert (1877)
- E. Beer - Ederer*, Industriepolitik der österreichischen Banken, Wirtschaft und Gesellschaft 1987, 353
- Behrens*, Elemente eines Begriffs des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 1986, 483
- E. Benedikt*, Zwölf Gerichtsreden (1912)
- H. Benedikt*, Die wirtschaftliche Entwicklung in der Franz Joseph- Zeit (1958)
- Berger*, Zwangskartellierung in Österreich, Bemerkungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Zwangskartelle und Industriesperren, Kartell-Rundschau 1935, 732
- Bernard*, Gebundenheit und Ermessen, in FS *Antoniolli* - Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), 95
- Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, 3. Aufl. (1987), 213
- Binder*, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) - Überlegungen zur neueren Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1
- Bleckmann*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten im Rechtsraum der EWG, Zur Konstruktion des Verhältnisses zwischen dem Völker- und dem Gemeinschaftsrecht, in *Koppensteiner*, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 85
- Breuss*, Österreichs Außenwirtschaft 1945-1982 (1983)
- Breuss / Stankovsky*, Westeuropäische Integration und österreichischer Außenhandel, in *Hanreich / Stadler*, Österreich - Europäische Integration III, 1.3., 1
- Breuss / Stankovsky*, Österreich und der EG-Binnenmarkt (1988)
- Brössler*, Studien über Probleme des österreichischen Kartellrechts, GrünhutsZ 42. Bd (1916), 457

*Brüggemeier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in *Assmann ua*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980)

*Butschek*, Die österreichische Wirtschaft 1938-1945 (1978)

*F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967)

*F. Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, Vol 80, 1

*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982)

*M. Bydlinski*, Rabattverbot und Vertragsrecht, JBl 1988, 701

*Christian*, Die Ausverkaufsverordnung, ÖBl 1961, 41

*Cipolla*, Europäische Wirtschaftsgeschichte, 5. Bd (1972 - dt Ausgabe 1978)

*Curzon*, The Essentials of Economic Integration, Lessons of EFTA Experience (1974)

*Demaret*, Patent- und Urheberrechtsschutz, Zwangslizenzen und freier Warenverkehr im Gemeinschaftsrecht, GRURInt 1987, 1

Denkschrift der k.k. Regierung über die aus Anlaß des Krieges getroffenen Maßnahmen (1915)

*Dittrich*, Die Verträge Österreichs mit den Europäischen Gemeinschaften und das österreichische Kartellgesetz, ÖBl 1973, 98

*Dittrich*, Die Verträge Österreichs mit den Europäischen Gemeinschaften und das österreichische Urheberrecht, ÖBl 1977, 81

*Dittrich*, Der Einfluß des Freihandelsabkommens zwischen der EWG und Österreich auf die Auslegung österreichischer Rechtsvorschriften, ÖBl 1980, 1

*Dittrich*, Zum Import von Tonträgern aus dem EWG-Bereich, ÖBl 1982, 141

*Dittrich*, Gedanken zum sog. Nettopreissystem, RdW 1984, 269

*Drauz*, EG-Wettbewerbspolitik gegenüber Unternehmer, ÖBl 1987, 113

*Duschaneck*, Jüngste Entwicklung der Judikatur zur Erwerbsfreiheit, WipolBl 1986, 752

*Ebermann*, Der Einfluß der herrschenden volkswirtschaftlichen Anschauungen von der Rechtsbildung des unlauteren Wettbewerbs, JBl 1902, 613

*Ebert*, Die Einführung der Koalitionsfreiheit in Österreich, in *Stourzh / Grandner*, Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986), 69

*Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/I: Das Recht der Schuldverhältnisse (1. Aufl 1920; 2. Aufl. 1928)

*Ehrenzweig*, Das BedarfsdeckungsstraßG, JBl 1946, 170

*Ender / Landau*, Kommentar zum Kartellgesetz (1952)

*Esche*, Spannungsverhältnis zwischen der Ausübung nationaler Zeichenrechte zur Abwehr von Reimporten und Querlieferungen und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, Art 30 EWG-Vertrag, GRURInt 1987, 233

