

## I. Abgrenzung

Im folgenden Beitrag wird für das Jahr 2008 ein Überblick über die Rechtsentwicklung zu den Bestimmungen der Art 81 EG (Kartellverbot) und 82 EG (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) sowie der Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>1</sup> gegeben. Die Ausführungen zum letzten Punkt beschränken sich aufgrund der umfangreichen Entscheidungspraxis der Kommission in der Fusionskontrolle auf die Darstellung einer für Österreich besonders interessanten Entscheidung<sup>2</sup>. Die Aktivitäten der Gemeinschaftsinstanzen zum Verbot staatlicher Beihilfen nach Art 87 ff EG werden nach dem Format dieses Jahrbuchs an anderer Stelle behandelt (siehe den Beitrag von *Herzog/Palmstorfer*)<sup>3</sup>.

## II. Neue Rechtsvorschriften

### A. Remedies-Notice neu

Am 22.10.2008 trat mit der Veröffentlichung im Amtsblatt die neue „Remedies-Notice“ in Kraft<sup>4</sup>. Auf die praktische Bedeutung von Abhilfemaßnahmen und Verpflichtungszusagen, durch die für den Wettbewerb zumindest bedenkliche Fusionen „entschärft“ werden können, wurde schon im vorjährigen Jahrbuchbeitrag hingewiesen. Die Kommission hat ihre Mitteilung zu diesem Thema im Einklang mit den Ergebnissen einer 2006 eingeholten Studie zu Konzipierung, Umsetzung und Effizienz von 96 Abhilfemaßnahmen im Rahmen von 40 nach der FKVO geprüften Fusionen überarbeitet und jüngste Kommissionspraxis und Rechtsprechung einfließen lassen. Zu den wichtigsten Neuerungen zählen die Einführung eines Formblatts für die Übermittlung von Informationen über Abhilfemaßnahmen, Einzelheiten zu Veräußerungen, insbesondere zu den Eigenschaftsfaktoren, die ein Käufer eines Unternehmensteils aufweisen muss, und zu Abhilfe durch Zugangserleichterungen (etwa zu Infrastrukturen oder Netzwerken) sowie letztlich weitere Erläuterungen zur Rolle des Treuhänders im Rahmen der Durchführung von Abhilfemaßnahmen.

### B. Cartel Settlement Agreements

Wie im Jahrbuch Europarecht 08 angekündigt, hat die Kommission im Jahre 2008 ihren Vorschlag umgesetzt und ein Verständigungsverfahren in Kartellsachen eingerichtet, in dem die beteiligten Unternehmen ihre Mitwirkung an einem Kartell und ihre Haftbarkeit zugeben und sich mit einem beschleunigten, verein-

1 VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 2004 L 24/1.

2 E der Kommission vom 23.6.2008, M.5047 *REWE/ADEG*; für einen Überblick über die Kommissionspraxis in der ersten Jahreshälfte 2008 siehe etwa *Loughran/Gatti*, Competition Policy Newsletter 2/2008, 37 und 3/2008, 61.

3 S 177 ff in diesem Jahrbuch.

4 Mitteilung der Kommission über nach der VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der VO (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABI 2008 C 267/1.

fachten Verfahren einverstanden erklären können. Die Kommission setzt iwF die Geldbußen gegen Unternehmen herab, die mit einer solchen Verständigung einverstanden sind.

In Fällen, in denen die Unternehmen selbst überzeugt sind, dass die Kommission ihnen die Beteiligung an einem Kartell nachweisen kann, kommt es so zu einer Verständigung über Umfang und Dauer des Kartells und die Haftung der betroffenen Unternehmen. Konkret können betroffene Unternehmen noch vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission ein derart abgekürztes Verfahren beantragen und so den Begründungsaufwand der Kommission beträchtlich verringern. Das Recht auf Gehör, das im normalen Kartellverfahren erst mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewährt wird, kann vorher nach einer informellen Mitteilung der Kommission über die Beweislage ausgeübt werden. Von einem derartigen Übereinkommen zwischen Kommission und betroffenen Unternehmen, auf die Produktion „gerichtsfester“ Verfahrensakte zu verzichten, erhofft sich die Kommission nun eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung und einen möglichst effizienten Einsatz ihrer Ressourcen.

