

Wichtige Entwicklungen des Europäischen Wettbewerbsrechts 1998

Vortrag im Rahmen des MANZ-Seminars

Die neuesten Entwicklungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts 1998

Wien, 25. Jänner 1999

von

Dr Alexander Winterstein, LL M (Brügge)

Europäische Kommission, Generaldirektion IV (Wettbewerb), Brüssel

Zweck des heutigen Vortrags ist es, Ihnen einen Überblick über wichtige Entwicklungen des europäischen Wettbewerbsrechts im abgelaufenen Jahr zu geben. Nach einer kurzen Übersicht über die 1998 verabschiedeten Rechtsakte liegt das Schwergewicht bei der Darstellung wichtiger Entscheidungen der europäischen Gerichte sowie der Europäischen Kommission; die Bereiche Beihilfen und Zusammenschlüsse bleiben ausgeklammert. Eine Zusammenfassung der wichtigsten Trends sowie ein Ausblick auf 1999 stehen am Ende des Vortrags.

Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung des Vortragenden wieder. Die Sachverhalte von Entscheidungen konnten im gegebenen Rahmen nur verkürzt wiedergegeben werden. Dies gilt insbesondere für die Erörterung von Fragen der Bußgeldbemessung, bei denen nicht alle von der Kommission berücksichtigten Elemente wiedergegeben werden konnten.

1. VERABSCHIEDETE RECHTSAKTE

1.1. Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen

Im Jänner 1998 veröffentlichte die Kommission Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikeln 15 (2) VO Nr 17 und 65 (5) EGKSV festgesetzt werden ("Leitlinien")¹. Darin wird ein Schema vorgezeichnet, in dessen Rahmen zunächst ein Grundbetrag errechnet wird, der in weiterer Folge aufgrund mildernder Umstände gesenkt bzw aufgrund erschwerender Umstände erhöht werden kann.

Der Grundbetrag errechnet sich nach Maßgabe der Schwere und der Dauer des Verstoßes. Diese Kriterien sind bereits in Artikel 15 (2) VO Nr 17 vorgegeben. Die Leitlinien unterscheiden minder schwere (zB vertikale Beschränkungen mit begrenzten Auswirkungen, Bußgeld voraussichtlich bis bis ECU 1 Million), schwere (zB bedeutende vertikale Beschränkungen, Bußgeld voraussichtlich bis ECU 20 Millionen) und besonders schwere Verstöße (zB Preiskartelle oder Quotenabsprachen, Bußgeld voraussichtlich ab ECU 20 Millionen). Aber auch andere Kriterien werden berücksichtigt.

Bei Verstößen von mittlerer (zwischen einem und fünf Jahren) und langer Dauer (ab fünf Jahren) kann sich die Geldbuße um bis zu 50% im ersten bzw um bis zu 10% pro Jahr im zweiten Fall erhöhen.

Steht aufgrund von Schwere und Dauer der Grundbetrag fest, können mildernde und erschwerende Umstände zu entsprechenden Anpassungen führen.

Im Berichtszeitraum fanden die Leitlinien vor allem in den Entscheidungen VW, British Sugar, Fernwärmetechnik-Kartell und Griechischen Fähren Anwendung.

¹ ABIEG [1998] C 9/3, vgl **Anlag ./5**

1.2. Zusammenschlußkontrolle: VO 1310/97

Diese am 1. März 1998 in Kraft getretene Verordnung² brachte nicht nur neue Schwellenwerte (die nun auch jene Zusammenschlüsse erfassen, welche zwar nicht unter die bisher geltenden Schwellenwerte fallen, aber dennoch bedeutende Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten haben), sondern auch Neuerungen betreffend die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen (GU). Dies ist auch im Rahmen dieses Seminars von Interesse.

Bisher fielen nur solche GU unter die FKVO, die dauernd alle Funktionen einer autonomen Einheit ausübten und nicht zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Muttergesellschaften oder zwischen diesen und dem GU führten. In mehreren Bekanntmachungen unternahm es die Kommission, die Unterscheidungskriterien zwischen solchen „konzentrativen“ GU einerseits und den „kooperativen“ GU andererseits näher zu erläutern. Dennoch verstummte die Kritik an dieser Unterscheidung nicht, da Transaktionen, die einander aus wirtschaftlicher Sicht sehr ähnlich waren, sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich unterschiedlich behandelt wurden: Während die „konzentrativen“ GU in den Genuß der FKVO kamen (kurze Entscheidungsfristen, formale und unbefristete Freigabe und „one-stop shop“ Prinzip), mußten die „kooperativen“ GU mit der Prüfung unter Artikel 85 und dem Verfahren nach VO Nr 17 Vorlieb nehmen.

Diese Differenzierung fällt nun für die Frage des anwendbaren Verfahrens weg. Alle Vollfunktions-GU oberhalb der Schwellenwerte fallen fortan unter die FKVO, unabhängig davon, ob das GU zu Koordinierungseffekten zwischen den Mutterunternehmen führen kann oder nicht. Gleichzeitig gelten die Anmeldepflicht und das Durchführungsverbot der FKVO nun auch für jene GU.

Bei der materiellen Beurteilung eines GU im Rahmen der FKVO kommt die Unterscheidung konzentrativ/kooperativ hingegen wieder zum Tragen. Soweit ein GU nämlich zu Koordinierungseffekten zwischen den Muttergesellschaften führen kann, sind diese nach den Kriterien des Artikel 85 zu prüfen. Dabei hat die Kommission zu berücksichtigen, ob zwei oder mehrere Muttergesellschaften in nennenswertem Ausmaß auf dem Markt des GU oder einem benachbarten Markt (sogenannter „candidate market“) tätig bleiben - und es daher zu *spill over*-Effekten kommen kann - sowie ob die unmittelbar aus der Gründung des GU erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren/Dienstleistungen ermöglicht³. MaW finden auf solche GU sowohl der klassische Marktbeherrschungstest der FKVO als auch - hinsichtlich der Koordinationseffekte - die Prüfung nach Artikel 85 (1) und (3) Anwendung.

² ABIEG [1998] L 180/1

³ Artikel 2 (4) FKVO (neu)

Ein Hinweis auf die seither gemäß Artikel 2 (4) FKVO ergangenen Entscheidungen findet sich unter Punkt 2.1.2.

1.3. EU/US Abkommen über "Positive Comity"

Im Juni 1998 unterzeichneten Vertreter der EU und der USA ein neues Abkommen über die Anwendung der *positive comity*-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln⁴. Der *positive comity* Mechanismus war bereits im EU/US Abkommen von 1991⁵ enthalten gewesen und wird nun näher geregelt.

Im Unterschied zum Grundsatz der *traditional* oder *negative comity*, der im wesentlichen auf die Vermeidung von Konflikten bei parallelen Verfahren abstellt, geht die *active* oder *positive comity* einen Schritt weiter. Danach leitet eine Wettbewerbsbehörde auf Ersuchen einer anderen ein Verfahren ein. Die ersuchende Behörde erkennt in solchen Fällen, daß die ersuchte Behörde besser in der Lage ist, einen bestimmten Fall zu untersuchen, und setzt ihre eigene Untersuchung vorerst aus oder tritt sie an die ersuchte Behörde ab.

Das neue Abkommen präzisiert nun die Umstände, unter denen ein Ersuchen normalerweise gestellt und wie auf der anderen Seite damit umgegangen werden wird. Die ersuchende Behörde wird zB ihre Untersuchung unterbrechen oder abtreten, wenn sich die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hauptsächlich auf dem Gebiet der ersuchten Behörde auswirken und diese willens und in der Lage ist, den Fall zu untersuchen.

Zusammenschlüsse sind davon indes nicht erfaßt, da weder die FKVO noch die einschlägigen US-Vorschriften eine derartige Unterbrechung oder Abtretung vorsehen. An dieser Stelle sei aber erwähnt, daß die Grundsätze der *negative comity* und einige Elemente der *positive comity* im Rahmen des Abkommens aus 1991 bereits in Zusammenschlußfällen angewendet wurden.

In der Praxis kam es bisher erst selten zur Anwendung des *comity* Grundsatzes. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang der Fall Nielsen/IRI (1996), in dem IRI sowohl bei der Kommission als auch beim US Department of Justice Beschwerden gegen Nielsen wegen des Verdachts des Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung in Europa eingebracht hatte. Das DoJ überließ hier der Kommission der Vortritt und stellt sein Verfahren schließlich ein, als die Kommission von Nielsen die erforderlichen Verpflichtungen erhalten hatte.

⁴ ABIEG [1998] L 173/28

⁵ ABIEG [1991] L 131/38

1.4. Mitteilung betreffend Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich

Zweck dieser Mitteilung⁶ ist es, die aus dem Wettbewerbsrecht abgeleiteten Grundsätze für den Zugang zu Netzen darzulegen. Die Mitteilung verdient aber auch wegen einiger interessanter allgemeiner Ausführungen Erwähnung, etwa zu den Bereichen Marktabgrenzung, *essential facilities* und Preismißbräuche iSv Artikel 86 (insbesondere zu Verdrängungspreisen).

1.5. Verfahrensregeln für Beihilfeverfahren

Im November 1998 erzielte der Industrieministerrat Einigkeit über den Text einer neuen Verordnung, in der erstmals alle Verfahrensvorschriften für das Beihilfeverfahren zusammengefaßt sein werden. Zusätzlich werden die Befugnisse der Kommission zur effektiven Beihilfenkontrolle erweitert: Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Kommission in Hinkunft die sofortige vorläufige Rückzahlung illegal geleisteter Beihilfen anordnen. Die Kommission wird künftig auch Nachprüfungen vor Ort vornehmen können.

Die formale Verabschiedung der Verordnung wird unmittelbar nach Vorliegen der Stellungnahme des Europäischen Parlaments erfolgen.

1.6. Reform des Verfahrensrechts

Ende Dezember 1998 hat die Kommission zwei Verordnungen erlassen, die das Verfahren in Wettbewerbssachen vereinfachen und benutzerfreundlicher machen sollen. Beide Verordnungen sollen mit 1. Februar 1999 an die Stelle der bis dahin geltenden Verordnungen Nr 99/63, 1629/69, 1630/69, 4060/88 und 4261/88 treten.

Die erste Verordnung⁷ bringt u.a. Neuerungen des Anhörungsverfahrens. So werden bei mündlichen Anhörungen in Hinkunft Tonbandaufzeichnungen an die Stelle schriftlicher Protokolle treten. Die neue Verordnung wird für alle Wettbewerbsverfahren - mit Ausnahme des Transportsektors - gelten.

Für den Transportsektor schließlich bringt die zweite Verordnung ein neues Formblatt mit der Bezeichnung "TR", ähnlich den schon bekannten Formblättern A/B und C/O.

⁶ ABIEG [1998] C 265/2

⁷ VO Nr 2842/98 vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABIEG [1998] L 345/18; vgl **Anlage ./7**

2. ARTIKEL 85

2.1. Entscheidungen der Europäischen Kommission

2.1.1. Kartelle und horizontale Verbote

2.1.1.1. Legierungszuschlag

Mit Entscheidung vom 21. Januar 1998 belegte die Kommission sechs Hersteller nichtrostender Flachstahlerzeugnisse in Rollen mit Geldbußen, weil sie sich untereinander bei der Berechnung des sogenannten Legierungszuschlages abgestimmt hatten⁸.

Der Markt für nichtrostende Flachstahlerzeugnisse ist durch hohe Konzentration (die beteiligten Unternehmen erreichen zusammen 90% Marktanteil) und große Überkapazitäten gekennzeichnet. Die Kosten der von den Stahlherstellern verwendeten Legierungselemente (zB Nickel und Chrom) machen einen sehr hohen Anteil der gesamten Herstellungskosten aus. Da die Kurse dieser Rohstoffe extremen Schwankungen unterliegen, wollen die Hersteller diese Schwankungen auf die Preise überwälzen, ohne aber dabei jedesmal den Grundpreis ändern zu müssen.

Ende 1993 trafen einander die wichtigsten Erzeuger daher zu einer Besprechung, um die Wiedereinführung des Legierungszuschlags - eines Differenzbetrags zwischen dem jeweiligen Mittelkurs des Rohstoffs und einem zuvor gewählten Referenzpreis - zu diskutieren. Die Mehrheit der Teilnehmer sprach sich für die frühestmögliche Anwendung des Zuschlages aus. Aus den bei mehreren Nachprüfungen gefundenen Unterlagen ergab sich weiter, das die Unternehmen einander nach der Besprechung detaillierte Informationen über Berechnungseinzelheiten und Höhe der Legierungszuschläge zukommen ließen.

Die Kommission hatte in diesem Fall Artikel 65 (1) EGKS-V anzuwenden, der wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen ebenso untersagt wie Artikel 85 (1). Auch hier gilt, daß es auf tatsächliche Marktauswirkungen nicht ankommt, wenn das Kartell die Einschränkung des Wettbewerbs zum Ziel hat (wenngleich die Auswirkungen hier beträchtlich waren).

Angesichts der zu jener Zeit besonders kritischen Situation des Sektors reduzierte die Kommission die Geldbuße um 10%. Eine weitere Reduktion erfolgte im Rahmen der sogenannten "Kronzeugenregelung"⁹ (Abschnitt D), da die Unternehmen, in unterschiedlichem Ausmaß, mit der Kommission zusammengearbeitet hatten.

⁸ ABIEG [1998] L 100/55

⁹ ABIEG [1996] C 207/4, vgl **Anlage ./6**;

2.1.1.2. Trans-Atlantic Conference Agreement

Im September 1998 entschied die Kommission über die 1994 von den Mitgliedern des Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) angemeldete Vereinbarung¹⁰. Die Kommission stellte mehrere Verstöße gegen Artikel 85 fest, die weder unter die Gruppenfreistellungsverordnung für Linienschiffahrtskonferenzen¹¹ fielen noch einzelfreigestellt werden konnten.