*Ettinger*, Die Regelung des Wettbewerbs im modernen Wirtschaftssystem (1905)

*Farnleitner*, Preisrecht und Wettbewerb, WipolBl 1973, 46

*Farnleitner*, Die Paritätische Kommission, Institution und Verfahren (1977)

*Farnleitner / Straberger*, Nahversorgungsgesetz (1978)

*Feil / Holeschofsky*, Zugabengesetz (1988)

*Feldkirchen*, Das Zwangskartellgesetz von 1933, seine wirtschaftliche Bedeutung und seine praktischen Folgen, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 145

*Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958)

*Fikentscher*, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (1962)

*Fikentscher*, Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in FS *Hallstein* (1966), 128

*Fikentscher*, Wirtschaftsrecht (1983)

*Fitz / Roth*, Verkauf unter dem Einstandspreis, RdW 1989, 241

*Franckel*, Die Bestimmungen des österreichischen Rechtes gegen unehrbaren Wettbewerb (1884)

*Friedrich*, Die Freihandelsabkommen der EG mit den EFTA-Staaten, NJW 1983, 1237

*G. Frotz*, Verletzung von Urheberrechten beim Parallel- und Reimport von Tonträgern?, ÖB1 1977, 137

*G. Frotz*, Zur Neuregelung des Kartellrechts, GesRZ 1986, 68

*St. Frotz*, Zur Konkretisierung des § 1 Nahversorgungsgesetz, ÖZW 1983, 75

*Fröhler / Oberndorfer*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969)

*Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980)

*Funk*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts, in FS *Fröhler* (1980), 299

*von Gamm*, Neuere Rechtsprechung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, WRP 1988, 281

*Gierke*, Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, ZS für Gewerblichen Rechtsschutz 1895, 109

*Graßberger*, Machtloses Recht und triumphierendes Unrecht, JBl 1946, 84

*Gräser / Kucsko*, Halbleiterschutzgesetz (1988)

*Griller*, Die Organe der Freihandelsabkommen und ihre Befugnisse im Lichte der österreichischen Rechtsordnung, in *Hanreich / Stadler*, Österreich - Europäische Integration III, 10. 1.

*Griller*, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1 und 109

*Grunzel*, Über Kartelle (1902)

*Gulick*, Österreich von Habsburg zu Hitler (1976) , 263

Gutachten über die mit dem Erlasse des k.k. Handelsministeriums vom 6.10.1901, Z 45335 versendeten Gesetzentwürfe (1906)

*Gutknecht*, Das liberale Baugesetz und die Wirtschaftsverfassung, in FS *Korinek* (1972), 77

*Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht (1980)

*Hafner*, Ein dritter Weg für Österreich? Economy 1989, H 1, 54

*Hanreich*, Die Beschlüsse internationaler Wirtschaftsorganisationen im österreichischen Rechtsquellen-system, öZöffR 1975, 173

*Hanreich*, Das zeitliche Element der Preisregelung - Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Überlegungen, ÖZW 1982, 7

*Hanreich*, Verfassungsfragen des Kartellrechts, Manuskript eines Referats, gehalten im Seminar *Wenger*, Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts, 30. Sitzung, 19.4.1982.

*Hanreich*, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht, in FS *Wenger* (1983), 539

*Hanreich*, Neuregelungen im österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZW 1988, 108

*Hanreich / Stadler*, Österreich - Europäische Integration (ab 1975)

*Harrer*, Normverstoß und § 1 UWG, ÖBl 1981, 89

*Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenauslegung, AcP 112 (1914)

*Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932)