Das Maßnahmenpaket der Kommission umfasst eine Bekanntmachung<sup>5</sup> sowie eine Kommissionsverordnung<sup>6</sup> zur Änderung der VO 773/2004. Die Kommission will aber auch in derart abgekürzten Verfahren eine formelle Entscheidung auf der Grundlage der Art 7 und 23 der VO 1/2003 erlassen können. Auch die Möglichkeit, von einem Verständigungsantrag wieder abzuweichen und das normale Verfahren einzuleiten, behält sie sich weiter vor.

## III. Aktuelle Judikatur und Behördenpraxis

### A. Gemeinschaftsgerichte

Im Folgenden wird eine Auswahl von, für die Rechtsentwicklung bedeutenden, Urteilen der Gemeinschaftsgerichte im Berichtszeitraum 2008 gegeben:

#### 1. EuGH

##### a) *MOTOE*

Am 1.7.2008 setzte der Gerichtshof seine bisherige Judikatur zum Unternehmensbegriff des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in der E *MOTOE* fort<sup>7</sup>.

Der Griechische Automobil- und Reiseclub ELPA ist der offizielle Vertreter des Internationalen Motorradverbands (FIM) in Griechenland und veranstaltet

5 Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen; ABI 2008 C 167/1; s dazu *Steinbach/Kühnert*, Ein Neues Vergleichsverfahren in Kartellsachen (Settlement Procedure), *ecolex* 2008, 441; *Tierno Centella*, The new settlement procedure in selected cartel cases, Competition Policy Newsletter 3/2008, 30.

6 VO (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30.6.2008 zur Änderung der VO (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABI 2008 L 171/3.

7 EuGH, Urteil vom 1.7.2008, Rs C-49/07, *MOTOE*, noch nicht in Slg veröff.

unter anderem Wettkämpfe auf dem Gebiet des Motorsports. Dabei schließt ELPA auch Sponsoring-, Werbe- und Versicherungsverträge ab. Der Verband wirkt aber auch an der behördlichen Genehmigung von Motorradrennen mit, die nach griechischem Recht nur im Einverständnis mit ELPA erteilt werden kann. In dieser Funktion verweigerte ELPA sein Einverständnis mit der Veranstaltung von Motorradrennen durch MOTOE, einem unabhängigen griechischen Motorsportverband. Mangels Einverständnisses von ELPA erhielt MOTOE nicht die beantragte Genehmigung und klagte auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

Im Anschluss an seine Vorjudikatur<sup>8</sup> kommt der Gerichtshof in der vorliegenden Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die fehlende Gewinnerzielungsabsicht des Verbands seiner Unternehmereigenschaft im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht entgegensteht. Es genüge schon, dass das Angebot von ELPA mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die einen Erwerbzweck verfolgen. Soweit dem Verband in Griechenland eine marktbeherrschende Stellung zukomme, kann das ihm gesetzlich eingeräumte Ausschließlichkeitsrecht eine Verletzung des Art 82 iVm Art 86 EG darstellen. Einem gemeinnützigen Verein, der selbst Motorradrennen organisiert und vermarktet, darf nicht ein exklusives Mitentscheidungsrecht bei der behördlichen Genehmigung solcher Rennen eingeräumt werden, das es dem Verein ermöglicht, sein Einverständnis zu verweigern, ohne dabei Beschränkungen, Bedingungen und Kontrollen zu unterliegen.

#### b) *Lelos*

Eine Vorlagefrage eines griechischen Berufungsgerichts gab Anlass zu der Vorlagefrage, ob und unter welchen Umständen sich ein marktbeherrschendes Pharmaunternehmen zur Begrenzung des Parallelhandels weigern darf, Bestellungen von Großhändlern auszuführen<sup>9</sup>. In diesem Verfahren hatte sich der Gerichtshof also mit der Frage des *trade-offs* zwischen der notwendigen Finanzierung von Forschung und Entwicklung auf dem Arzneimittelmarkt und dem Ziel möglichst niedriger Konsumentenpreise zu beschäftigen.