Das Interesse dieser Entscheidung liegt vor allem auf dem Gebiet des Artikel 86, weshalb sie dort besprochen wird.

2.1.1.3. British Sugar u.a.

Nicht zum ersten Mal hatte sich die Kommission mit wettbewerbsbeschränkenden Praktiken auf dem englischen Zuckermarkt zu befassen¹². Im Oktober 1998 verhängte die Kommission Geldbußen in der Höhe von insgesamt ECU 50,2 Millionen über zwei Zuckererzeuger, *British Sugar* und *Tate & Lyle*, sowie zwei Handelsunternehmen, *Napier Brown* und *James Budgett*¹³. Diese Unternehmen verfolgten Mitte der achtziger Jahre eine gemeinsame, auf höhere Preise gerichtete Strategie für weißen Granulatzucker (auf den Teilmärkten für Einzelhandels- und für Industriekunden), um den bis dahin geführten Preiskampf zu beenden.

Zu diesem Zweck trafen sich diese Unternehmen zu Besprechungen, in deren Rahmen der Marktführer, *British Sugar*, die anderen Teilnehmer über bevorstehende Preiserhöhungen informierte.

In ihren rechtlichen Ausführungen bewegt sich die Entscheidung auf bekannten Bahnen. Zunächst erinnert die Kommission daran, daß es bei Vorliegen eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks einer abgestimmten Verhaltensweise auf die tatsächlichen Auswirkungen nicht ankommt. Im Sinne des Selbstständigkeitspostulats erfaßt das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen nach der Rsp des Gerichtshofs jede unmittelbare oder mittelbare Kontaktaufnahme zwischen Unternehmen, die bezweckt oder bewirkt, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst setzen wird oder zu setzen erwägt¹⁴.

Zwar konnte die Kommission in diesem Fall die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der (nachgewiesenen) Besprechungen auf konkrete

¹⁰ Entscheidung vom 16. September 1998, noch nicht im ABIEG veröffentlicht

¹¹ ABIEG [1986] L 378/4

¹² vgl Entscheidung vom 18. Juli 1988, Napier Brown - British Sugar, ABIEG [1988] L 284/41

¹³ Entscheidung vom 14. Oktober 1998, noch nicht im ABIEG veröffentlicht

¹⁴ vgl zB Rs 40/73 u.a., Suiker Unie, Slg [1975] 1663

Marktpreise nicht exakt bestimmen, doch ergibt sich schon aus der Funktion und dem Wert dieser Besprechungen für die beteiligten Unternehmen, daß sie den Wettbewerb mittels Preisabstimmung zu beschränken suchten.

Die Geldbußen wurden auf der Grundlage der Leitlinien festgesetzt. Einerseits lag hier ein grundsätzlich "besonders schwerer" Verstoß vor, andererseits jedoch stützte die Kommission ihre Entscheidung nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen, und der Verstoß war außerdem auf das Gebiet nur eines Mitgliedstaates beschränkt. Die Kommission betrachtete den Verstoß hier daher lediglich als "schwer". Hinsichtlich *British Sugar* kam erschwerend hinzu, daß es nicht nur "Anstifter" des Verstoßes war, sondern auch gegen die Bestimmungen jenes "compliance"-Programms verstoßen hatte, welches im Rahmen der Napier Brown Entscheidung noch als mildernd berücksichtigt worden war. Die Geldbuße wurde demnach um 75% erhöht.

Auch die "Kronzeugenregelung" kam zur Anwendung¹⁵. Keines der Unternehmen hatte die in den Beschwerdepunkten dargestellten Fakten bestritten, was unter Berücksichtigung aller übrigen Umstände eine Reduktion um 10% brachte (Abschnitt D.2, zweiter Gedankenstrich). *Tate & Lyle* hatte darüber hinaus der Kommission belastende Unterlagen zu einem Zeitpunkt übermittelt, als diese von den gegenständlichen Verhaltensweisen noch nichts wußte. Die Erfüllung der Kriterien des Abschnitts B, mit Ausnahme der andauernden Zusammenarbeit (vgl. B.d), führte zu einer Reduktion um (weitere) 40% gemäß Abschnitt D.2, erster Gedankenstrich.

2.1.1.4. Fernwärmetechnik-Kartell

Mit Entscheidung vom 21. Oktober 1998¹⁶ verhängte die Kommission über zehn Hersteller von vorgedämmten Fernwärmerohren Geldbußen in der Höhe von insgesamt ECU 92,1 Millionen, weil diese seit Beginn der neunziger Jahre in gegenseitiger Abstimmung europaweit Märkte unter sich aufgeteilt, die Angebotsabgabe für einzelne Projekte manipuliert, Preise einzelner Projekte untereinander abgestimmt sowie einen mißliebigen Konkurrenten aus dem Markt zu drängen versucht haben.

Das Kartell war zweistufig aufgebaut. Der "Geschäftsführer-Club" überwachte das Kartell und legte die Quoten sowohl für den Gesamtmarkt als auch für die einzelnen Inlandsmärkte fest. In jedem wichtigen Inlandsmarkt wurde weiters eine mit den Verkaufsleitern beschickte "Kontaktgruppe" eingerichtet, welche die im "Geschäftsführer-Club" festgelegten Quoten umzusetzen, einzelne Aufträge zuzuteilen und die Angebote zu koordinieren hatte. Dabei galt der Grundsatz des Kundenbestandschutzes, wonach durch

¹⁵ *per analogiam* angewendet, da die Bekanntmachung zum relevanten Zeitpunkt noch nicht veröffentlicht war.

¹⁶ noch nicht im ABIEG veröffentlicht

entsprechende Anbotsmanipulationen der übrigen Unternehmen die Aufträge dem jeweiligen "Favoriten" (dem bisherigen Lieferanten) zukommen sollten.

Als sich der schwedische Hersteller Powerpipe - der als einziger maßgeblicher Wettbewerber nicht dem Kartell angehörte - anschickte, auf dem deutschen Markt tätig zu werden und dort gegen das Kartell einen Auftrag erlangen konnte, reagierten die Kartellmitglieder unverzüglich mit einem Lieferboykott. Schon zuvor hatten die Kartellmitglieder systematisch versucht, Powerpipe aus dem Geschäft zu drängen.

Die rechtlichen Ausführungen beziehen sich vor allem auf die Konzepte der kontinuierlichen Zuwiderhandlung¹⁷ sowie der "Vereinbarung" bzw der "abgestimmten Verhaltensweise". Wegen des eindeutig wettbewerbsfeindlichen Zwecks waren auch hier nicht erforderlich zu prüfen, in welchem Ausmaß die Beschränkungen tatsächlich zum Erreichen des verfolgten Ziels beitrugen.

Bei der Bemessung der Geldbußen kamen sowohl die Leitlinien als auch die "Kronzeugenregelung" zur Anwendung:

Der Verstoß - Marktaufteilung und Preisabsprachen - war naturgemäß als "besonders schwer" zu werten. Dazu kam noch die Annahme eines betrügerischen Verfahrens im Rahmen der Angebotsabsprache, wodurch der Sinn und Zweck der gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften unterlaufen wurde. Die Grundbeträge wurden nach der jeweiligen Größe und Bedeutung der Unternehmen gewichtet.

Die Rolle des Anstifters und Anführers sowie die Fortsetzung des Verstoßes nach den 1995 unangekündigt durchgeführten Nachprüfungen brachten dem Unternehmen ABB eine Erhöhung des Bußgeldes um 50% ein. Erschwerend wirkte sich weiters dessen führende Rolle bei den Vergeltungsmaßnahmen gegenüber Powerpipe aus. Allerdings hatte ABB (ebenso wie die anderen Unternehmen) nach Versendung der Auskunftsverlangen wesentlich zur Sachverhaltsermittlung beigetragen, weshalb die Geldbuße gemäß Abschnitt D der "Kronzeugenregelung" um 30% herabgesetzt wurde. Die meisten Unternehmen konnten auch deshalb eine Herabsetzung erreichen, weil sie die gegen sie erhobenen Beschuldigungen nicht bestritten hatten.

2.1.1.5. Griechische Fähren

Im Juni 1994 hatte die Kommission aufgrund einer Beschwerde unangekündigt Nachprüfungen bei einem italienischen und fünf griechischen Fährenbetreibern vorgenommen und dabei Hinweise auf jahrelang

¹⁷ vgl Rs T-7/89, Hercules/Kommission, Slg[1991] II-1711: Im Fall eines komplexen Kartells von langer Dauer, bei dem die Vereinbarungen/abgestimmten Verhaltensweisen Teil einer Reihe gemeinsam getätigter Versuche mit dem Zweck sind, der Wettbewerb zu verzerren, kann die Kommission das Verhalten der Unternehmen als eine kontinuierlichen Zuwiderhandlung werten. Diesfalls erübrigt sich auch eine genaue Zuordnung zu der einen oder der anderen Erscheinungsform.

durchgeführte Preisabsprachen auf mehreren Routen zwischen Griechenland und Italien gefunden.

Die Unternehmen bestritten die Existenz von Absprachen im wesentlichen nicht, beriefen sich aber auf griechische Gesetze und Vorschriften, die derartige Absprachen vorgesehen hätten. In der Tat waren zur Zeit des Verstoßes Bestimmungen in Kraft, die (unter behördlicher Aufsicht) einen wettbewerbsdämpfenden Einfluß auf die Tarife für innergriechische Fahrten ausübten. Auf Fahrten zwischen Griechenland und Italien hatten diese Bestimmungen hingegen keinen Einfluß. Die zuständigen griechischen Behörden bestritten vehement jede Beteiligung an der Tarifgestaltung auf internationalen Routen.

Die rechtlichen Ausführungen zu Artikel 85 gehen nicht über bereits Bekanntes hinaus. Was die Bemessung der Geldbußen betrifft, war der Verstoß seiner Natur nach grundsätzlich nach als "besonders schwer" iSd Leitlinien zu werten. Allerdings berücksichtigte die Kommission, daß die Parteien sich nicht immer an die Vereinbarungen hielten und die Auswirkungen am Markt - auf die es angesichts des eindeutig wettbewerbsfeindlichen Zwecks zwar grundsätzlich nicht ankommt - gering waren. Außerdem war das Passagieraufkommen auf den betroffenen Routen vergleichsweise gering. Angesichts dieser besonderen Umstände betrachtete die Kommission den Verstoß bloß als "schwer" und gewährte wegen der teilweise offenbar nicht restlos klaren Beteiligung der griechischen Behörden einen Abschlag von 15%.

Schließlich bestritten die Unternehmen die in den Beschwerdepunkten erhobenen Anschuldigungen nicht und konnten so eine Herabsetzung der Geldbuße um 20% auf insgesamt etwa ECU 9 Millionen erreichen (vgl Abschnitt D der "Kronzeugenregelung")¹⁸.

2.1.2. *Joint Ventures gemäß Artikel 2 (4) FKVO*

Im Berichtszeitraum hat die Kommission insgesamt 14 GU unter dem neuen Artikel 2 (4) geprüft und freigegeben¹⁹. In einem Fall wurde die zweite Prüfphase eingeleitet²⁰. Die Mehrzahl der Fälle betraf die Bereiche Internet, Telekommunikation und Telekommunikationsausrüstung; ein GU war auf dem Gebiet des asset management zu prüfen²¹.

¹⁸ Entscheidung vom 9. Dezember 1998, noch nicht im ABIEG veröffentlicht

¹⁹ E vom 27.5.1998 JV.1 - Telia/Telenor/Schibsted; E vom 22.6.1998 JV.2 - ENEL/FT/DT; E vom 8.7.1998 JV.3 BT/Airtich/Airtel; E vom 4.8.1998 JV.5 - Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann; E vom 11.8.1998 JV.6 - Ericsson/Nokia/Psion; E vom 11.8.1998 JV.4 - Viag/Orange UK; E vom 14.8.1998 JV.7 - Telia/Sonera/Lithuanian; E vom 18.8.1998 JV.9 - Telia/Sonera/Motorola/Omitel; E vom 15.9.1998 JV.11 - @Home Benelux; E vom 28.9.1998 JV.8 Deutsche Telekom/Springer/Holtzbrinck/Infos; JV.13 - Wintershall/EnBW/MVY/WY/DEO;

²⁰ JV.15 - BT/AT&T

²¹ E vom 26.11.1988 JV.14 - PanAgora/DG Bank

Im Rahmen dieses Seminars kann zwar auf diese Entscheidungen im einzelnen nicht eingegangen werden, doch lassen sich bereits einige Trends ablesen. So spielte etwa die Größe des gemäß Artikel 2 (4) untersuchten Marktes im Vergleich zu jenem des GU (der im Hinblick auf Marktbeherrschung geprüft wird) für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit von Koordinationseffekten eine wichtige Rolle. Als ebenso wichtig haben sich die Charakteristika der betreffenden Märkte sowie die Berücksichtigung bereits bestehender Verbindungen zwischen den Muttergesellschaften erwiesen.

Zusammenfassend zeigen diese ersten Fälle mE, daß die Kommission zwar die mögliche Beschränkung potentiellen Wettbewerbs auf dem Markt des GU sowie auf benachbarten Märkten genau prüft, dabei aber - und das ist eine eher neue Entwicklung - besonderes Augenmerk auf die Marktstruktur legt. In den besprochenen Fällen war es denn auch meist die Marktstruktur, die Koordinationsgefahren als unwahrscheinlich erscheinen ließ und eine eingehende Prüfung daher überflüssig machte. Die Grundsätze für die Handhabung des neuen Artikel 2 (4) werden sich wohl erst im Rahmen von problematischen Fällen, die nicht innerhalb der ersten Prüfphase abgeschlossen werden können, herausbilden.

2.1.3. Vertikale Verbote

2.1.3.1. Volkswagen

Die mit Entscheidung vom 28. Jänner 1998²² über die Volkswagen AG verhängte Geldbuße war mit ECU 102 Millionen die bisher höchste für ein einzelnes Unternehmen.