- Hefermehl*, Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht, in FS *Kastner* (1972), 183
- Hefermehl / Ipsen / Schlupe / Sieben*, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft (1979)
- Heller*, Ein Kartellverbot in Österreich, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, 30. Band 1905, 327
- Heller*, Kommentar zur Gewerbeordnung I, 1. Aufl. (1912)
- Hicks*, A Theory of Economic History (1969)
- Hofer-Zeni*, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle (1981), 2
- Hoffmann*, Das „aufeinander abgestimmte Verhalten“, Wirtschaft und Gesellschaft 1976, 82
- Hohenecker / Friedl*, Wettbewerbsrecht (1959)
- Hollenweger*, Institutionelle und völkerrechtliche Aspekte des Freihandelsabkommens Schweiz - EG, SJIR 1973, 82
- Homburger*, Zur internationalen - kartellrechtlichen Situation der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, SJZ 1972, 337
- Hoth / Gloy*, Zugabe und Rabatt, Kommentar zur Zugabenverordnung und zum Rabattgesetz (1973)
- Hummer*, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen, in *Koppensteiner*, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 43
- Hummer*, Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit den EG sowie im „Luxemburger Folgeprozeß“ - Semantische Leerformeln, dilatorische Formelkompromisse oder materieller Dissens, in FS *Schnorr* (1988), 473
- Joerges*, Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 1979, 6
- John*, Gedanken zum österreichischen Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz, GRURInt 1978, 343
- Harry W. Johnstone*, Die Einschränkung des freien Wettbewerbs in der österreichischen Wirtschaft, in der Übersetzung des „unabhängigen Informationsdienstes“ (1952)
- W. Jud*, Wettbewerbsrechtliche Probleme aktueller Werbeformen, in *Aicher*, Das Recht der Werbung (1984), 289
- Kadecka*, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924)
- Kaffanke*, Jüngste Entwicklungen zur extraterritorialen Anwendung der Wettbewerbsgesetze in den USA, WuW 1987, 272

*Kamitz*, Vorwort zu *Endler / Landau*, Kommentar zum Kartellgesetz (1952)

*Karsch*, Verletzungen des Nahversorgungsgesetzes als Wettbewerbsverstoß, *ÖBl* 1979, 91

*Kecht*, Das EWG-Kartellrecht in der Praxis (1988)

Die Kartellfrage in Österreich (oJ)

*Keinert*, Genossenschaftsrecht (1988)

*Kernbauer / März / Weber*, Die wirtschaftliche Entwicklung, in *Weinzierl / Skalmik*, Österreich 1918-1938, Geschichte der Ersten Republik, I (1983), 343

*Kiwe*, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1935)

*Kiwe / Stohanzl*, Österreichisches Kartellrecht (1954)

*Kläger*, Erläuterungen zu den Bestimmungen gegen Preisschleuderei und Puscherei nach den Novellen vom Jahre 1934 (1935)

*Kleemann*, Das neue französische Wettbewerbsrecht, *WuW* 1987, 628

*F. Klein*, Vhdlgen des 27. DJT, 1905, 4. Bd, 467

*Kleinwächter*, Die Kartelle (1883)

*Kleps*, Staatliche Preispolitik (1984)

*Knöpfle*, Die marktbezogene Unlauterkeit (1983)

*Köhler*, Deutsche Patentrechte (1878)

*Koller*, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 23 der Freihandelsabkommen Schweiz-EWG, *Melanges en l'honneur de Henri Deschenaux* (1977), 600

*Kopp*, Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in *FS Wilburg* (1975), 141

*Koppensteiner*, Urheber- und Erfinderrechte beim Parallelimport geschützter Waren, *AWD* 1971, 357

*Koppensteiner*, Die Abkommen Österreichs mit den Europäischen Gemeinschaften, *ÖJZ* 1973, 225

*Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Kartellrecht, *JB1* 1973, 398

*Koppensteiner*, Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie 1973, 225

*Koppensteiner*, Zum Rechtsrahmen der Preisbildung in Österreich, *WipolBl* 1973, 31

*Koppensteiner*, Kartellrechtliche Aspekte des Lizenzverkehrs mit der EWG; *WipolBl* 1974, 389