GlaxoSmithKline plc vertreibt in Griechenland über eine Tochtergesellschaft verschiedene patentgeschützte Präparate. Zwischengroßhändler hatten diese Medikamente erworben, um sie auf dem griechischen Markt, aber auch in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mit höheren Erstattungspreisen abzusetzen. GSK reagierte darauf, indem es sein griechisches Vertriebssystem änderte und die Bestellungen der Großhändler nicht mehr ausgeführt wurden. Der EuGH stellt dazu fest, dass diese Weigerung darauf abzielte, die von den Großhändlern getätigten Parallelexporte einzuschränken und so nationale Preisniveaus abzusichern.

Im Anschluss prüft der Gerichtshof, ob Besonderheiten des pharmazeutischen Sektors diese Einschränkung rechtfertigen können. Die Wettbewerbsregeln

<sup>8</sup> EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751, Rn 79.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 16.9.2008, Rs C-468/06 bis C-478/06, *Sot. Lélos/GlaxoSmithKline*, noch nicht in Slg veröff; siehe dazu *Palmstorfer*, Missbräuchliche, parallelexportbehindernde Lieferbeschränkungen – Anmerkungen zu EuGH, verb Rs C-468/06 bis C-478/06, *Lelos*, wbl 2008, 561; *Brömmelmeyer*, Parallelimporte von Arzneimitteln, EWS 2008, 318.

dürften nicht dahin ausgelegt werden, dass die einzige Wahl, die einem Pharmaunternehmen in beherrschender Stellung bei der Verteidigung seiner eigenen geschäftlichen Interessen bleibt, darin besteht, seine Arzneimittel in einem Mitgliedstaat, in dem die entsprechenden Preise auf einem verhältnismäßig niedrigen Niveau festgesetzt sind, überhaupt nicht zu vermarkten. Ein solches Unternehmen muss vielmehr in der Lage sein, angemessene und notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um seine eigenen geschäftlichen Interessen zu schützen, wenn es sich der Bestellungen anormaler Mengen gegenüber sieht. Eine Beschränkung der Bestellungen von Zwischenhändlern auf ein „normales“ Ausmaß könne zulässig sein.

Ob dies der Fall ist, hat das vorliegende nationale Gericht anhand der früheren Geschäftsbeziehungen des Pharmaunternehmens mit den betroffenen Großhändlern und des Umfangs der Bestellungen im Verhältnis zum Bedarf des betreffenden Mitgliedstaats zu bestimmen. Aus der Entscheidung kann geschlossen werden, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Parallelhandelsbeschränkungen mit Blick auf Art 82 EG nur dann gerechtfertigt werden können, wenn es gelingt, den Nachweis von Effizienzvorteilen in Gestalt der Förderung von FuE-Investitionen und damit des Innovationswettbewerbs überzeugend zu führen<sup>10</sup>.

#### c) *Sony/BMG*

Mit Urteil vom 10.7.2008 hat der EuGH im Rechtsmittelverfahren C-413/06 P das *Impala*-Urteil des EuG<sup>11</sup> aufgehoben, mit dem die Freigabe des Zusammenschlusses der Musiksparten von Sony und BMG durch die EG-Kommission für nichtig erklärt wurde<sup>12</sup>.

Es überrascht, dass der Gerichtshof offenkundig einen weniger strengen Beurteilungsmaßstab für die gerichtliche Nachprüfung der Begründungspflicht der Kommission anlegt, als dies das Gericht getan hat. Die Entscheidung der Kommission hatte ja überwiegend Ausführungen enthalten, die für eine Untersagung des Zusammenschlusses sprachen, während für die Unbedenklichkeit nur wenige Argumente vorgebracht wurden. Einen Begründungsmangel sah der Gerichtshof darin nicht. Eine Freigabeentscheidung sei dann ausreichend begründet, wenn in ihr deutlich dargelegt ist, aus welchen Gründen die Kommission der Meinung ist, dass die Untersagungs Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die Kommission ist nicht verpflichtet, in ihren Entscheidungen zu Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die aus ihrer Sicht eindeutig untergeordnete Bedeutung haben. Der Begründungspflicht ist daher Genüge getan, wenn die Kommission diejenigen Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführt, denen im Kontext der Entscheidung wesentliche Bedeutung zukommt. Die Begründung muss nur logisch folgerichtig sein und darf keine inneren Widersprüche aufweisen. Ausdrücklich zurückgewiesen wird vom Gerichtshof hingegen die Auffassung der Rechtsmittelwerber, es gelte eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit eines