Begonnen hatte es mit Beschwerden österreichischer und deutscher Konsumenten, die vergeblich versucht hatten, den damals für sie günstigen Lira-Kurs zu nützen und Fahrzeuge, insbesondere der Marke Audi, in Italien billig zu kaufen und dann nach Österreich bzw Deutschland auszuführen.

Im Zuge von unangekündigten Nachprüfungen sowohl in der Zentrale und den betroffenen Filialen als auch bei Importeuren fand die Kommission eine Reihe von Unterlagen (insbesondere Anweisungen von Audi an seinen italienischen Hauptimporteur), aus denen sich eine globale Strategie zur Verhinderung von Parallelexporten erkennen ließ.

Rechtlich bringt die Entscheidung wenig Neues und bleibt auf der Linie der einschlägigen Rsp²³. In diesem Fall prüfte (und verneinte) die Kommission zusätzlich auch die Anwendbarkeit der KVZ-Gruppenfreistellungsverordnung. Erwähnenswert erscheint der Umstand, daß die Kommission die von der internen Rechtsabteilung hervorgehenden Schriftstücke nicht als vom "Anwaltsprivileg" erfaßt betrachtete.

²² ABIEG [1998] L 124

²³ Rs 197/82, AEG, Slg [1983] 3151; Rs 25,26/84, Ford-Werke, Slg [1985] 2725

Bei der Bemessung des Bußgelds wandte die Kommission erstmals ausdrücklich ihre Leitlinien an. Erschwerend war dabei insbesondere der Umstand zu werten, daß Volkswagen auch nach zwei “Warnschreiben” der Kommission an seiner Praxis festgehalten hatte.

2.1.3.2. Van den Bergh

Zwei weitere Schlachten wurden im Berichtszeitraum im „Eiskrieg“ geschlagen. Die erste wurde zwar vor dem EuGH ausgetragen, wird aber des besseren Überblicks wegen hier mitbehandelt.

Wie erinnerlich hatte zunächst die Kommission²⁴ und dann das GeI²⁵ die von Langnese und Schöller mit Wiederverkäufern in Deutschland abgeschlossenen ausschließlichen Kühltruhen-Vereinbarungen als mit Artikel 85 (1) unvereinbar erklärt. Dabei kam insbesondere die „Bündeltheorie“ zum Tragen, wonach bei einem Netz gleichartiger Vereinbarungen eines einzigen Herstellers die Beurteilung der Auswirkungen dieses Netzes auf den Wettbewerb für die Gesamtheit der das Netz bildenden Einzelverträge gilt.

Die von Langnese gegen die Entscheidung des GeI eingebrachte Berufung blieb erfolglos, in erster Linie aus verfahrensrechtlichen Gründen, die hier nicht weiter interessieren. Der Gerichtshof bestätigte auch - zum wiederholten Mal - die beschränkten Rechtswirkungen von Verwaltungsschreiben; die Kommission kann ein Verfahren jederzeit wiederaufnehmen, wenn sich wichtige Umstände ändern²⁶.

Schauplatz der zweiten Auseinandersetzung war Irland. Dort hatte zunächst der *Irish High Court* entgegen dem Vorbringen des Klägers Mars im Jahr 1992 entschieden, daß die von der Unilever-Tochter HB Ice Cream Limited („HB“; nunmehr Van den Bergh Foods Limited) praktizierte Kühltruhenausschließlichkeit, wonach HB den Einzelhändlern die erforderlichen Kühltruhen - gebührenfrei, jedoch ausschließlich für die Lagerung von HB-Erzeugnissen - zur Verfügung stellt, mit Artikeln 85 und 86 vereinbar wäre. Die Problematik der Kühltruhenausschließlichkeit ist aus den oben erwähnten deutschen Fällen hinreichend bekannt.

Die Kommission hatte bereits 1991 ein Verfahren eingeleitet (Beschwerdeführer war wieder Mars) und 1995 eine Einigung mit HB erzielt. Danach hatte HB eine gewisse Anzahl von Kühltruhen abzugeben. Außerdem wurden Maßnahmen vereinbart, die zu verstärkter Anschaffung (statt bloßer Anmietung) von Kühltruhen durch Einzelhändler führen und so das Problem entschärfen sollten. Die von der Kommission erwarteten Entwicklungen traten indes nicht ein, und das Verfahren wurde 1997 wieder aufgenommen.

²⁴ Entscheidung vom 23. Dezember 1992, Mars, ABIEG [1993] L 183

²⁵ Rs T-7/93, Langnese und Rs T-9/93, Schöller, Slg [1995] 1533 und 1611

²⁶ Rs C-279/95, Langnese-Iglo/Kommission, Urteil vom 1. Oktober, noch nicht in Slg veröffentlicht

Nach einer ausführlichen Marktabgrenzung und der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von HB (was in Folge - im Unterschied zu den deutschen Fällen - eine Beurteilung auch unter Artikel 86 ermöglichte) legt die Kommission dar, warum das von HB aufgezugene, dichte Netz von Kühltruhenvereinbarungen den Wettbewerb spürbar beschränkt. Sie beruft sich dabei vor allem auf die kumulative Wirkung dieser Vereinbarungen. Da Einzelhändler in der Regel weder eigene noch zusätzliche Kühltruhen in ihren Geschäften aufstellen wollen, sehen sich konkurrierende Lieferanten vom Verkauf ihrer Produkte an den betroffenen Verkaufsstellen (40% aller Verkaufsstellen) ausgeschlossen.

Im Unterschied zu den deutschen Fällen erklärt die Kommission die Vereinbarung nicht in ihrer Gesamtheit, sondern lediglich die darin enthaltene Ausschließlichkeitsklausel als mit Artikel 85 (1) unvereinbar.

Interessant ist jedenfalls der schon kurz erwähnte Umstand des parallelen nationalen Verfahrens. Die Kommission beruft sich in diesem Zusammenhang auf die besondere politische, wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des vorliegenden Falles für die Gemeinschaft, zumal es um fundamentale Aspekte von Geschäftspraktiken geht, die überall in der Gemeinschaft angewandt werden.

In einem solchen Fall von besonderem Gemeinschaftsinteresse kann die Kommission auch dann tätig werden, wenn bereits ein Verfahren vor dem nationalen Gericht läuft. Die Kommission weist auch darauf hin, daß der *Irish Supreme Court* als innerstaatliche Rechtsmittelinstanz ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof richten kann. Dies hat der *Supreme Court* im Juni 1998 auch getan²⁷. Da auch Unilever gegen die vorliegende Entscheidung Nichtigkeitsklage an das GeI erhoben hat²⁸, wird es interessant sein zu sehen, wie beiden europäischen Gerichte in dieser Sache entscheiden werden²⁹.

Der "Eiskrieg" dürfte jedenfalls noch lange nicht zu Ende sein³⁰.

²⁷ Rs C-344/98, Master Food Ltd/HB Ice Cream Limited

²⁸ Rs T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd/Kommission; mit Beschluß vom 7. Juli 1998 hat der Präsident des GeI die Durchführung der Kommissionsentscheidung bis zur Urteilsverkündung ausgesetzt.

²⁹ Artikel 47 (3) des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs legt die Möglichkeiten des GeI fest, ein vor diesem anhängiges Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH auszusetzen.

³⁰ Laut einem Bericht der *Finacial Times* vom 23. Dezember 1998 hat die britische *Monopolies and Merger Commission* beschlossen, den britischen Eiscrememarkt (erneut) unter die Lupe zu nehmen. Im Vereinigten Königreich erreicht die Unilever-Tochter *Birds Eye Wall's* einen Marktanteil von fast 70%. Mitbewerber machen geltend, daß sie durch die auch dort bestehenden exklusiven Kühltruhenverträge dieses Unternehmens vom Markt ausgeschlossen werden.

2.2. Urteile der Europäischen Gerichte

2.2.1. *Javico International*

In zwei Fällen hatte sich der Gerichtshof im Berichtszeitraum mit der Zulässigkeit von Parallelimporten in das Gebiet der Gemeinschaft zu befassen. Im April 1998 ging es zunächst um die Anwendbarkeit von Artikel 85 auf ein vertragliches Exportverbot aus Gebieten außerhalb der Gemeinschaft³¹.

Die Vorlagefragen ergaben sich aus einem Rechtsstreit zwischen Yves Saint Laurent Parfums S.A. (YSL) und Javico, seinem Vertriebspartner für Rußland, die Ukraine und Slowenien. Die Vertriebsverträge untersagten Javico, die vertragsgegenständlichen YSL-Erzeugnisse außerhalb dieser Länder zu verkaufen. Als diese Erzeugnisse dennoch in Großbritannien, Belgien und den Niederlanden auftauchten, kündigte YSL die Verträge und klagte Javico auf Schadenersatz. Javico wandte die Nichtigkeit der Exportverbote (Artikel 85(2)) ein.

In seinem mit einiger Spannung erwarteten Urteil rief der Gerichtshof zunächst seine stRsp in Erinnerung, wonach Exportverbote in Verträgen über den Vertrieb innerhalb der Gemeinschaft schon ihrem Wesen nach eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Dazu muß eine Wettbewerbsbeschränkung noch spürbar und geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Letzteres hängt insbesondere von der Stellung und der Bedeutung der Vertragsparteien auf dem Markt der betroffenen Erzeugnisse ab.

Diese Überlegungen sind indes in dieser Form nicht auf Vertriebsvereinbarungen anwendbar, die sich auf Vertragsgebiete außerhalb der Gemeinschaft beziehen. In jenen Fällen sollen Exportverbote ja nicht Parallelimporte innerhalb der Gemeinschaft verhindern, sondern dem Hersteller die Durchdringung eines außerhalb der Gemeinschaft liegenden Marktes ermöglichen. Folglich haben Exportverbote in solchen Verträgen nicht den Zweck, den Wettbewerb spürbar einzuschränken.

Dies bedeutet freilich noch nicht, daß die Exportverbote auch keine Wettbewerbsbeschränkung *bewirken*. Dazu muß nach stRsp zuerst der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang geprüft werden, wobei der Gerichtshof diesmal zwei Kriterien anführt, die ihm wichtig erscheinen: Zum einen sei die Marktstruktur (oligopolistisch oder nicht) und zum anderen allfällige Preisunterschiede innerhalb und außerhalb der Gemeinschaft in Betracht zu ziehen. Preisunterschiede seien allerdings dann nicht wesentlich, wenn diese durch Einfuhrzölle, Transport- oder andere Kosten ausgeglichen werden.

³¹ Rs C-306/96, *Javico International und Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums SA*, Slg [1998] I-1983

Doch auch mit dieser - für den nationalen Richter sicherlich nicht einfach umzusetzenden - Prüfung ist es noch nicht getan. Es bleibt nämlich noch zu prüfen, ob durch die Exportverbote die innergemeinschaftlichen Warenströme spürbar beeinflußt werden können. Dies sei dann nicht anzunehmen, wenn die zur Ausfuhr in die betroffenen "Drittmärkte" bestimmten Erzeugnisse nur einen unbedeutenden Anteil am Gesamtmarkt innerhalb der Gemeinschaft haben.

Schließlich hielt der Gerichtshof noch fest, daß es für die Beurteilung der oben besprochenen Fragen ohne Belang sei, daß YSL-Erzeugnisse innerhalb der Gemeinschaft im Rahmen eines einzelfreigestellten selektiven Vertriebssystems verkauft werden.

Die zweite Entscheidung zu dieser Thematik wird im zweiten Teil dieses Seminars behandelt³².

2.2.2. *Karton*

Siebzehn der insgesamt neunzehn Unternehmen, die 1994 von der Kommission wegen verbotener Absprachen und abgestimmter Verhaltensweisen mit Geldbußen belegt worden waren³³, hatten dagegen Nichtigkeitsklagen erhoben. Im Mai 1998 wies das GeI die Klagen im wesentlichen ab³⁴.

Hinsichtlich der Teilnahme an den Absprachen ging es einerseits um Beweisfragen, andererseits um Fragen der Zurechnung. Nicht gerade erleichtert wurde deren Beurteilung durch die Komplexität der von den Beteiligten geschaffenen Strukturen. Es gab die Studiengruppe Karton und die President Working Group (PWG), die ihrerseits an die Präsidentenkonferenz berichtete. Vornehmlich zur Umsetzung der von der Working Group beschlossenen Preisinitiativen wurde später das Joint Marketing Committee gegründet, welchem wiederum das Wirtschaftsausschuß zu berichten hatte. Die Tätigkeiten der Studiengruppe Karton wurden schließlich durch ein Informationsaustauschsystem unterstützt.

Das GeI prüfte die von der Kommission vorgelegten Beweise für die Teilnahme an der Absprache sowohl einzeln als auch in ihrem Gesamtzusammenhang. Dies führte in einigen Fällen dazu, daß das GeI die Teilnahme des betreffenden Unternehmens während bestimmter Zeiträume oder hinsichtlich bestimmter Teile der Absprache nicht als erwiesen ansah; in einem einzigen Fall hob das GeI den jenes Unternehmen betreffenden Teil der Entscheidung aus Mangel an Beweisen zur Gänze auf.

³² Rs C-355/96, *Silhouette International Schmid/Hartlauer*, Urteil vom 16. Juli 1998

³³ Entscheidung vom 13. Juli 1994, "*Karton*", ABIEG L 243

³⁴ 17 Urteile jeweils vom 14. Mai 1998, noch nicht in Slg veröffentlicht

Das GeI bestätigte auch, daß ein Unternehmen unter bestimmten Umständen auch dann für die Teilnahme an einer “Globalabsprache” verantwortlich ist, wenn es nicht an allen Teilen der Absprache unmittelbar beteiligt war.

Das beinahe vollständige Fehlen von Sitzungsprotokollen des JMC war nach Ansicht des GeI als Beweis dafür zu werten, daß die beteiligten Unternehmen (wie von der Kommission behauptet) den wahren Inhalt der Gespräche innerhalb dieses Gremiums verbergen wollten.