- Koppensteiner*, Auswirkungen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG auf das österreichische Kartellrecht, in FS *Kummer* (1980), 375
- Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. (1981)
- Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. (1987)
- Koppensteiner*, Zum Import von Tonträgern aus dem EWG-Bereich, JBl 1982, 18
- Korinek*, Organisation und rechtliche Konstruktion der Paritätischen Kommission, WipolBl 1970, 58
- Korinek*, Der gewerbliche Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, in 2. FS *Wilburg* (1975), 163
- Korinek*, Das System der Preisregelung in Österreich, WipolBl 1975, 74
- Korinek*, Die verfassungsrechtliche Grundlegung der österreichischen Sozial- und Wirtschaftsordnung, in: *Mock / Schambeck* (Hrsg), Verantwortung in Staat und Gesellschaft (1977), 245
- Korinek*, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nach der Judikatur des VfGH, in FS *Melichar* (1983), 39
- Korinek*, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke der Wirtschaftslenkung, in FS *Wenger* (1983), 243
- Korinek*, Das bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in *Bydlinski ua*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 243
- Korinek*, Der grundrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts, in *Korinek / Stampfl-Blaha*, Beiträge zum Telekommunikationsrecht (1989), 67
- Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967)
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht (1. Aufl. 1973 und 1975; 2. Aufl. 1980 und 1984)
- Koziol / Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. (1988)
- Kramer*, Die vergleichende Werbung im österreichischen Wettbewerbsrecht, GRURInt 1974, 195
- Kramer*, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechtes in *Kramer / Mayrhofer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 9
- Kreissler*, Von der Revolution zur Annexion (1970)
- Krejci*, Zum Tatbestand des „aufeinander.abgestimmten Verhaltens“ nach österreichischem und europäischem Kartellrecht, ÖZW 1974, 1
- Krejci*, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, GesRZ 1986, 3

*Krenn*, Anknüpfung von Exportkartellen im deutschen und österreichischen internationalen Privatrecht, RIW 1976, 487

*Krenn*, Verbraucherschutz im Markenrecht, ÖJZ 1977, 225

*Krizek*, Die wirtschaftlichen Grundzüge des österreichisch-ungarischen Imperialismus in der Vorkriegszeit (1908-1914), (1963)

*Kucsko*, Parallelimporte von Konzernmarken und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz mit der EWG, GRURInt 1980, 138

*Ladstätter / Sedy / Spitalsky*, Kennzeichnungsvorschriften im Non-Food-Bereich und Preisauszeichnungen, Schriftenreihe Kennzeichnung von Waren des Vereins für Konsumenteninformation (1983 mit Ergänzungen)

*Landesberger*, Der österreichische Cartellgesetzentwurf, Grünhuts Z 1897, 575

*Langer / Saxl*, Die Rechtsprechung zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (1932)

*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. (1979)

*Larenz*, Richtiges Recht (1979)

*Laszky / Nathansky*, Kommentar zur Gewerbeordnung I, 2. Aufl. (1937)

*Leonhard*, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung (1902)

*Leonhard*, Einleitung zu *Kläger*, Erläuterungen zu den Bestimmungen gegen Preisschleuderei und Puscherei nach den Novellen im Jahre 1934 (1935)

*Leonhard*, Zum BedarfsdeckungsstraftG, ÖJZ 1946, 84

*Lewald*, Internationales Kartellrecht und Völkerrecht, NJW 1976, 1566

*Liebscher*, Der Unterlassungsanspruch bei Rechtsbruch nach § 1 UWG, WBI 1989, 105

*Lindinger*, Zur kartellrechtlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, ÖB1 1985, 145

*Lob*, Das neue französische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, RIW 1988, 92

*Machek*, Neues Kartellrecht, ÖJZ 1958, 483

*Malaniuk*, Bedarfsdeckungsstrafgesetz (1948)

*Marin*, „Freiwillige Disziplin?“ Preiskontrolle ohne autonome Sanktionspotenzen - Österreichs Paritätische Kommission, Zeitschrift für Arbeit und Gesellschaft, 1981, 161

*Marin*, Die Paritätische Kommission, Aufgeklärter Technokorporatismus in Österreich (1982)

*März*, Österreichische Industrie- und Bankpolitik in der Zeit Franz Josephs I - Am Beispiel der k.k.priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (1968)

*März*, Österreichische Bankpolitik in der Zeit der großen Wende 1913-1923 (1981)

*März*, Die wirtschaftliche Entwicklung der Donaumonarchie im 19. Jahrhundert, Gedanken zu einem neuen Buch von David F. Good, Wirtschaft und Gesellschaft 1985, 367