<sup>10</sup> Vgl dazu *Behrens*, Parallelhandelsbeschränkungen und Konsumentenwohlfahrt – Zur neueren Rechtsprechung von EuG und EuGH, ZWeR 1/2008.

<sup>11</sup> EuG, Rs T-464/04, *Impala/Kommission*, Slg 2006, II-2289; kurz dazu *Thyri* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) Vor §§ 27, 28 UrhG, 436.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 10.7.2008, Rs C-413/06 P, *Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala*, noch nicht in Slg veröff.

angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, der zufolge die Kommission bei Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen weniger hohe Beweisanforderungen einhalten müsste als bei Untersagungsentscheidungen.

Des Weiteren bemängelt der Gerichtshof, dass das Gericht sich nicht damit begnügt habe, die Mitteilung der Beschwerdepunkte als Instrument zur Überprüfung der Richtigkeit, Vollständigkeit und Belastbarkeit der Tatsachenbasis der streitigen Entscheidung heranzuziehen. Vielmehr seien bestimmte Kategorien von Feststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als nachgewiesen eingestuft worden, wiewohl sie nur als vorläufig angesehen werden können. Zudem habe das Gericht zu hohe Ansprüche an die Überzeugungskraft der Beweismittel und das Vorbringen von Bertelsmann und Sony in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte gestellt. Schließlich habe das EuG die rechtlichen Kriterien für eine kollektive beherrschende Stellung, die sich aus einer stillschweigenden Koordinierung ergibt, missachtet. Der Gerichtshof erinnert daran, dass die insoweit einschlägigen Kriterien, darunter die Transparenz des betroffenen Marktes, nicht isoliert und abstrakt, sondern in Bezug auf einen Mechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung beurteilt werden müssten. Das Gericht habe hingegen die Markttransparenz nicht im Licht einer plausiblen Theorie der stillschweigenden Koordinierung analysiert.

#### d) **CEPSA**

In der Rs *CEPSA* bestätigt der EuGH im Wesentlichen seine bisherige Judikatur zur Anwendung des Art 81 EG auf Handelsvertreterverträge<sup>13</sup>.

Der Fall betraf auf zehn Jahre abgeschlossene, exklusive Verträge über den Bezug von Mineralölzeugnissen zwischen dem spanischen Tankstellenbetreiber Tobar und der Tankstellenkette CEPSA. Tobar hatte sich im zugrunde liegenden Zivilrechtsstreit unter Berufung auf das Kartellverbot geweigert, seine vertraglichen Pflichten gegenüber CEPSA zu erfüllen. Das spanische Gericht (Audiencia Provincial de Madrid) legte den Fall dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Im Ergebnis bekräftigt der Gerichtshof die Grundsätze, dass (i) es für die Frage, ob ein Handelsvertretervertrag überhaupt in den Anwendungsbereich des Art 81 EG fällt, allein auf die Risikoverteilung ankommt, sowie (ii) nur solche Beschränkungen aus dem Anwendungsbereich des Art 81 EG ausgenommen werden können, die den Produktmarkt betreffen<sup>14</sup>. Soweit Klauseln den Vermittlermarkt betreffen, kann das Kartellverbot (insbesondere mit Blick auf Marktabschottungseffekte) Anwendung finden, wobei die Regeln der Vertikal-GVO<sup>15</sup> berücksichtigt werden müssen. Zudem enthält das Urteil Ausführungen zu den Auswirkungen eines einseitigen Verzichts auf die Rechte aus einer vertraglich vereinbarten Kernbeschränkung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO.

13 EuGH, Urteil vom 11.9.2008, Rs C-279/06, *CEPSA, Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, noch nicht in Slg veröff.