Aufgrund der zunehmenden Komplexität gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen sowie der häufig stattfindenden Umstrukturierungen gewinnen Zurechnungsfragen im Kartellrecht an Bedeutung. Beide Aspekte werden in den Entscheidungen angesprochen: Das Verhalten der Unternehmensvereinigung Finnboard war deren Mitgliedern zuzurechnen, da Finnboard nicht unabhängig am Markt auftreten konnte und daher als wirtschaftliche Einheit mit jedem seiner Mitglieder zu betrachten sei. Gleiches gilt für die Zurechnung des Verhaltens von Tochtergesellschaften gegenüber deren Müttern, wobei im Falle einer 100%-Beteiligung von einer Beherrschung durch die Muttergesellschaft auszugehen ist.

Im Falle von Umstrukturierungen bleibt der Wettbewerbsverstoß grundsätzlich an jener juristischen Person “hängen”, die das Unternehmen zum Zeitpunkt des Verstoßes betrieben hat.

Auf verfahrensrechtlicher Ebene ging es vor allem um die verhängten Geldbußen³⁵. Für die “Kartellanführer” wurde ein höherer Grundbetrag (9% vom Jahresumsatz) gewählt als für die anderen Beteiligten (7,5%). Innenumsätze werden mitgezählt. Das GeI bestätigte auch die von der Kommission unabhängig von der Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung herangezogenen erschwerenden³⁶ und mildernden Umstände. Erwähnenswert erscheint dabei, daß zwar die Nichtbestreitung der Beschwerdepunkte, nicht aber die Einrichtung eines “compliance” Programms als mildernd gewertet wurden. Stärker als die bloße Nichtbestreitung wog freilich die aktive Zusammenarbeit, wie sie von zwei Unternehmen angeboten wurde; die “Belohnung” bestand in einer Bußgeldherabsetzung um zwei Drittel.

Das GeI wies im übrigen auch den Einwand zurück, die “Kronzeugen”-Bekanntmachung der Kommission verstoße gegen den Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen (Artikel 6 EMRK).

³⁵ Ein Unternehmen, Enso Española, hatte die Vereinbarkeit des europäischen Kartellverfahrensrechts mit Artikel 6 EMRK in Frage gestellt, da die Kommission Untersuchungs- und Entscheidungskompetenzen in sich vereint. Das GeI wies diesen Einwand (erneut) unter Hinweis auf seine eigene umfassende Nachprüfungsbefugnis im Rahmen der Nichtigkeitsklage zurück; Rs T-348/94

³⁶ Die Absprache umfaßte das gesamte Gemeinschaftsgebiet, es handelte sich um einen bedeutenden Wirtschaftsbereich, die Absprachen fanden regelmäßig und in institutionalisiertem Rahmen statt, und es wurden Verschleierungsmaßnahmen getroffen.

2.2.3. John Deere

Im Mai 1998 wies der EuGH die Berufung gegen die Entscheidung des GeI aus 1994³⁷ ab, mit der dieses die Entscheidung der Kommission UK Tractor Registration Exchange³⁸ bestätigt hatte. Gegenstand dieser Verfahren war ein Informationsaustauschsystem für Landwirtschaftstraktoren in Großbritannien. Nach Ansicht der Kommission ermöglichte dieses System jedem Teilnehmer, für jedes Produkt und jede Zeitspanne die Umsätze seiner Konkurrenten in den verschiedenen Regionen sowie die Höhe der Einfuhren zu erfahren. Dadurch würden die Transparenz in diesem hochkonzentrierten Markt erhöht und Zutrittsschranken für Nichtmitglieder errichtet. Die Kommission untersagte daher Fortführung des Systems.

Die Entscheidung der Gerichtshofs³⁹ bringt zum Thema Informationsaustausch wenig Neues. Unter Berufung auf seine stRsp zur abgestimmten Verhaltensweise erinnert der EuGH daran, daß jeder direkte oder indirekte Kontakt zwischen Marktteilnehmern verboten ist, der zu Wettbewerbsbedingungen führt oder führen soll, die von den üblichen Bedingungen abweichen. Zwar fördert hohe Transparenz zwischen den Marktteilnehmern auf tatsächlich kompetitiven Märkten grundsätzlich den Wettbewerb, auf einem konzentrierten, oligopolistischen Markt jedoch vermag ein detaillierter und regelmäßiger Informationsaustausch den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

2.2.4. European Night Services

In einer fast pädagogisch gefaßten Entscheidung⁴⁰ hob das GeI im September 1998 die Freistellungsentscheidung der Kommission in der Sache Night Services⁴¹ aus 1994 auf. Die deutsche, die britische, die französische und die niederländische Bahngesellschaft hatten damals die Freistellung jener Vereinbarungen beantragt, welche sie auf dem Gebiet des Personeneisenbahnverkehrs durch den Ärmelkanaltunnel getroffen hatten⁴².

³⁷ Rs T-35/92, John Deere/Kommission, Slg [1994] II-957

³⁸ ABIEG [1992] L 68/19

³⁹ Rs C-7/95P, John Deere Limited/Kommission, Slg [1998], I-3111

⁴⁰ Verb Rs T-374/94 u.a., European Night Services Ltd/Kommission, Urteil vom 15. September 1998, noch nicht in Slg veröffentlicht; vgl **Anlage ./1**. Zu den Ausführungen betreffend *essential facilities* siehe unten unter 3.2.1

⁴¹ ABIEG [1994] L 259/20

⁴² Dabei ging es zunächst um die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ENS, welches Nachtzugverbindungen zwischen Großbritannien und Zielorten auf dem europäischen Festland durch den Ärmelkanaltunnel anbieten sollte. Die übrigen angemeldeten Vereinbarungen betrafen Betriebsvereinbarungen zwischen ENS und den Bahnunternehmen, wonach letztere gegenüber ENS gewisse Dienstleistungen zu erbringen hatten (Zugförderung auf dem eigenen Streckennetz sowie Bereitstellung von Triebfahrzeugen, Zugpersonal und Fahrplantrasse).

Die Kommission hatte zwar die Freistellung erteilt, jedoch nur unter Auflagen⁴³ und nur für den Zeitraum von acht Jahren. Dagegen und gegen die rechtliche Beurteilung der Kommission in dieser Sache überhaupt wandte sich ENS in seiner Klage.

Das GeI rief zunächst in Erinnerung, daß (auch) im Rahmen von Artikel 85(1) eine sorgfältige und umfassende Analyse des betroffenen Marktes durchzuführen ist. Nur im Fall einer augenfälligen Wettbewerbsbeschränkung, wie etwa Preisabsprachen, Marktaufteilung oder Bindungen von Verkaufsstellen hat diese Abwägung erst im Rahmen von Artikel 85 (3) stattzufinden. Diese Aussage erscheint insbesondere deshalb interessant, weil die Kommission vor dem GeI die Ansicht vertreten hatte, daß die Abwägung zwischen wettbewerbsbeschränkenden und -fördernden Aspekten einer Vereinbarung nicht - im Sinne einer "rule of reason" - im Rahmen des ersten, sondern erst des dritten Absatzes von Artikel 85 zu prüfen sei.

ME ist darin ein Schritt in Richtung eines vom "rule of reason"-Gedanken inspirierten, wirtschaftlich geprägten Ansatzes zu erblicken: Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung kann erst nach eingehender Untersuchung der Marktstruktur und der wirtschaftlichen Begleitumstände sowie nach Abwägung der Vor- und Nachteile für den Wettbewerb angenommen werden. Dabei ist insbesondere, wie das GeI weiter ausführt, auf den potentiellen Wettbewerb Bedacht zu nehmen. Das Konzept des potentiellen Wettbewerbs, das bisher von der Kommission eher großzügig gehandhabt wurde, ist in einer wirtschaftlich realistischen Weise anzuwenden.

Die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung dargestellten Überlegungen wurden diesen Anforderungen indes nicht gerecht, weshalb das GeI die behaupteten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarungen nicht als ausreichend erwiesen erachtete. Das GeI gab ENS auch hinsichtlich der - als zu kurz erachteten - Freistellungsdauer Recht und führte dazu aus, daß die Dauer einer Freistellung - insbesondere bei riskanten und kostenintensiven Innovationen - die Amortisation der getätigten Investitionen ermöglichen müsse.

2.2.5. Baustahlgewebe

Im Dezember 1998 wies der EuGH die Berufung gegen das Urteil des GeI in der Sache Baustahlgewebe GmbH/Kommission⁴⁴ zum überwiegenden Teil ab⁴⁵. Allerdings setzte der Gerichtshof die über den Berufungswerber verhängte Geldbuße aufgrund der überlangen Verfahrensdauer vor dem GeI

⁴³ Die Bahnunternehmen sollten die ENS zugesagten Dienstleistungen auch allen "internationalen Gruppierungen" von Bahnunternehmen und allen "Verkehrsunternehmen", die Nachtzüge im Reiseverkehr durch den Tunnel verkehren lassen wollten, zu gleichen technischen und finanziellen Bedingungen erbringen.

⁴⁴ Slg [1995] II-987

⁴⁵ Rs C-185/95 P, Baustahlgewebe GmbH/Kommission, Urteil vom 17. Dezember 1998, noch nicht in Slg veröffentlicht

geringfügig herab. Es sind vor allem die Ausführungen zur Verfahrensdauer, die Aufmerksamkeit verdienen.

Das Verfahren vor dem GeI dauerte in der Tat sehr lange: Zwischen dem Ende des schriftlichen Verfahrens und dem Beschluß auf Eröffnung des mündlichen Verfahrens vergingen 32 Monate. Nach dessen Ende dauerte es weitere 22 Monate bis zur Verkündung des Urteils.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, daß nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts jedermann das Recht auf ein faires Verfahren innerhalb angemessener Zeit hat. Dies gilt auch für die Behandlung von Nichtigkeitsklagen gegen Bußgeldentscheidungen der Kommission.

Zwar räumt der Gerichtshof ein, daß der vorliegende Sachverhalt komplex und die entsprechenden Dokumente umfangreich gewesen seien. Auch das in der Verfahrensordnung des GeI niedergelegte Sprachenrégime sei bei der Beurteilung der Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Dennoch sei eine derartige Verfahrensdauer nur unter außergewöhnlichen Umständen zu rechtfertigen, die hier jedoch nicht vorgelegen seien. Als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer setzte der Gerichtshof die Geldbuße um ECU 50,000 herab. Eine Aufhebung des Urteils selbst kam nicht in Betracht, da die Verfahrensdauer offenkundig keinen Einfluß auf dessen Ergebnis hatte.

3. ARTIKEL 86

3.1. Entscheidungen der Europäischen Kommission

3.1.1. AAMS

Die im Juni 1998 ergangene Bußgeldentscheidung in der Sache Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato⁴⁶ (AAMS) ist vor allem wegen der Rechtsnatur der AAMS - einer Einrichtung des italienischen Staates, die u.a. für die Herstellung, Einfuhr, Ausfuhr und den Vertrieb von Tabakwaren zuständig ist - von Interesse. Die AAMS genießt auf gesetzlicher Grundlage das ausschließliche Recht der Herstellung von Tabakwaren in Italien und übt dieses Recht durch den Betrieb mehrerer Produktionsstätten aus.

Da die AAMS Tabakwaren herstellt und (im Großhandel) vertreibt, ist sie als "Unternehmen" iSd Wettbewerbsvorschriften zu qualifizieren. Dabei spielt es keine Rolle, daß die AAMS keine vom Staat getrennte Rechtspersönlichkeit (wohl aber Geschäftsfähigkeit) besitzt. Auch die - zusätzliche - Ausübung hoheitlicher Aufgaben tut ihrer Unternehmenseigenschaft keinen Abbruch.

AAMS genießt sowohl auf dem Zigarettenmarkt (gemeinsam mit Philip Morris) als auch auf dem Großhandelsmarkt, wo sie für ausländische Hersteller *de facto* obligatorischer Vertragspartner ist, eine Monopolstellung.

⁴⁶ ABIEG [1998] L 252/47

Auf dem dritten von der Kommission definierten Markt, jenem des Einzelhandels, wird AAMS hingegen nicht unternehmerisch tätig, sondern genießt lediglich die ausschließliche Befugnis, die entsprechenden Genehmigungen zu erteilen.

Interessant sind die Ausführungen zum Mißbrauch durch AAMS. Dieser besteht auf dem Großhandelsmarkt u.a. darin, daß AAMS in ihren mit den ausländischen Erzeugern abgeschlossenen Vertriebsverträgen auf Bestimmungen besteht, die - zum Schutz des eigenen Absatzes - stark in die Entscheidungsautonomie der Erzeuger eingreifen⁴⁷. Neben diesen im Rahmen zweiseitiger Rechtsbeziehungen begangenen Mißbräuchen hat sich AAMS aber auch einseitiger Mißbräuche schuldig gemacht, etwa durch ungerechtfertigte Weigerungen, von ausländischen Erzeugern beantragte Mengenerhöhungen zu genehmigen.

Schließlich ist erwähnenswert, daß die Kommission in diesem Fall auch ein Bußgeld verhängt hat (dessen Höhe nach den Grundsätzen der Leitlinien bemessen wurde).

3.1.2. *Trans-Atlantic Conference Agreement*

In der oben unter 2.1.1.2 genannten Entscheidung belegte die Kommission die Mitglieder des TACA mit Geldbußen in der Höhe von insgesamt ECU 273 Millionen⁴⁸, weil sie ihre gemeinsam marktbeherrschende Stellung durch folgende Verhaltensweisen ausgenützt haben:

Zum einen weigerten sie sich, Versendern zu annehmbaren Bedingungen See- und Inlandtransportdienstleistungen zu erbringen. Zum anderen veränderten sie mißbräuchlich die Marktstruktur, indem sie potentielle Wettbewerber zum Beitritt zum TACA bewegten. Unter Berufung die Continental Can Entscheidung des Gerichtshofs⁴⁹ führt die Kommission dazu aus, daß sich unter bestimmten Umständen die Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs wirtschaftlich stärker auswirke als die Ausschaltung gegenwärtigen Wettbewerbs. Artikel 86 habe nicht nur Verhaltensweisen im Auge, die sich unmittelbar negativ auf Verbraucher auswirken, sondern auch solche, die mittelbar - über ihre Wirkung auf die Marktstruktur - zu einem solchen Ergebnis führten.