*Matis*, Österreichische Wirtschaft 1848-1913 (1972)

*Mayer-Maly*, Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Lebensmittelrecht bei der Entwicklung von Herkunftsangaben zu Gattungsbezeichnungen, JB1 1968, 75

*Mayer-Maly*, Fachhandelsbindung und Kartellrecht, in FS *Kastner* (1972), 299

*Mayer-Maly*, Privatautonomie und Wirtschaftsverfassung, in FS *Korinek* (1972), 151

*Mayer-Maly*, Der gerechte Preis, in FS *Demelius* (1973), 139

*Mayer-Maly*, Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, 801

*Mayer-Maly*, Das Ermessen im Privatrecht, in FS *Melichar* (1983), 441

*Mayer-Maly*, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in *Bydlinski ua*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 117

*McClelland*, Causal Explanation and Model Building in History (1975)

*Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts (1975)

*Meessen*, Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts, AöR 1985, 398

*Ch. Meier*, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 1982, 267

*Menzel*, Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 61. Bd, Vhdlgen 1894 (1895), 23

*Menzel*, Die Kartelle und die Rechtsordnung, 2. Aufl.(1902)

*Mertens / Kirchner / Schanze*, Wirtschaftsrecht (1978)

*Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht (1974)

*Mestmäcker*, Die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen in den Freihandelsabkommen der EG, in FS *Zweigert* (1981), 681

*Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb (1984)

*Mickwitz*, Die Kartellfunktion der Zünfte (1936)

*Mitic*, Preisregelung und Preistreiberei, WipolBl 1958, 53

*Mitic*, Wo beginnt die „Preistreiberei“, WipolBl 1960, 178

*Mittler*, Illoyale Concurrenz und Markenschutz (1896)

*Morscher*, Die Gewerbekompetenz des Bundes (1987), 21

*Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz (1978)

*Möschel*, Anforderungen an eine kartellbehördliche Mißbrauchsverfügung bei Verkäufen unter Einstandspreis, BB 1986, 1785

*Mrasek*, Verpackung und Warenkennzeichnung in der österreichischen Rechtsordnung, Dokumentation, Schriftenreihe des österreichischen Verpackungszentrums, H 8 (1983)

*Neurath*, Die Wirtschaftskrise und das Cartellwesen (1897)

*Nocken*, Die Nationalökonomie und das Zwangskartellgesetz von 1933, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985)

*Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in FS *Winkler* (1989), 39

*Ch. Nowotny*, Meldepflicht von Vertriebsbindungen, RdW 1989, 120

*E. Nowotny*, Studien zur Wettbewerbsintensität (1978)

*E. Nowotny / Tieber*, Perspektiven '90, Sozialdemokratische Wirtschaftspolitik - Eine Diskussion (1985)

*Oberndorfer / Binder*, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979)

*Oberndorfer / Binder*, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in FS *Klecatsky* (1980), 677

*Ofner*, Der Cartellgesetzentwurf, ZBl 1897, 634

*Öhlinger*, Rechtsfragen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG, ZaöRV 1974, 655

*Orator*, Das Kartellgericht, JBl 1950, 200

*Ostleitner*, Zu den Grundlagen der wirtschaftspolitischen Konzeption der Sozialistischen Partei Österreichs (SPÖ) in *Abele / E. Nowotny / Schleicher / Winckler*, Handbuch der Österreichischen Wirtschaftspolitik (1981), 133

*Pescatore*, EG-Beitritt Österreichs: Voraussetzungen, Folgen, Alternativen, Economy 1989, H 2, 65