14 Siehe dazu etwa *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, *Materielles Europarecht* (2009)<sup>2</sup> Rn 421.

15 VO (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl 1999 L 336/21; in Kraft seit 1.6.2000.

Zur Nichtigkeitsfolge des Art 81 Abs 2 EG führt der Gerichtshof seiner ständigen Rechtsprechung entsprechend aus, dass diese einen Vertrag nur dann insgesamt berührt, wenn die mit Art 81 Abs 1 EG unvereinbaren Klauseln nicht vom Vertrag an sich zu lösen sind. Im gegenteiligen Fall beurteilen sich die Auswirkungen der Nichtigkeit auf die übrigen Bestandteile des Vertrags nicht nach Gemeinschaftsrecht<sup>16</sup>.

## 2. **EuG**

### a) **AC-Treuhand**

Am 8.7.2008 bestätigte das EuG erstmals die Verhängung einer Geldbuße durch die Kommission wegen Beteiligung an einem Kartell gegen ein Unternehmen, das nicht auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt tätig war.<sup>17</sup>

Im Dezember 2003 hatte die Kommission Geldbußen von insgesamt EUR 70 Mio gegen drei Hersteller organischer Peroxide wegen Bildung eines Kartells verhängt<sup>18</sup>. Das Beratungsunternehmen AC-Treuhand hatte nach Ansicht der Kommission eine Schlüsselrolle in dem Kartell gespielt und war dafür mit symbolischen Geldbuße von EUR 1.000 sanktioniert worden.

Das EuG bestätigte die Kommissionsentscheidung im Verfahren über die Nichtigkeitsklage, in der AC-Treuhand insbesondere vorbrachte, dass sie nicht als Vertragspartei am Kartell beteiligt gewesen sei. Das Gericht bestätigte nun die Meinung der Kommission, dass die Begriffe der „Vereinbarung“ und des „Unternehmens“ jedes Unternehmen umfassen, das zur Begehung einer Zuwiderhandlung beigetragen hat. Mit dieser Klarstellung wandte sich das Gericht gegen die verbreitete Auffassung, wonach zwischen „Täterschaft“ und „strafloser Teilnahme“ zu unterscheiden wäre. Eine klare Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme fehlt im gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht. Nach Ansicht des EuG ist damit die objektive Voraussetzung für die Zurechnung eines Kartellverstoßes schon dann verwirklicht, wenn ein Unternehmen ein Kartell stillschweigend billigt und nicht bei den Behörden anzeigt. Darüber hinaus muss freilich das beteiligte Unternehmen seinen eigenen Willen so geäußert haben, dass deutlich wird, dass es die Ziele des Kartells teilt (subjektive Zurechnung).

Die Entscheidung des EuG hat bei Beratungsunternehmen zu einiger Aufregung geführt.

### b) **Airtours/My Travel**

Wie schon zur Rs *Schneider/Kommission*<sup>19</sup> berichtet, hatten zwei der drei 2003 von rechtswidrigen Untersagungen von Zusammenschlüssen durch die Kommission betroffenen Unternehmen die Aufhebung der Entscheidung durch das EuG

16 Siehe die Anmerkung von *Wegner/Pfeffer*, *EuZW* 2008, 886.

17 EuG, Urteil vom 8.7.2008, Rs T-99/04, *AC-Treuhand/Kommission*, noch nicht in Slg veröff.

18 E 2005/349/EG der Kommission vom 10.12.2003, COMP/E-2/37.857 – *Organische Peroxide*, ABL 2005 L 110/44.

19 EuG, Urteil vom 11.7.2007, Rs T-351/03, *Schneider/Kommission*, noch nicht in Slg veröff.

zum Anlass genommen, Schadenersatzklagen in erheblicher Höhe gegen die Kommission zu erheben<sup>20</sup>. In der Rs *Schneider/Kommission* wurde ein solcher Anspruch vom Gericht dem Grunde nach bejaht. Ein Rechtsmittel der Kommission dagegen ist anhängig.