Zur Begründung der gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der TACA-Mitglieder verweist die Kommission - unter Berufung auf die CEWAL Entscheidung⁵⁰ des GeI - auf deren enge wirtschaftliche Verbindung im

⁴⁷ Danach dürfen etwa die Erzeuger nur zu zwei Terminen pro Jahr neue Marken einführen, sie müssen gewisse Höchsteinfuhrmengen für neue Marken beachten, und sie müssen auf jeder Zigarette den Aufdruck "Monital" (Monopoli Italiani) anbringen.

⁴⁸ Entscheidung vom 16. September 1998, noch nicht im ABIEG veröffentlicht

⁴⁹ Rs 6/72, Slg [1973] 215

⁵⁰ vgl dazu Fußnote 69

Rahmen des TACA (einheitliche Transporttarife und -bedingungen) sowie aufgrund von Konsortialverträgen.

Die Geldbußen wurden anhand der Leitlinien bemessen, wobei die Unternehmen nach ihrer Größe im Verhältnis zum umsatzstärksten TACA-Mitglied gewichtet wurden. Weder erschwerende noch mildernde Umstände waren zu berücksichtigen.

3.1.3. FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG

In dieser gegen die Betreibergesellschaft des Flughafens Frankfurt gerichteten Entscheidung dehnt die Kommission die Télémarketing-Rechtsprechung des Gerichtshofs auf eine Fallgestaltung aus, in der eine marktbeherrschende Stellung in mißbräuchlicher Weise geschützt wird⁵¹.

Es ging dabei um zwei nach Ansicht der Kommission⁵² getrennte Märkte: Jenen für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für Start und Landung von Flugzeugen sowie jenen für die Erbringung von Vorfeldabfertigungsdiensten⁵³. In Anwendung der Entscheidung des Gerichtshofs in Porto di Genova⁵⁴ betrachtete die Kommission den - wirtschaftlich bedeutenden - Flughafen Frankfurt als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

FAG verfügt über das gesetzliche Monopol für den Betrieb des Flughafens Frankfurt (als Einrichtung für Start und Landung von Flugzeugen) und ist gleichzeitig der einzige Erbringer fast aller Vorfeldabfertigungsdienstleistungen, weil sie weder die Selbstabfertigung durch die jeweilige Fluggesellschaft erlaubt noch andere Dienstleister zuläßt. FAG hat demnach auf beiden Märkten eine beherrschende Stellung inne.

Nach stRsp ist die Ausdehnung einer beherrschenden Stellung auf einen benachbarten Markt ohne objektive Rechtfertigung nach Artikel 86 (iVm Artikel 90 (1) im Falle einer der Ausdehnung zugrundeliegenden staatlichen Maßnahme) unzulässig⁵⁵. Ebenso stellt es einen Mißbrauch iSd Artikel 86

⁵¹ Entscheidung vom 14. Januar 1988, FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG, ABIEG [1998] L 72/30

⁵² Nach Ansicht der FAG hingegen handelte es sich aufgrund der engen Verbindung zwischen den beiden Diensten sowie des ergänzenden Charakters der Vorfeldabfertigungsdienste um einen einheitlichen Markt. Die Kommission wies diese Argumente mit dem Hinweis auf die mangelnde Austauschbarkeit sowie auf die Entscheidung des EuGH in Rs T-30/89, Hilti, Slg[1991] II-1439, zurück.

⁵³ Sammelbegriff für eine Vielzahl von Bodenabfertigungsdiensten auf dem Vorfeld, wie etwa Personen- und Gepäckbeförderung, Kabinenreinigung, Rangierleistungen oder Anlieferung von Bordverpflegung

⁵⁴ Rs 179/90, Slg [1991] I-5889

⁵⁵ vgl Rs C-18/88, RTT/GB-Inno-BM, Slg [1991] I-5941; Rs C-271/90 u.a., Spanien u.a./Kommission, Slg [1992] I-5833

dar, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne objektives Bedürfnis eine Tätigkeit auf einem benachbarten Markt vorbehält, die dort von anderen Unternehmen ausgeübt werden könnten, so daß seitens dieser Unternehmen jeglicher Wettbewerb ausgeschaltet zu werden droht⁵⁶.

Im gegenständlichen Fall ging es nun nicht um eine "Ausdehnung" der beherrschenden Stellung auf einen benachbarten Markt, sondern um deren Bewahrung. Durch ihre - in ihrer Eigenschaft als (gesetzlich) ausschließlicher Bereitsteller von Flughafeneinrichtungen - getroffene Entscheidung, alternativen Dienstleistern den Zugang zum Vorfeld zu verweigern und Vorfeldabfertigungsdienste ausschließlich selbst zu erbringen, hat FAG auf diesem benachbarten Markt potentiellen Wettbewerb durch unabhängige Dienstleister oder Fluggesellschaften unterbunden⁵⁷. Die von FAG zur Rechtfertigung dieses Verhalten vorgebrachten Argumente⁵⁸ fanden bei der Kommission ebensowenig Gehör wie die Berufung auf Artikel 90 (2).

Die Kommission trug der FAG daher auf, diesem Verstoß ein Ende zu setzen und einen genauen Plan zur Umgestaltung des Marktes für die Erbringung von Abfertigungsleistungen auf dem Vorfeld vorzulegen.

3.1.4. *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*

Aufgrund einer von Alpha Flight Services (AFS), einem Anbieter von Catering-Diensten am Flughafen Orly, eingebrachten Beschwerde hatte die Kommission zu prüfen, ob die Betreibergesellschaft der beiden Pariser Flughäfen (ADP) durch die Ausgestaltung ihres Abgabensystems gegen das in Artikel 86 normierte Diskriminierungsverbot verstieß.

Da ADP über das gesetzliche Monopol des Betriebs der Flughäfen Orly und Charles de Gaulle - die aufgrund ihrer bedeutenden Stellung einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes bilden - verfügt, war an der beherrschenden Stellung dieser Gesellschaft auf dem (sachlich) relevanten Markt für Dienstleistungen der Flughafenleitung nicht zu rütteln.

Die Schwierigkeit dieses Falles lag eher bei der Feststellung des Mißbrauchs. ADP hob Abgaben in unterschiedlicher Höhe von konkurrierenden Anbietern von Abfertigungsdiensten ein. Angesichts der beherrschenden Stellung der ADP war daher für jede Abgabe zu prüfen, ob diese Unterschiede für gleiche Leistungen ungleiche Voraussetzungen schafften und dadurch den Wettbewerb verfälschten.

⁵⁶ Rs 31/84, *Télémarketing*, Slg [1985] 3261

⁵⁷ Das zwischenzeitliche Inkrafttreten der Richtlinie 96/67/EG vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft (ABIEG [1996] L 272/36) und die von der BRD gemäß Artikel 9 dieser Richtlinie gewährte Freistellung für FAG hatten darauf aus verschiedenen, hier nicht weiter interessierenden Gründen keinen Einfluß.

⁵⁸ Überlastung des Flughafens sowie das Bestehen von Eigentumsrechten, Organisationsrechten und historischen Rechten

Nach genauer Prüfung der einzelnen Abgaben stellte die Kommission hinsichtlich einer Abgabe, nämlich jener für bestimmte Bodenabfertigungsdienste, einen Verstoß fest und trug der ADP auf, den betroffenen Anbietern von Bodenabfertigungsdiensten eine nichtdiskriminierende Abgabenregelung vorzuschlagen. Bußgeld wurde hingegen keines verhängt⁵⁹.

3.2. Urteile der Europäischen Gerichte

3.2.1. *Gemeinsame Marktbeherrschung: Kali & Salz und Schlußanträge Fennelly in CMB*

Die Kommission hat bereits einige Male die Oligopol-Marktbeherrschung der Einzelmarktbeherrschung gleichgestellt⁶⁰. Im März dieses Jahres nahm nun der Gerichtshof zur Befugnis der Kommission Stellung, im Rahmen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) auch eine oligopolistische Marktbeherrschung zu beurteilen⁶¹. Diese Entscheidung wird ihres allgemeinen Interesses für diese Thematik in diesem Kapitel behandelt, obwohl die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Oligopolsachverhalten in Fällen der - auf zukünftige Entwicklungen abstellenden - Fusionskontrolle nicht notwendigerweise gleich verläuft wie in Mißbrauchsfällen gemäß Artikel 86⁶².

In ihrer Entscheidung Kali&Salz⁶³ hatte die Kommission den Zusammenschluß zwischen Kali&Salz AG ("K&S") und Mitteldeutsche Kali AG ("MdK") nur unter Auflagen genehmigt und dazu ausgeführt, daß das neu entstehende Unternehmen gemeinsam mit dem französischen Staatsbetrieb SCPA eine marktbeherrschende Stellung auf dem europäischen

⁵⁹ Entscheidung vom 11. Juni 1998, Alpha Flight Services/Aéroports de Paris, ABIEG [1998] L 230/10

⁶⁰ Nestlé/Perrier, ABIEG [1992] C 80, Gencor/Lonrho, ABIEG [1997] C 11/30, ABB/Daimler-Benz (23. Juni 1995); siehe auch die oben unter 3.1.2 erläuterte Entscheidung TACA

⁶¹ Verb.Rs C-68/94 und C-30/95, Frankreich/Kommission, Slg [1998] I-1453, vgl **Anlage ./2**. Dieses Urteil ist auch wegen seiner Ausführungen zur "failing company defence" sowie zur Marktabgrenzung lesenswert. Die Kommission hat zwischenzeitlich in einer neuen Entscheidung - unter Zugrundelegung der *aktuellen* Marktbedingungen - den Zusammenschluß freigegeben. Nur hinsichtlich der "failing company defence" war eine neuerliche Prüfung nicht mehr möglich, da die entsprechenden Umstrukturierungen inzwischen stattgefunden hatten. Wichtig ist auch die Rechtsansicht der Kommission, wonach die Frist des Artikel 10 (5) FKVO nicht automatisch mit der Urteilsverkündung zu laufen beginnt, sondern erst nach vollständiger Übermittlung aktueller Marktdaten iS d Artikel 10 (1).

⁶² Im Rahmen der Fusionskontrolle ist es angezeigt, Oligopolsachverhalte dahingehend zu prüfen und zu entscheiden, daß Marktkonstellationen, die Koordinierung erleichtern würden, von vorneherein vermieden werden. Bei der Mißbrauchsaufsicht wird hingegen ein aktuelles Unternehmensverhalten beurteilt. Daraus kann mE aber nicht abgeleitet werden, daß die - weiter unten im Text näher dargestellten - Kriterien für das Bestehen gemeinsamer Marktbeherrschung in Artikel 86-Fällen strenger zu sein haben als in Zusammenschlußsituationen.

⁶³ IV/M.308 - Kali&Salz/MdK/Treuhand, ABIEG [1994] L 186/38

Markt für Erzeugnisse auf Kalibasis (mit Ausnahme Deutschlands und Spaniens) einnehmen würde. K&S/MdK und SCPA, die beiden größten Erzeuger, würden gemeinsam einen Marktanteil von 60% erreichen, ohne daß die übrigen Konkurrenten auf dieses "Duopol" wirksamen Druck ausüben könnten. Außerdem gäbe es aufgrund zahlreicher Verflechtungen zwischen K&S/MdK und SCPA⁶⁴ keinen wirksamen Wettbewerb zwischen diesen. Frankreich sowie SCPA erhoben Nichtigkeitsklage beim EuGH bzw GeI⁶⁵.

Der Gerichtshof bestätigt zunächst, daß oligopolistische Marktbeherrschung in den Anwendungsbereich der FKVO fällt. Dies war zuvor keineswegs unbestritten gewesen und ist aus wettbewerbspolitischen Erwägungen sicher zu begrüßen. Während der Grundsatz nun klargestellt ist, bleibt hinsichtlich der Beurteilungsmaßstäbe in konkreten Einzelfällen aber auch nach diesem Urteil einiges dunkel.

Zunächst hält der Gerichtshof fest, daß anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des relevanten Marktes zu prüfen ist, ob die zusammengeschlossenen Unternehmen gemeinsam mit einem oder mehreren dritten Unternehmen - insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren - die Macht zu einheitlichem Vorgehen erlangen würden. Die Bezugnahme auf "verbindende Faktoren" kann mE so verstanden werden, daß der Gerichtshof auch bei Fehlen von strukturellen Verbindungen im eigentlichen Sinn (siehe dazu gleich unten) die Anwendung der Oligopoltheorie nicht ausschließt.

Allerdings erachtet der Gerichtshof einige von der Kommission für das Bestehen einer gemeinsamen Marktbeherrschung ins Treffen geführten Faktoren⁶⁶ "für sich genommen" jeweils als ungenügend. Insbesondere sei das "Gewebe der strukturellen Verflechtungen" zwischen K&S und SCPA, welches im Mittelpunkt der Entscheidung der Kommission gestanden war, "insgesamt nicht so dicht und nicht so schlüssig", wie die Kommission dies dargestellt hätte. Es läßt sich aber nicht klar erkennen, ob der EuGH diese Faktoren grundsätzlich für nicht ausreichend oder bloß im konkreten Fall nicht hinlänglich nachgewiesen hält.