*Petrik*, Strompreisgestaltung, Der öffentliche Haushalt 1988, 189

- Pick*, Der Kartellvertrag nach österreichischem Recht (1910)
- Pick*, Praktische Fragen des österreichischen Kartellrechts (1913)
- Piotrowski*, Cartels and Trusts (1933, Reprint 1978)
- Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985)
- Pribram*, Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik von 1740 bis 1860 (1907)
- Pribram*, Die Sozialpolitik im neuen Österreich, Archiv für Sozialwissenschaften und Socialpolitik, 1921
- Pribram*, Preisbildung und Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, ZStR 1916, Vol 7, 199
- F. Prunbauer*, Vorwegnahme von Saisonschlußverkäufen, RdW 1989, 218
- Pütz*, Wettbewerbsverhältnisse und Kartellgesetzgebung in Österreich, WuW 1952, 594
- Raschauer*, Wirtschaftliche Zumutbarkeit, in FS *Winkler* (1989), 163
- Reik*, Die Beziehungen der österreichischen Großbanken zur Industrie (1932)
- Reschauer*, Das Wort des Kaisers und die Bedürfnisse des Gewerbestandes (1873) Anhang V: Die politischen und wirtschaftlichen Interessen des Gewerbestandes, 58
- Richter*, Preisfestsetzung und Kartellfragen in Österreich (1935)
- Rill*, Grundfragen des österreichischen Preisrechts I, II, III, ÖZW 1974, 97; 1975, 65 und 97
- Rinck / Schwark*, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. (1985)
- Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechts (1966)
- Rittner*, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl. (1985)
- Rittner*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987)
- W-H. Roth*, Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG, WRP 1978, 409
- W-H. Roth*, Kartellrecht und Subvention, in *Koppensteiner*, Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (1987), 239
- Rummel*, Unlauterer Wettbewerb, in *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, II, 2. Aufl. (1984), 253
- Sack*, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247
- Sack*, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309

*Sack*, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher, in *Kramer / Mayrhofer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977), 99

*Sack*, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, WRP 1983, 63

*Sack*, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1

*Sack*, Bewegliche Systeme im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, in *Bydlinski ua*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 177

*Sack*, Der Verkauf unter Selbstkosten im Handel und Handwerk, Zur Notwendigkeit einer Verbesserung des kartellrechtlichen Schutzes, unter Berücksichtigung ausländischer Regelungen, BB 1988, Blg 3 zu H 11

*Sack*, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in *Baudenbacher* (Hrsg), Das UWG auf neuer Grundlage (1989), 113

*Schäfer*, Kartelle in der Zeit des Ersten Weltkrieges. Funktionen im Rahmen von Kriegswirtschaft und Sozialisierung, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 81

*Schäffer*, Die rudimentäre Wirtschaftsverfassung Österreichs, in FS *Wenger* (1983), 3

*Schantl*, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in FS *Korinek* (1972), 136

*Scheffer*, Das Bankwesen in Österreich (1924)

*I. Schmidt*, Wettbewerbstheorie und -politik (1981)

*Schmidt-Hennerdorf*, Internationale Rechtshilfe in Kartellsachen, RIW 1986, 180

*G. Schmied*, Gewerbeordnung und Erwerbsfreiheit, ÖZW 1989, 39

*Schödermeier*, Die vermiedene Auswirkung, WuW 1989, 21

*Scholz* in *Maunz / Dürig*, Grundgesetz - Kommentar (Loseblatt Slg ab 1958)

*Scholz*, Verkauf unter den Selbstkosten oder zurück zur Verordnung über Wettbewerb von 1934, WRP 1983, 373

*Schönherr*, Fallen Lizenzverträge unter das Kartellgesetz?, ÖBl 1952, 19

*Schönherr*, Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung der Zugaben- und Rabattgewährung, ÖJZ 1954, 213

*Schönherr*, Die 3. Kartellgesetz-Novelle - praktische Auswirkungen, BuI, H 639, 17.10.1958, 9

*Schönherr*, Ist das RabattG tatsächlich konsumentenfeindlich, BuI, H 808, 12.1.1962, 7

*Schönherr*, Das Kartellgesetz in der Praxis, ÖJZ 1965, 85 und 116

*Schönherr*, Probleme des österreichischen Zugabe- und Rabattrechts, in FS *Hefermehl* (1971), 163

*Schönherr / Dittrich*, Das Kartellgesetz, 2. Aufl. (1958)

*Schönherr / Dittrich*, Kartell- und Preisrecht, 1. Aufl. (1962)

*Schönherr / Dittrich*, Kartell- und Preisrecht, 2. Aufl. (1968)

*Schönherr / Dittrich*, Kartell- und Preisrecht, 3. Aufl. (1974)