Im zweiten Verfahren, das der britische Reiseveranstalter Airtours (jetzt MyTravel) eingeleitet hatte, hat das EuG die Schadenersatzklage jedoch abgewiesen<sup>21</sup>. Auch wenn die Verbotsentscheidung materiell rechtswidrig war, muss dies nicht notwendigerweise einen Schadenersatzanspruch nach sich ziehen. Die Kläger müssen nach Ansicht des EuG nachweisen, dass die Kommission die Grenzen, die ihrem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat.

Dies ist ihr im vorliegenden Fall nicht gelungen. Nach Ansicht des Gerichts sind dazu bei der Beurteilung im Kontext der Fusionskontrolle insbesondere auch die Komplexität der Situationen, die Schwierigkeiten bei der Anwendung, die zeitlichen Zwänge, denen sich die Verwaltung ausgesetzt sieht, und der weite Ermessensspielraum der Kommission in Betracht zu ziehen.

## B. Kommission – GD Wettbewerb

### 1. Kartellverfolgung

#### a) Statistik

Im Jahr 2008 hat die Kommission (ohne Berücksichtigung von Korrekturen durch die Gemeinschaftsgerichte) insgesamt EUR 2.271.232.900 an Bußgeldern verhängt. Sie blieb damit erstmals seit 2004, was die Gesamtsumme der verhängten Bußgelder betrifft, hinter dem Vorjahresbetrag (Rekord: EUR 3.338.427.700 im Jahr 2007) zurück. Mit EUR 1.383.896.000 wurde allerdings neuerlich ein Rekord bei der Bebußung eines einzelnen Kartells (Autoglas) aufgestellt. Insgesamt waren im Jahr 2008 37 Unternehmen von 7 Bußgeldentscheidungen der Kommission betroffen. Diese Fälle, von denen wieder die meisten auf Kronzeugenanträge zurückgingen, betrafen Kartelle auf den Märkten für Synthetikkauschuk<sup>22</sup>, internationale Umzugsdienste in Belgien<sup>23</sup>, Natriumchlorat<sup>24</sup>, Aluminiumfluorid<sup>25</sup>, Kerzenwachs<sup>26</sup>, Bananen<sup>27</sup> und Autoglas<sup>28</sup>.

#### b) Erstes Bußgeld für Siegelbruch

Im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen zur Verfolgung von Kartellen ist auf den ersten Fall hinzuweisen, in dem die Kommission einen Siegelbruch

20 Siehe Thyri, Wettbewerbsrecht vor Kommission und Gemeinschaftsberichten, in *Eilmansberger/Herzig*, Jahrbuch Europarecht 08 (2008) 115, 124.

21 EuG, Urteil vom 9.9.2008, Rs T-212/03, *Airtours/Kommission*, noch nicht in Slg veröff.

22 COMP 38.628, Pressemitteilung der Kommission vom 23.1.2008, IP/08/78.

23 COMP 38.543, Pressemitteilung der Kommission vom 11.3.2008, IP/08/415.

24 COMP 38.695, Pressemitteilung der Kommission vom 11.6.2008, IP/08/917.

25 COMP 39.180, Pressemitteilung der Kommission vom 25.6.2008, IP/08/1007.

26 COMP 39.181, Pressemitteilung der Kommission vom 1.10.2008, IP/08/1434.

27 COMP 39.188, Pressemitteilung der Kommission vom 15.10.2007, IP/08/1509.

28 COMP 39.125, Pressemitteilung der Kommission vom 12.11.2008, IP/08/1685.

durch ein von einer Nachprüfung betroffenes Unternehmen mit einer Geldbuße sanktioniert hat.