Sollte das Urteil (entgegen meiner Ansicht) so zu verstehen sein, daß der Gerichtshof bei Zusammenschlüssen das Vorhandensein von strukturellen Verflechtungen als Voraussetzung für das Bestehen einer gemeinsamen Marktbeherrschung erachtet, wäre dies mE bedauerlich, da es dafür in der Wirtschaftstheorie keine Grundlage gibt. Zwei oder mehrere Unternehmen

⁶⁴ i.e., ein Gemeinschaftsunternehmen in Kanada, ein ehemaliges Exportkartell und eine Vertriebsvereinbarung

⁶⁵ Das GeI hat in der Folge "sein" Verfahren an der EuGH abgegeben.

⁶⁶ i.e., gemeinsamer Marktanteil von 60% (23% plus 37%), strukturelle Verflechtung aufgrund des Exportkartells sowie der Vertriebsvereinbarung, hohe Marktreife, Produkthomogenität und Markttransparenz, mittelfristig unveränderte Marktanteile und geringe Kalilieferungen von K+S Frankreich außerhalb von SCPA.

können dann gemeinsam Marktmacht ausüben, wenn sie durch Abstimmung ihrer Preis- oder Angebotsentscheidungen den Preis deutlich über ihre eigenen Kosten heben können. In der Praxis erfordert dies eine Beurteilung des Marktes dahingehend, ob eine solche Abstimmung sinnvoll und wahrscheinlich wäre, etwa weil Abweichungen vom abgestimmten Kurs leicht zu entdecken und rasche Vergeltung zu erwarten wären⁶⁷. Der vom Gerichtshof (zumindest auch) geforderte Nachweis struktureller Beziehungen und gar einer Kausalbeziehung zwischen diesen und wettbewerbschädlichem Verhalten erschiene daher nicht gerechtfertigt.

ME spricht nichts in diesem Urteil gegen die zukünftige Anwendung der “unilateral effect analysis” durch die Kommission. Diese beruht auf dem Ansatz, wonach Preise nach einem Zusammenschluß auch ohne eigentliche Abstimmung zwischen den verbleibenden Unternehmen steigen können (typischerweise in produktdifferenzierten Märkten mit unterschiedlichen Substitutionsgraden zwischen den einzelnen Produkten⁶⁸). Nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses sind nämlich auf Abstimmung zurückzuführen.

Zur Frage der gemeinsamen Marktbeherrschung im Rahmen von Artikel 86 nahm jüngst Generalanwalt Fennelly in seinen ausführlichen Schlußanträgen im Fall Compagnie Maritime Belge NV/Kommission⁶⁹ Stellung.

Darin hält er zunächst fest, daß die Artikel 85 und 86 durchaus auf ein und denselben Sachverhalt anwendbar sein können, wenngleich eine kartellähnliche Absprache zwischen Unternehmen mit hohen Marktanteilen allein nicht genüge, um eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung zu

⁶⁷ Folgende Kriterien werden dabei zu beachten sein: Regelmäßige Verfügbarkeit genauer Informationen über Wettbewerber (einzelne Transaktionen oder individuelles Preis-/Produktionsniveau; Produkthomogenität; Standardisierung von Preis- oder Produktparametern, hinsichtlich derer die Unternehmen in Wettbewerb stehen; typische Höhe und Frequenz der Aufträge; wahrscheinliche Dauer bis zur Setzung von Vergeltungsmaßnahmen.

⁶⁸ Der Wettbewerb zwischen den Produkten auf einem Markt ist nicht gleich stark, sondern „lokalisiert“, d.h. einzelne Anbieter treten stärker mit Anbietern näherer Substitutionsprodukte in Wettbewerb. Eine einseitige Preiserhöhung kann unter diesen Umständen profitabel sein, wenn ein beträchtlicher Teil der Verbraucher die Produkte der fusionierenden Anbieter als erste bzw zweite Wahl betrachtet und es anderen Anbietern nicht möglich ist, durch Umstellung ihrer Produktlinien den „lokalisierten“ Wettbewerb zu ersetzen. Die durch die Preiserhöhung entstehenden Umsatzverluste werden dann vom Substitutionsprodukt des Zusammenschlußpartners “aufgefangen”.

⁶⁹ Verb.Rs C-395/96P und C-396/96P, Schlußanträge vom 29. Oktober 1998. Der Gerichtshof wird in diesem Verfahren erstmals Gelegenheit haben, über die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf Linienschiffahrtsskandale zu befinden. Die Kommission hatte 1992 gegen die Mitglieder der Central and West African Conference (CEWAL) wegen des Mißbrauchs einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung Bußgelder verhängt. Die Kläger wandten sich gegen die Beurteilung des gemeinsamen Charakters der Marktbeherrschung. Das GeI hatte darauf hin zwar die Bußgelder reduziert, ansonsten aber die Klagen abgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich nun die gegenständliche Berufung an den Gerichtshof.

begründen⁷⁰. Nach einer Analyse der bisherigen Rechtsprechung⁷¹ arbeitet Fennelly als wichtigstes Kriterium das Bestehen einer "ausreichenden wirtschaftlichen Verflechtung" heraus, die *de facto* dazu führe, daß die betreffenden Unternehmen als ein einziges Unternehmen am Markt aufträten. MaW müsse im Hinblick auf diese Unternehmen das Bestehen einer Einzel-Marktherrschaft dargestellt werden.

Die dafür erforderlichen Verflechtungen und Beziehungen könnten etwa auf wechselseitigen Beteiligungen, Personalverflechtungen, familiären Verbindungen oder auf einer gemeinsamen Marktstrategie oder Verkaufsstrategie beruhen. Im gegenständlichen Fall erachtet der Generalanwalt eine Reihe von Faktoren als geeignet, eine ausreichende "wirtschaftliche Verflechtung" zu begründen.

ME sollten freilich bereits die oben beschriebenen Elemente einer oligopolistischen Marktstruktur⁷² als "Verflechtungen" betrachtet werden, die eine gemeinsam beherrschende Stellung auch im Bereich von Artikel 86 begründet.

3.2.2. "Essential facilities": *European Night Services* und *Schlußanträge Jacobs* bzw. *Urteil Oscar Bronner*

In jüngster Vergangenheit hat sich die Kommission immer wieder auf die von ihr entwickelte - vom US anti-trust Recht inspirierte⁷³ - "Essential Facilities Doktrin" ("EFD") berufen, um Märkte gegen den Willen von Eigentümern wesentlicher Einrichtungen zu öffnen. Auch Beschwerdeführer greifen vermehrt auf die EFD zurück.

Die Europäischen Gerichte hatten sich bisher nie ausdrücklich auf die EFD bezogen. Es gibt freilich eine Reihe von Entscheidungen, in denen der EuGH Fälle von Lieferverweigerung als Behinderungsmissbrauch iSv Artikel 86

⁷⁰ Der Gerichtshof hatte sich bereits in Verb.Rs T-68/89, T-77/89 und T-78/89, Societa Italiana Vetro SPA u.a./Kommission, Slg [1992], II-1403 gegen ein reines "recycling" von Tatsachen, die einen Verstoß gegen Artikel 85 verstoßen, zum Zwecke der Begründung einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung gewandt.

⁷¹ etwa Verb.Rs 40/73 u.a., Suiker Unie u.a./Kommission, Slg [1985] 1663, Rs C-393/92, Almelo, Slg [1994] I-1447 und Frankreich/Kommission, supra

⁷² vgl Fußnote 67 und den dazugehörigen Text

⁷³ Die amerikanische EFD wird im allgemeinen auf die Entscheidung United States v. Terminal Railroad Association, 244 U.S. 383 [1912] zurückgeführt, in welcher der *Supreme Court* die Streckenanlagen rund um St. Louis als essential facility qualifiziert hatte. Weitere Beispiele aus späteren Entscheidungen sind Skipisten, Stromleitungen, Gasleitungen und Sportstadion. Für die Anwendung der EFD müssen folgende Kriterien erfüllt sein: (1) Kontrolle der Einrichtung durch ein Monopolunternehmen, (2) Unmöglichkeit der Duplizierung durch Wettbewerber, (3) Weigerung des Monopolisten, die Benützung der Einrichtung zu gestatten, obwohl die Benutzung zumutbar wäre und (4) keine Rechtfertigung durch einen legitimen Geschäftszweck (vgl. MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 464 U.S. 891 [1983] und Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 105 S. Ct. 2847 [1985]).

qualifiziert hat. In Commercial Solvents⁷⁴ entschied der EuGH, daß ein hinsichtlich der Erzeugung eines Grunderzeugnisses marktbeherrschendes Unternehmen nicht die Belieferung eines Erzeugers von Verarbeitungsprodukten einstellen darf, bloß weil es nun selbst solche Verarbeitungsprodukten herstellen und daher den ehemaligen Kunden vom Markt verdrängen möchte. Ähnlich war das Ergebnis in United Brands⁷⁵, wo der EuGH den Lieferstopp durch UB an einen langjährigen Vertriebspartner, der zusätzlich Konkurrenzprodukte zu vertreiben begonnen hatte (sich sonst aber geschäftsblich verhielt), als Mißbrauch qualifizierte.

In seinen Entscheidungen Télémarketing⁷⁶ und GB-Inno-BM⁷⁷ entwickelte der EuGH den Grundsatz, wonach ein in einem bestimmten Markt marktbeherrschendes Unternehmen einen Mißbrauch iSv Artikel 86 begeht, wenn es sich - ohne objektive Notwendigkeit - auf einem benachbarten Markt Tätigkeiten vorbehält, die von dort tätigen Unternehmen ausgeführt werden können, und dieses Verhalten den Wettbewerb seitens solcher Unternehmen auszuschließen droht⁷⁸.

In zwei weiteren Entscheidungen nahm der EuGH zu "schlichten" Lieferverweigerungen Stellung. Im ersten Fall verneinte der EuGH einen Verstoß gegen Artikel 86 im Falle einer Weigerung seitens eines marktbeherrschenden KFZ-Herstellers, Lizenzen für die Erzeugung bestimmter Ersatzteile zu erteilen. Unter Berufung auf den spezifischen Gegenstand eines Immaterialgüterrechts führte der EuGH aus, daß der Inhaber eines solchen Schutzrechts nicht verhalten werden könne, Lizenzen an Dritte zu erteilen (selbst gegen angemessene Gebühr), solange sich nicht zusätzliche Mißbrauchshandlungen zur Lizenzverweigerung gesellen⁷⁹.

In seiner Magill-Entscheidung⁸⁰ dehnte der Gerichtshof dann den Anwendungsbereich der EFD auf immaterialrechtlich geschützte Positionen aus, indem er ausführte, daß unter "außergewöhnlichen" Umständen auch die Ausübung einer vom spezifischen Gegenstand des Ausschließlichkeitsrechts umfaßten Befugnis einen Mißbrauch iSv Artikel 86 darstellen könne. Zur

⁷⁴ Verb Rs 6/73 und 7/73, Slg [1974] 223

⁷⁵ Rs 27/76, Slg [1987] 207

⁷⁶ vgl FN 56

⁷⁷ Rs C-18/88, Slg [1991] I-5941

⁷⁸ In Télémarketing verpflichtete ein Rundfunkunternehmen (marktbeherrschend auf dem Rundfunkmarkt) seine Werbekunden, die Dienstleistungen des ihm zugehörigen Marketingunternehmens in Anspruch zu nehmen. In GB-Inno-BM schließlich handelte ein Telekom-Monopolist mißbräuchlich, indem es sich auch die Erbringung "benachbarter" Dienstleistungen (Einfuhr, Vertrieb, Anschluß, Inbetriebsetzung und Wartung) vorbehält.

⁷⁹ Rs 238/87, Slg [1988] 6211; vgl auch Rs 53/87, CICRA u.a./Renault, Slg [1988] 6039

⁸⁰ Verb Rs C-241/91 und C-242/91, RTE und ITP/Kommission, Slg [1995] I-743

Begründung verwies der EuGH darauf, daß (1) das Verhalten der betroffenen Fernsehanstalten das Auftreten eines neuen Produkts mit potentieller Nachfrage verhindert werde, (2) dieses Verhalten nicht gerechtfertigt sei und (3) die Fernsehanstalten ihre Marktmacht auf einem abgeleiteten Markt (jenen der wöchentlichen Programmführer) ausdehnten, wodurch dort jeder Wettbewerb ausgeschaltet werde.

Auf diese Entscheidung bezog sich in der Folge das GeI im Fall Tiercé Ladbroke⁸¹, als es in der Weigerung der Inhaber von Übertragungsrechten an französischen Pferderennen sowie der exklusiven Lizenznehmer für Österreich und Deutschland, dem Kläger eine Lizenz für Belgien zu erteilen, keinen Mißbrauch erkannte. Das GeI hielt dazu fest, daß der Kläger (im Unterschied zur Fallgestaltung in Magill) bereits auf dem Markt für Rennwetten, auf dem die Rennübertragungen angeboten werden, tätig sind, noch dazu mit dem größten Marktanteil. Außerdem liege nur dann ein Verstoß gegen Artikel 86 vor, wenn es sich um eine wesentliche Einrichtung (dh ohne tatsächliches oder mögliches Substitut) handle oder das Auftreten eines neuen Produkts verhindert würde, für das konkrete und beständige potentielle Nachfrage bestünde.

In zwei Entscheidungen aus 1998 dürften das GeI und der EuGH die Kriterien für die Anwendbarkeit der EFD nun einigermaßen klar festgelegt haben. Die erste Entscheidung betrifft zwar Artikel 85, wird aber des Zusammenhangs wegen hier mitbehandelt.

In European Night Services hatte das GeI über die Klage der ENS gegen die Freistellungsentscheidung der Kommission betreffend die zwischen vier Eisenbahngesellschaften getroffenen Vereinbarung über den Personen-Eisenbahnverkehr durch den Kanaltunnel zu befinden⁸².