*Schönherr / Dittrich*, Kartell- und Preisrecht, Ergänzungsband 1981 zur 3. Aufl. (1981)

*Schönherr / Wiltschek*, Wettbewerbsrecht (1987)

*Schopp*, Bericht vor der Generalversammlung des Bundes österreichischer Industrieller, Kartell-Rundschau (1906), 504

*Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970)

*Schuhmacher*, „Inhalt des Patentrechts“ und Kartellgesetz, ÖZW 1974, 41

*Schuhmacher*, „Quo vadis“ österreichisches Wettbewerbsrecht, ÖJZ 1978, 314

*Schuhmacher*, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981)

*Schuhmacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983)

*Schuhmacher*, Das „Dispositionsrecht“ der Pressegrossisten, MR 1986, 8

*Schulte*, Das österreichische Kartellrecht vor 1938 (1980)

*Schulz*, Die Entflechtungsmaßnahmen und ihre wirtschaftliche Bedeutung, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 210

*Schüller*, Unternehmerverbände (Kartelle), in *Mischler / Ulbrich*, Staatswörterbuch IV, 2. Aufl. (1908), 702

*Schüssel*, Zu den wirtschaftspolitischen Positionen der österreichischen Volkspartei (ÖVP), in *Abele / E. Nowotny / Schleicher / Winckler*, Handbuch der österreichischen Wirtschaftspolitik (1981), 143

*Senti*, GATT (1986)

*Serini*, Kartelle und Kartellrecht, ÖJZ 1949, 592

*Serini*, Das neue Preistreibereigesetz, ÖJZ 1950, 198

*Sethy*, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe (1973)

*Sladek*, Zur Effizienz des Nahversorgungsgesetzes, ÖZW 1983, 40

*Sladek*, Der Wohlverhaltenskatalog nach dem NVG: ein Sachverständigengutachten, ÖZW 1984, 16

*Springer*, Geschichte Österreichs seit dem Wiener Frieden (1863)

*Steinbach*, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (1897)

*Steinbach*, Der Staat und die modernen Privatmonopole (1903)

*Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in FS *Larenz* (1973), 217

*Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. (1977)

*Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1985)

*Stoll*, Ermessen im Steuerrecht, Vhdlg 4. ÖJT 1970, 1/2 (1970)

*Stolzlechner*, Mittelstandsförderung, ein Überblick über die Rechtslage, in FS *Wenger* (1983), 665

*Stourzh / Grandner*, Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft (1986)

*Straberger*, Zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung von Kartellen, GesRZ 1962, 128

*Straberger*, Brauchen wir ein Anti-Diskriminierungsgesetz, GesRZ 1975, 113

*Straberger*, Kartellgesetz 1988 - Neuerungen und Zweifelsfragen, WBl 1989, 37

*Streissler*, Wirtschaftspolitische Grundsätze des österreichischen Kartellgesetzes und der Tatbestand der „gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung“, Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1960, H 2, 12

*Streissler*, Schleichende Totaländerung des Kartellgesetzes, Bul, H 837, 3.8.1962, 9

*Streissler*, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967)

*Streissler*, Sozialpartnerschaft und Gewinn, WipolBl 1976, H 4, 40

*Szecsí*, Kartelle: Mancher Wunsch bleibt offen, Arbeit und Wirtschaft 1972, H 10, 2

*Szecsí / Wehsely*, Alte Kartelle neu geprüft, Wirtschaft und Gesellschaft 1975, 33

*Tomandl*, Zum Geltungsbereich des österreichischen Kartellgesetzes (1968)

*Ulmer*, Der Begriff des „Leistungswettbewerbs“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565

*Urlesberger*, Die Kontrolle des Freihandelsabkommens Österreich- EWG durch den Europäischen Gerichtshof (1979)

*Urlesberger*, Die Abkommen Österreichs mit den EG im System des Gemeinschaftsrechts, ZfRV 1980, 48

*Urlesberger*, Die direkte Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens Österreich – EWG, Ende der Debatte? ZfRV 1985, 11

*Urlesberger*, Die Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts gegenüber Unternehmungen aus Drittstaaten, WBl 1987, 53