Nachdem in den Geschäftsräumen der E.ON Energie AG während einer Nachprüfung ein Siegel der Kommission beschädigt worden war, hat die Kommission gegen die E.ON eine Geldbuße in Höhe von EUR 38 Mio verhängt<sup>29</sup>. Die Nachprüfung wurde im Rahmen von Vollzugsmaßnahmen der Kommission wegen mutmaßlicher wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf den deutschen Energiemärkten durchgeführt. Das Siegel war angebracht worden, um die während einer unangekündigten Nachprüfung im Mai 2006 zusammengetragenen und in einem Büro hinterlegten Unterlagen zu sichern. Am nächsten Tag stellte die Kommission fest, dass das Siegel gebrochen worden war. Durch die Versiegelung von Räumen soll verhindert werden, dass Beweismittel während einer Nachprüfung verloren gehen und dadurch der Erfolg der Ermittlungen gefährdet wird. Im Falle eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Siegelbruchs kann die Kommission gem Art 23 Abs 1 Buchstabe e der VO 1/2003 eine Geldbuße von bis zu 1% des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens verhängen.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung sind Unternehmen gut beraten, etwa durch die Bestellung eines privaten Wachdienstes oder die Abstellung eines geschulten Mitarbeiters, auch nachts Sorge zu tragen, dass Kommissionsiegel, insbesondere bei mehrtätigen Nachprüfungen, nicht zugänglich und damit der vorsätzlichen oder fahrlässigen Beschädigung ausgesetzt sind.

#### c) „Private“ Enforcement durch die Kommission

Wohl im Rahmen ihrer Bemühungen um mehr zivilgerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in den Mitgliedstaaten ging die Kommission vor dem Hintergrund ihrer eigenen Entscheidung im Aufzugskartell mit gutem Beispiel voran und klagte vier Aufzugsunternehmen wegen überhöhter Preise für die Installation und Wartung von Aufzügen und Rolltreppen in Kommissionsgebäuden beim Handelsgericht Brüssel. 2007 hatte die Kommission in einer Entscheidung festgestellt, dass diese Unternehmen in mehreren Mitgliedstaaten illegale Kartelle betrieben und gegen die Kartellbestimmungen des EG verstoßen hatten<sup>30</sup>.

Als Zivilklägerin hat auch die Kommission in diesem Fall mit dem Problem komplexer und vielschichtiger vertraglicher Beziehungen zu kämpfen, welche die Höhe des Schadenersatzes sehr schwer bestimmbar machen. Sachverständigengutachten im Rahmen des Gerichtsverfahrens sollen Aufschluss über die Höhe der zuviel gezahlten Beträge bringen<sup>31</sup>.

## 2. Antitrust

Für den Bereich Antitrust (Art 81 EG außer Verfolgung von Hardcore-Kartellen sowie Art 82 EG) sind folgende Aktivitäten der Kommission hervorzuheben:

29 Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 30.1.2008, IP/08/108; dazu *Koch/Schnichels*, The E.ON seals case – € 38 million fine for tampering with Commission seals; *Competition Policy Newsletter* 2/2008, 21.

30 Siehe Thyri (FN 20) 124 mwN.

31 Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 24.6.2008, IP/08/998.

**a) Musikvertrieb – CISAC**

In ihrer Entscheidung vom 16.7.2008 hat die Kommission nun die Weiterverbreitung von Musik über Internet, Satellit und Kabelnetze unter dem Blickwinkel des Art 81 EG an neue Bedingungen geknüpft<sup>32</sup>. Betroffen sind (i) Mitgliedschaftsbeschränkungen, nach denen Autoren (unabhängig von der Art der anschließenden Rechtenutzung) ihre Rechte ausschließlich auf die Verwertungsgesellschaft in ihrem eigenen Land übertragen dürfen sowie ii) territoriale Beschränkungen, nach denen gewerbliche Nutzer ausschließlich von der jeweiligen nationalen Verwertungsgesellschaft eine Lizenz erhalten können, welche gleichzeitig auf das Gebiet dieses Landes beschränkt ist. Aufgrund von Netzwerkeffekten würden diese Klauseln den Verwertungsgesellschaften weiterhin eine absolute und exklusive Position auf ihren jeweiligen Heimatmärkten garantieren, die historischen de-facto-Monopole verstärken und neu in den Markt eintretenden Wettbewerbern den Zugang zum Markt für die Verwaltung von Urheberrechten verwehren.