Im Zusammenhang mit den von der Kommission - zwar ohne ausdrückliche Berufung auf die EFD, aber doch deren Konzept (im Rahmen von Artikel 85!) folgend - verhängten Auflagen hielt das GeI unter Bezugnahme auf Magill und Tiercé Ladbroke - erstmals - fest, daß nur solche Infrastruktureinrichtungen, Produkte oder Dienstleistungen als für den Marktzutritt "notwendig" bzw "wesentlich" angesehen werden können, wenn sie nicht substituierbar sind und es keine vertretbare Alternative gibt (weil nur mit prohibitiven Kosten und/oder nicht in angemessener Zeit reproduzierbar).

In seinen lesenswerten Schlußanträgen zum zweiten 1998 entschiedenen Fall, Oscar Bronner/Mediaprint, kommt Generalanwalt Fennelly nach Analyse der bisherigen Rechtsprechung, Entscheidungspraxis Kommission⁸³ sowie der

⁸¹ Rs T-504/93, Slg [1997] II-923, Rechtsmittel an EuGH zu Rs C-300/97P anhängig

⁸² vgl oben Fußnote 40

⁸³ vgl Entscheidungen B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd und Sealink Stena Ltd vom 11. Juni 1992; Sea Containers/Stena Sealink (einstweilige Anordnung) vom 21. Dezember 1993, ABIEG [1994] L 15

einschlägigen Vorschriften in den Mitgliedstaaten⁸⁴ zum Ergebnis, daß ein Eingriff in die Vertragsfreiheit eines marktbeherrschenden Unternehmens (sei es unter Berufung auf die EFD oder den auf klassischen Behinderungsmissbrauch) wettbewerbspolitisch nur dann gerechtfertigt sein könne, wenn dieses Unternehmen den betreffenden Markt "im Würgegriff" halte, etwa weil die Einrichtung nicht oder nur extrem schwierig reproduzierbar ist.

Hingegen reiche es nicht aus, daß die Kontrolle eines Unternehmens über eine Einrichtung diesem einen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Die Reproduktionskosten müßten *objektiv* so hoch sein, daß *jedes* kaufmännisch vernünftig kalkulierende Unternehmen vom Marktzutritt abgeschreckt werde (was etwa dann der Fall sein kann, wenn die Einrichtung durch öffentliche Mittel finanziert worden war). Schließlich, so führt Fennelly an anderer Stelle aus, liege der Schutzzweck von Artikel 86 in der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen - insbesondere zum Schutz von Verbraucherinteressen - und nicht im Schutz einzelner Wettbewerber.

In seinem Urteil vom 26. September 1998⁸⁵ machte sich der Gerichtshof die Ausführungen des Generalanwalts weitgehend zu eigen, als er den vom *OLG Wien* als Kartellobergericht vorgelegten Sachverhalt⁸⁶ zu beurteilen hatte. Der Gerichtshof bejahte zunächst seine Zuständigkeit und entschied in der Folge, daß die EFD im Sinne der *Magill*-Entscheidung nur in jenen Fällen anwendbar sei, in welchen (1) jeglicher Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausgeschalten zu werden drohe, (2) die Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens objektiv nicht zu rechtfertigen und (3) die Einrichtung für die Ausübung der angestrebten Geschäftstätigkeit unerlässlich sei (kein gegenwärtiger oder möglicher Ersatz).

Diese Kriterien sah der Gerichtshof im gegenständlichen Fall nicht erfüllt: Es gäbe neben der Hauszustellung noch andere Vertriebschienen, die Einrichtung eines zweiten österreichweiten Hauszustellungssystems sei nicht objektiv (obgleich vielleicht für Bronner) unmöglich oder wirtschaftlich unrealistisch. Das Hauszustellungssystem der Mediaprint sei demnach keine wesentliche Einrichtung im Sinne der EFD, weshalb deren Weigerung, den *Standard* darin aufzunehmen, keinen Mißbrauch iSv Artikel 86 darstelle.

⁸⁴ in Österreich etwa § 3 Eisenbahnbeförderungsgesetz 1988, §§ 6 und 8 Elektrizitätswirtschaftsgesetz 1975 und § 8(2) Kraftfahrlinienverkehrsgesetz 1952

⁸⁵ vgl **Anlage .J3**, noch nicht in der Slg veröffentlicht

⁸⁶ Oscar Bronner GmbH & Co KG ("Bronner") hatte gegen die Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG und Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG (alle "Mediaprint") einen auf § 35 KartG gestützten Antrag eingebracht, weil sich Mediaprint geweigert hatte, den *Standard* in ihr österreichweites Hauszustellungssystem aufzunehmen.

3.2.3. ITT Promedia

Diese im Juli 1998 ergangene Entscheidung des GeI⁸⁷ enthält wichtige Ausführungen zu der Frage, ob und unter welchen Bedingungen mißbräuchliche Klagsführung gegen Artikel 86 verstoßen kann. Promedia hatte gegen die Zurückweisung ihrer Beschwerde gegen den ehemaligen belgischen Telefonmonopolisten Belgacom durch die Kommission Nichtigkeitsklage erhoben. Gegenstand der Beschwerde war die angeblich mißbräuchliche Klagsführung sowie das angeblich mißbräuchliche Bestehen auf Einhaltung gewisser Vertragsklauseln durch Belgacom gewesen.

Nach Ansicht der Kommission müssen für die Qualifikation einer Klagsführung als mißbräuchlich iSv Artikel 86 folgende Kriterien kumulativ erfüllt sein: Die Klagsführung (1) kann vernünftigerweise nicht als Versuch gesehen werden, bestehende Rechte geltend zu machen und kann daher nur der Behelligung der Gegenpartei dienen *und* (2) ist Teil eines Plans, der die Ausschaltung der Wettbewerbs zum Ziel hat.

Das GeI brauchte mangels entsprechenden Antrags zur Richtigkeit dieser Kriterien selbst nicht Stellung zu nehmen und kam nach ausführlicher Würdigung der Fakten zum Ergebnis, daß das erste Kriterium nicht erfüllt war.

Das GeI bestätigte weiter, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen auch dann gegen Artikel 86 verstoßen kann, wenn es zwar lediglich auf der Einhaltung einer vertraglichen Verpflichtung besteht, diese Haltung aber von den Vertragsparteien vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte oder sich die Umstände seit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geändert haben⁸⁸. Auch diesbezüglich wies das GeI aber die Klage als unbegründet ab.

4. ARTIKEL 90, ARTIKEL 5 IVM 85, 86: URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS

4.1. Silvano Raso

In dieser Vorabentscheidung⁸⁹ hatte sich der Gerichtshof ein weiteres Mal mit den italienischen Bestimmungen betreffend Hafentarbeiter auseinanderzusetzen. Im Gefolge des 1991 ergangenen Urteils Porto di

⁸⁷ Rs T-111/96, ITT Promedia NV/Kommission, noch nicht in Slg veröffentlicht.

⁸⁸ nach stRsp tragen marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch verbliebenen Wettbewerbs. Es können ihnen daher gemäß Artikel 86 Handlungsweisen verwehrt sein, die für sich genommen nicht mißbräuchlich sind und die von "normalen" Unternehmen durchaus gesetzt werden können. Auch ein Vertragsabschluß oder ein Rechtserwerb können demnach gegen Artikel 86 verstoßen. Vgl dazu Rs C-322/81, Michelin/Kommission, Slg [1983] 3461 und Rs T-51/89, Tetra Pak/Kommission, Slg [1990] II-309).

⁸⁹ Rs C-163/96, Strafverfahren gegen Silvano Raso u.a., Slg [1998] I-533

Genova⁹⁰ hatte der italienische Gesetzgeber in einem neuen Gesetz das Monopol der ehemaligen Hafenbetriebsgesellschaften - die nunmehr mit anderen Hafenumschlagunternehmen in Wettbewerb treten können - auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften beschränkt.

In seiner Antwort an *Preturia circondariale* von La Spezia, vor welcher ein Strafverfahren u.a. gegen Herrn Raso wegen des Verdachts der unerlaubten Arbeitsvermittlung anhängig war, führt der Gerichtshof unter Hinweis auf seine einschlägige Rsp⁹¹ zunächst aus, daß ein Verstoß gegen die Artikel 90 iVm 86 schon dann vorliegt, wenn das betreffende Unternehmen seine beherrschende Stellung durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen Exklusivrechte mißbraucht, oder wenn durch derartige Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht (sogenannter "automatischer Mißbrauch").

Vor diesem Hintergrund weist der Gerichtshof auf den durch die italienische Gesetzeslage notwendig herbeigeführten Interessenkonflikt für die ehemalige Hafenbetriebsgesellschaft hin. Durch die "bloße Ausübung" ihres Monopols könne diese die Chancengleichheit der einzelnen Anbieter von Hafenarbeiten beeinträchtigen. Die Hafenbetriebsgesellschaft werde damit veranlaßt, ihr Monopol zu mißbrauchen, indem sie von ihren Konkurrenten auf dem Markt für Hafenarbeiten für die Überlassung von Arbeitskräften überhöhte Preise verlangt oder ihnen für diese Arbeiten weniger geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung stellt.

Unter diesen Umständen müsse schon der rechtliche Rahmen als solcher als mit Artikeln 90 iVm 86 unvereinbar angesehen werden, selbst wenn der Monopolist tatsächlich (noch) keinen Mißbrauch begangen hat.

Italienische Gesetzesbestimmungen rund um den Betrieb von Häfen waren auch Gegenstand der nächsten Vorabentscheidung:

4.2. Corsica Ferries France S.A.

Nach den geltenden italienischen Bestimmungen können Schiffe, welche die Häfen von Genua und La Spezia anlaufen, die erforderlichen Fest- und Losmachmanöver entweder selbst durchführen oder die Leistungen der Festmachergruppen von Genua bzw La Spezia in Anspruch nehmen. In der Praxis erweist sich letzteres als obligatorisch. Die Tarife der Festmacher werden von der jeweiligen Hafendirektion festgelegt.

⁹⁰ Rs C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg [1991] I-5889. Darin entschied der Gerichtshof im Hinblick auf die damals geltende Gesetzeslage in Italien, daß eine Regelung, die ein exklusiv zur Erbringung von Hafenarbeitsleistungen berechtigtes Unternehmen zur Verwendung ausschließlich inländischer Arbeitskräfte verpflichtet, gegen Artikel 90 iVm (u.a.) 86 verstößt.

⁹¹ Rs C-41/90, Höfner und Elsner, Slg [1991] I-2010; Rs C-260/89, ERT, Sgl [1991] I-2925; Rs C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg [1991] I-5889; Rs C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Slg [1994] I-5079

Das Schiffsverkehrsunternehmen Corsica Ferries strengte beim *Tribunale Genua* ein Mahnverfahren gegen die beiden Festmachergruppen an, weil die geleisteten Zahlungen rechtsgrundlos erfolgt wären: Die Tarife seien unverhältnismäßig und außerdem entgegen den europäischen Wettbewerbsvorschriften festgesetzt worden. Das Tribunale wandte sich daraufhin an den Gerichtshof⁹².

Nachdem der Gerichtshof trotz der eher lückenhaften Darstellung des Sachverhalts durch das *Tribunale* seine Zuständigkeit bejaht hatte, verneinte er zunächst einen Verstoß gegen Artikel 30, da die Regelung unterschiedslos auf italienische und ausländische Schiffe anwendbar war und auch sonst keinen nennenswerten Einfluß auf den Warenhandel hatte. Dann wandte sich der Gerichtshof den Wettbewerbsbestimmungen zu:

Eine Verletzung der Artikel 5 iVm 85 liege deshalb nicht vor, weil die Regelung weder wettbewerbsbeschränkende Kartellabsprachen zwischen den Festmachergruppen vorschreibe (die miteinander auch gar nicht im Wettbewerb stünden) noch die Befugnisse der Tariffestsetzung von den italienischen Behörden an die Festmachergruppen delegiere (obgleich diese am Verfahren beteiligt seien).

Schließlich hatte der Gerichtshof noch zu prüfen, ob sich die Festmachergruppen - im Sinne eines "automatischen Mißbrauchs" - durch die bloße Ausübung der ihnen übertragenen ausschließlichen Rechte mißbräuchlich verhalten oder durch diese Rechte in eine Lage versetzt werden, in der sie einen Mißbrauch begehen. Der Gerichtshof ging dabei unmittelbar zur Prüfung über, ob es sich bei den Festmacherleistungen um Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse iSv Artikel 90 (2) handelt und die Kriterien für die Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung erfüllt sind.

Der Gerichtshof hält es aus Gründen der öffentlichen Sicherheit⁹³ für vertretbar, örtlichen Festmachergruppen das ausschließliche Recht einzuräumen, den allgemeinen Festmacherdienst sicherzustellen. Soweit jener Teil des Tarifs, der die Kosten der Bereitstellung des allgemeinen Festmacherdienstes decken soll, tatsächlich jenen zusätzlichen Kosten entspräche, die sich aus den besonderen Merkmalen dieser Dienstleistung ergeben, liege kein Verstoß gegen die Artikel 86 iVm 90 vor.

4.3. Kommission/Italien - Zollspediteure

In diesem Urteil erklärte der EuGH erstmals - im Rahmen einer "Quasi-Vertragsverletzungsklage" der Kommission - eine gesetzliche Regelung als mit Artikeln 5 iVm 85 unvereinbar⁹⁴. Bei dieser Regelung handelte es sich um

⁹² Rs C-266/96, Corsica Ferries France S.A., Slg [1998] I-3949

⁹³ ein Rechtfertigungsgrund, der eigentlich aus dem Bereich des freien Warenverkehrs stammt und dem Wettbewerbsrecht mE fremd ist.

⁹⁴ Rs C-35/96, Kommission/Italien, Slg [1998] I-3851, vgl **Anlage ./4**

die verbindliche Gebührenordnung für Zollspediteure in Italien; die Entscheidung dürfte aber auch für andere verbindliche, quasi-öffentliche Gebührenordnungen interessant sein.