*Urlesberger*, Das EWG-Anti-Dumping-Verfahren gegen bestimmte nahtlose Stahlrohre aus Österreich, WBl 1988, 298

*Vedder*, Ausländerrecht für türkische Arbeitnehmer, Die Demirel - Entscheidung des EuGH, das Bundesgericht und die Folgen, EuR 1988, 50

*Veelken*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsverträge der EG mit den sog. Rest-EFTA-Staaten, RIW 1988, 112

*Waelbroeck*, L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972 entre la Communauté économique européenne et la Confédération Suisse, SJIR 1973, 127

*Waentig*, Gewerbliche Mittelstandspolitik (1898)

*Waentig*, Industriekartelle und Trusts, Schmoller's Jahrbuch 1901, 1191

*Wahle*, Das neue Kartellgesetz, ÖJZ 1952, 561

*Walden*, Erläuterungen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1924)

*M. Walter*, Grundfragen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im österreichischen Urheberrecht, ÖJZ 1975, 144

*R. Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)

*R. Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972), 390

*R. Walter / H. Mayer*, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. (1987)

*R. Walter / H. Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 4. Aufl. (1987)

*R. Walter / H. Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl. (1988)

*Wank*, Die Alliierten Entflechtungsmaßnahmen - politische und juristische Aspekte, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 202

*Wechsler*, Concurrence déloyale und unlauterer Wettbewerb (1898)

*Weinmann / Walden*, Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb, ein System von Bedacht-

nahme auf das österreichische, deutsche, ungarische und tschechische Gesetz (1927)

*Weinzierl / Skalnik*, Österreich 1918-1938, Geschichte der Ersten Republik I (1983)

*Weiss*, The European Free Trade Association after Twenty-five- years, Yearbook of European Law 5, 1985, 287

*Wenger*, Die öffentliche Unternehmung (1969)

*Wenger*, Der Verbraucherschutz im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1970, 230

*Wenger*, Das Recht der öffentlichen Aufträge (1977)

*Wenger*, Organisationsgrundlagen und Instrumentarium der direkten Wirtschaftslenkung in Österreich, in *Korinek / Rill*, Grundfragen des Wirtschaftlenkungsrechts (1982), 15

*Wenger*, Ansätze zur inhaltlichen Determinierung nicht hoheitlicher Verwaltungshandlungen im neuen Bundeshaushaltsrecht, Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich, 1988, 1

*Wenger*, Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, I, 1. Aufl. (1989)

*Wenger*, Wirtschaftsrecht - eine juristische Disziplin im Spannungsfeld von Sein und Sollen, in *FS Winkler* (1989), 121

*Wessel*, Die Haltung der Unternehmer zur Zwangskartellierung, in *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart (1985), 188

*Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. (1967)

*Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in *FS Franz Böhm* (1965), 41

*Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941)

*Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950)

*Wilburg*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346

*Wilhelm*, Die Rechtsstellung der Kartelle und die Behandlung ähnlicher Wettbewerbsbeschränkungen in der modernen österreichischen Rechtsentwicklung (1962)

*Willemsen*, Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971), 99

*Wimmer*, Strompreis und Querverbund, Der öffentliche Haushalt, 1988, 8

*Winkler*, Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969)

*Zäch / Giger*, Wichtigste Neuerungen des revidierten schweizerischen UWG, ÖZW 1989, 33

*Zehetner*, Rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der Marktordnung für Schrott in Österreich, Schriftenreihe der Bundeswirtschaftskammer Nr. 60 (1988)

*Zimble*, Der Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend das Verbot der Ankündigung von Zugaben (Prämien) zu Waren und Leistungen, MuW, 598

*Zimble*, Die Verordnung des Bundesministers für Handel und Verkehr vom 11. 11. 1933 über Ausverkäufe und ausverkaufähnliche Veranstaltungen, BGBl 508, JBl 1933, 494

*Zimble*, Der Entwurf einer Verordnung über das Verbot von Zugaben zu Waren oder Leistungen (Zugabenverordnung), JBl 1934, 177

*Zimble*, Die drei neuesten Gesetze auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, JBl 1934, 466