In Italien wird die Tätigkeit der selbständigen Zollspediteure gesetzlich geregelt. Die Zollspediteure wählen Bezirksräte, welche ihrerseits aus ihrer Mitte die Mitglieder des nationalen Rats der Zollspediteure ("CNSD") wählen. Der CNSD hat insbesondere die Aufgabe, auf Grundlage der Vorschläge der Bezirksräte die - nach Genehmigung durch den Finanzminister verbindliche - Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure festzulegen.

Während des Verfahrens vertrat die italienische Regierung die Auffassung, ein Zollspediteur sei zwar ebenso wie ein Rechtsanwalt oder ein Übersetzer selbständig tätig, jedoch kein Unternehmen iSv Artikel 85, da er "geistige" Leistungen erbringe, für die eine Genehmigung, nicht aber eine unternehmerische Organisation erforderlich sei. Dem wollte sich der Gerichtshof, wenig überraschend, nicht anschließen: Auch geistige, genehmigungspflichtige Tätigkeiten, die ohne eine Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Elemente ausgeübt werden können, können unter Artikel 85 und 86 fallen. Damit ist erstmals ohne Einschränkung festgehalten, daß auch Mitglieder freier Berufe Unternehmen iSv Artikel 85 und 86 sind, und daß folglich auch eine nationale Berufsvertretung als Unternehmensvereinigung qualifiziert werden kann. Schließlich steht auch die Tatsache, daß es sich beim CNSD um eine öffentlich-rechtliche Einrichtung handelt, der Anwendung von Artikel 85 nicht entgegen.

In der Folge weist der Gerichtshof darauf hin, daß weder die Bezirksräte noch die Mitglieder des CNSD rechtlich dazu verpflichtet oder auch nur angehalten sind, bei der Tarifgestaltung Kriterien des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen. Außerdem finde deren Bestellung ohne Mitwirkung des Finanzministers statt. Folglich könnten die Mitglieder der CNSD nicht als unabhängige Sachverständige iSd Reiff⁹⁵-Rechtsprechung qualifiziert werden.

Unter Hinweis auf seine Rsp zur Anwendung von Artikel 85 - via Artikel 5⁹⁶ - auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten hält der Gerichtshof fest, daß (1) der CNSD gesetzlich zur Erstellung einer verbindlichen und einheitlichen Gebührenordnung, die den Wettbewerb beschränkt und den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt, gezwungen ist und (2) die öffentlichen Behörden ihre Befugnis zur Gebührenfestsetzung in vollem Umfang an private Wirtschaftsteilnehmer delegiert hat.

Die italienische Republik hat sohin durch die Erlassung und Beibehaltung der gegenständlichen Regelungen gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 5 und 85 verstoßen.

⁹⁵ Rs C-185/91, Slg [1993] I-5801

⁹⁶ vgl insb Rs 267/86, Van Eycke, Slg [1988] 4769

Günstiger für Italien fielen die Antworten des Gerichtshofs im folgenden Vorabentscheidungsverfahren aus:

4.4. Autotrasporti Librandi

Auch der Güterkraftverkehr ist in Italien gesetzlichen Regelungen unterworfen. Danach führt der sogenannte Zentrallausschuß ein Register, in das alle Güterkraftverkehrsunternehmen eingetragen sein müssen. Der Zentrallausschuß, dem auch Vertreter der Verbände der Güterkraftverkehrsunternehmen angehören, schlägt dem Transportminister die Tarifordnung vor, welche dieser nach Konsultation der Regionen sowie der Verbände der betroffenen Sektoren genehmigt und für verbindlich erklärt.

Ein Kunde wollte nun den tarifmäßigen Preis nicht bezahlen und wandte im darauffolgenden Mahnverfahren ein, daß die einschlägigen Erlässe mit der Rechtsprechung der EuGH unvereinbar seien. Der *Guidice di Pace di Genova* legte den Fall daher dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor.

Der Gerichtshof hatte eine ähnliche Frage betreffend die italienische Güterkraftverkehrsregelung bereits in Centro Servizi Spediporto⁹⁷ zu beurteilen gehabt. Damals sprach er aus, daß weder die Artikel 5 iVm 85, 86 noch Artikel 90 einer Regelung entgegenstünden, wonach Tarife für den Güterkraftverkehr von einer staatlichen Behörde auf der Grundlage eines Vorschlags erlassen werden, der seinerseits von einem Ausschuß vorgelegt wird, dessen Mitglieder mehrheitlich der Staatsverwaltung angehören und die gewisse Kriterien des öffentlichen Interesses zu beachten haben.

Nach Ansicht des Gerichtshofs ändere auch die neue Rechtslage, wonach die Vertreter der Güterkraftverkehrsunternehmen im Zentrallausschuß nun in der Mehrheit seien, nichts an dieser Beurteilung, zumal der Zentrallausschuß nach wie vor Kriterien des öffentlichen Interesses zu beachten habe. Auch eine Delegation wirtschaftlicher Entscheidungen an private Wirtschaftsteilnehmer liege nicht vor, da der Transportminister die Vorschläge des Zentrallausschusses nach wie vor zurückweisen oder ändern könne und er nach wie vor die Regionen sowie Vertreter der betroffenen Sektoren konsultieren müsse.

Solange daher sichergestellt sei, daß auch in der Praxis die Kriterien des öffentlichen Interesses beachtet und Entscheidungsbefugnisse nicht an Marktteilnehmer delegiert würden (was das nationale Gericht zu prüfen habe), liege kein Verstoß gegen Artikel 5 iVm 85, 86 oder 90 vor.

Ob gesetzliche Regelungen nach diesen Kriterien freilich jemals gemeinschaftsrechtlich geprüft werden können (von krassen Fällen wie Autotrasporti abgesehen), erscheint fraglich, haben doch Gesetze grundsätzlich das öffentliche Interesse im Auge. Die Betonung sollte mE eher auf der Zusammensetzung des jeweiligen Gremiums liegen.

⁹⁷ Rs 96/94, Slg [1995] I-2883

5. TRENDS: PRIORITÄTEN UND WIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNGSWEISE

5.1. Kartelle

Die Kommission hat im Berichtszeitraum mehrere wichtige Kartellentscheidungen getroffen und auch wieder unangekündigte Nachprüfungen vorgenommen⁹⁸. Die Bekämpfung von Kartellen wird auch in diesem Jahr einen Schwerpunkt der Tätigkeit der GDIV darstellen. Zu diesem Zweck wurde im Dezember 1998 eine neue Abteilung eingerichtet, die sich ausschließlich der Aufdeckung, Verfolgung und Ausschaltung von Kartellen widmen wird⁹⁹.

In diesem Zusammenhang dürfte auch die „Kronzeugenregelung“ weiter an Bedeutung gewinnen.

5.2. Vertikale Beschränkungen

Als follow-up zum Grünbuch 1997¹⁰⁰ verabschiedete die Kommission im September 1998 eine Mitteilung über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen¹⁰¹. Darin erläutert die Kommission ihren neuen Zugang zu diesem Bereich des Wettbewerbsrechts, in dem sie in der Vergangenheit zum Teil heftiger Kritik ausgesetzt war.

Dieser neue - stark wirtschaftlich ausgerichtete - Ansatz beruht auf der Erkenntnis, daß vertikale Beschränkungen nur dann Probleme aufwerfen, wenn der *inter-brand* Wettbewerb schwach und einen gewissen Grad an Marktmacht gegeben ist. Im Rahmen der bestehenden Gruppenfreistellungsverordnungen ist eine wirtschaftliche Beurteilung aber kaum möglich¹⁰².

Das von der Kommission vorgeschlagene System beinhaltet folgende Grundmerkmale:

⁹⁸ zB im Juni 1998 bei mehreren österreichischen Banken wegen der Verdachts von Absprachen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen und im November 1998 bei mehreren Erzeugern von Gipsplatten wegen des Verdachts eines Preiskartells.

⁹⁹ Siehe Presseerklärung vom 3. Dezember 1998, **Anlage ./8**

¹⁰⁰ KOM (96) 721 endg.

¹⁰¹ KOM (98) 544 endg.; im Internet unter http://europa.eu.int/comm/dg04/index_en.htm

¹⁰² Die Kriterien dieser Verordnungen stellen mehr auf formale denn auf wirtschaftliche Kriterien ab und erweisen sich daher für die beteiligten Vertragsparteien allzu oft als „Zwangsjacke“. Das Fehlen von Marktanteilschwellen bringt Unternehmen mit bedeutender Marktmacht in den Genuß der Gruppenfreistellung, während Unternehmen ohne Marktmacht in überflüssiger Weise beschränkt werden. Außerdem wird der Anwendungsbereich als zu eng empfunden: Vereinbarungen zwischen mehr als zwei Unternehmen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen, selektiver Vertrieb oder die Vermarktung von Dienstleistungen werden von den Alleinvertriebs-, Alleinbezugs- und FranchiseGVOen nicht erfaßt.

- Eine sehr weit gefaßte Freistellungsverordnung, die sämtliche vertikalen Beschränkungen bei Zwischen- und Enderzeugnissen sowie Dienstleistungen freistellt; ausgenommen sind nur eine begrenzte Anzahl von „hard-core“ Beschränkungen;
- Eine Beschränkung auf schwarze Klauseln. Danach soll in Hinkunft lediglich feststehen, welche Klauseln *nicht* freigestellt und nicht, wie bisher, welche Klauseln freigestellt sind.
- Einführung von Marktanteilschwellen, um den Zusammenhang zwischen Freistellung und Marktmacht herzustellen. Noch nicht entschieden ist die Frage, ob es einen oder zwei Schwellenwerte geben soll. Während die Einführung auf lediglich einer Schwelle einfacher zu handhaben ist (und daher von der Mehrzahl der Mitgliedstaaten bevorzugt wird), würde ein zwei-Schwellen-System eine abgestufte und wirtschaftlich besser begründete Beurteilung erlauben. Unterhalb der Schwelle(n) wird davon ausgegangen, daß die vertikale Beschränkung in Summe keine bedeutenden negativen Auswirkungen hat.

Sollte die Entscheidung für eine einzige Schwelle ausfallen, dürfte diese zwischen 25% und 35% Marktanteil liegen. Bei zwei Schwellen würde die Primärschwelle etwa bei 20% liegen, darüber könnten einige Beschränkungen auch bis zur zweiten Schwelle von etwa 40% freigestellt sein.

Auch wenn eine Beschränkung oberhalb der Schwelle(n) und damit außerhalb des „safe harbour“ liegt, besteht keine Vermutung für die Illegalität der Vereinbarung. Vielmehr wäre dann eine Einzelfreistellung erforderlich. Zu den Kriterien dafür wird die Kommission in eigenen Leitlinien Stellung nehmen.

Als flankierende Maßnahme soll durch eine entsprechende Änderung von Artikel 4 (2) der VO Nr 17 die (auf das Datum des Inkrafttretens der vertikalen Vereinbarung) rückwirkende Freistellung ermöglicht werden¹⁰³. Damit würden sich Vorsichtsanmeldungen erübrigen, die derzeit nicht selten (auch) zur Vermeidung eines späteren Kartelleinwands der Vertragspartners vorgenommen werden. In Hinkunft können Vereinbarungen, die nicht unter die neue Verordnung fallen, anhand der Leitlinien so gestaltet werden, daß sie einzelfreistellbar sind. Sollte die Vereinbarung später angefochten werden, kann das Unternehmen um Freistellung ansuchen, die dann auf das Datum des Inkrafttretens zurückwirkt.

Schließlich schlägt die Kommission vor, daß die nationalen Wettbewerbsbehörden die Befugnis erhalten sollen, für ihr Gebiet anhand klar festgelegter Kriterien den Vorteil der Freistellungsverordnung für den betreffenden Sektor zu entziehen.

¹⁰³ Die Kommission hat bereits einen entsprechenden Verordnungsvorschlag veröffentlicht: ABIEG [1998] C 365/30

Die Umsetzung dieser Reformvorschläge erfordert eine entsprechende Änderung der Ermächtigungsverordnung Nr 19/65/EWG¹⁰⁴ durch den Rat. Nach einer weiteren Anhörung interessierter Dritter wird die Kommission dann - nach Möglichkeit noch 1999 - die neue Verordnung samt Leitlinien verabschieden.

5.3. Horizontale Beschränkungen

Die GDIV überarbeitet derzeit ihren Zugang auch zu horizontalen Beschränkungen. Ähnlich wie bei vertikalen Beschränkungen bildet sich auch in diesem Bereich ein verstärkt wirtschaftlicher Ansatz heraus (Marktmacht). Gedacht ist auch an eine Bekanntmachung, in der die Beurteilung verschiedener horizontaler Beschränkungen durch die Kommission erläutert wird.

5.4. Weitere Beispiele einer verstärkt wirtschaftlichen Betrachtungsweise

- Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen gemäß Artikel 2 (4) FKVO;
- Marktanalyse auch bei Prüfungen gemäß Artikel 85 (1) und (3) im Lichte der European Night Services Entscheidung;
- Bekanntmachung zur Marktabgrenzung;

5.5. Dezentralisierung

5.6. Globalisierung

¹⁰⁴ Die Kommission hat bereits einen entsprechenden Verordnungsvorschlag veröffentlicht: ABIEG [1998] C 365/27.

DOKUMENTATION

- European Night Services/Kommission, Urteil vom 15. September 1998 - **Anlage ./1**
- Frankreich/Kommission, Slg [1998] I-1453 - **Anlage ./2**
- Oskar Bronner/Mediaprint, Urteil vom 26. September 1998 - **Anlage ./3**
- Kommission/Italien, Slg [1998] I-3851 - **Anlage ./4**
- Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen, ABIEG [1998] C 9/3 - **Anlage ./5**
- Bekanntmachung über die Nichtfestsetzung oder Verminderung von Bußgeldern in Kartellfällen, ABIEG [1996] C 207/4 - **Anlage ./6**
- Verordnung Nr 2842/98 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABIEG [1998] L 345/18 - **Anlage ./7**
- Pressemitteilung IP/98/1060 vom 3. Dezember 1998 - **Anlage ./8**