Die CISAC sowie insgesamt 24 europäische Musikverwertungsgesellschaften (die fast 95% des Marktes für die Lizenzierung von Urheberrechten abdecken) wurden von der Kommission in der Entscheidung aufgefordert, gewisse Anpassungen ihrer Lizenzverträge vorzunehmen und die Zuwiderhandlungen abzustellen. Die meisten Verwertungsgesellschaften haben gegen die Entscheidung Klage beim EuG erhoben und bekämpfen die Entscheidung sowohl aus formaler als auch inhaltlicher Sicht<sup>33</sup>.

**b) Zwischenbericht Pharmasektoruntersuchung**

Am 28.11.2008 stellte die Kommission in ihrem Zwischenbericht über die Untersuchung des Pharmasektors fest, dass der Wettbewerb in dieser Branche nicht ordnungsgemäß funktioniert<sup>34</sup>. Die Sektoruntersuchung war im Januar 2008 eingeleitet worden, um zu ermitteln, warum weniger neue Arzneimittel auf den Markt gebracht wurden und warum sich der Markteintritt von Generika in einigen Fällen anscheinend verzögert hatte.

Den Zwischenergebnissen zufolge verzögern oder blockieren Originalpräparatersteller die Markteinführung konkurrierender Arzneimittel. Behindert werden die Generikahersteller beispielsweise durch die Einreichung mehrerer Patente für ein und dasselbe Arzneimittel (sogenannte Patentcluster), die Anstrengung von Prozessen, den Abschluss von Vereinbarungen zur Beilegung von Patentstreitigkeiten, durch die der Markteintritt von Generikaherstellern erschwert wird, sowie Interventionen bei nationalen Behörden, wenn Generikahersteller Zulassungen beantragen. Gem dem Bericht verfolgen die Unternehmen auch defensive Patentstrategien, die vor allem darauf abzielen, Wettbewerber an der Entwicklung neuer Arzneimittel zu hindern. Nachdem die betroffenen Parteien

zur Stellungnahme aufgefordert wurden, soll der Abschlussbericht der Kommission im Sommer 2009 vorgelegt werden<sup>35</sup>.

**3. Fusionskontrolle****a) REWE/ADEG**

Aus österreichischer Sicht interessiert im Bereich Fusionskontrolle 2008 insbesondere die von der Kommission unter Auflagen erteilte Genehmigung des Zusammenschlusses REWE/ADEG<sup>36</sup>.

Die Zusammenschlussparteien sind im österreichischen Groß- und Einzelhandel mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs tätig. Bereits vor dem Zusammenschluss hielt REWE einen Minderheitsanteil von 24,9% an ADEG. Die REWE-Gruppe ist mit den Handelsketten Billa, Penny und Merkur auf dem österreichischen Einzelhandelsmarkt für Konsumgüter des täglichen Bedarfs vertreten. Sie ist Marktführerin, dicht gefolgt von ihrem Mitbewerber SPAR Österreich; ADEG ist ein verhältnismäßig kleiner Konkurrent. Im April 2008 meldete REWE bei der Kommission ihre Absicht an, die Kontrolle über ADEG zu erwerben. Nach der Übernahme würde REWE 75% der Anteile von ADEG halten und somit die alleinige Kontrolle über das Unternehmen innehaben, während ADEG einen Minderheitsanteil von 25 % behalten würde.

Die erste Prüfung der Kommission ergab, dass die Marktanteile von REWE in Österreich auch nach der Übernahme in einem begrenzten Rahmen bleiben würden, und dass ADEG auf dem österreichischen Markt derzeit nicht sehr konkurrenzfähig ist. Während der vorläufigen Prüfung des Vorhabens konnte die Kommission jedoch nicht ausschließen, dass die Marktstärke des zusammengeschlossenen Unternehmens in einigen österreichischen Bezirken nicht doch zu einer Erhöhung des Preisniveaus auf dem nationalen Einzelhandelsmarkt führen würde. Als Reaktion auf die vorläufigen Ergebnisse der Prüfung bot REWE an, alle ADEG-Filialen in den betreffenden Regionen zu veräußern und die ADEG-Einzelhändler dazu zu bewegen, aus der ADEG-Genossenschaft auszutreten. Sollten zu wenige Einzelhändler dem Vorschlag folgen, sagte REWE zu, einige REWE-Filialen zu verkaufen, um die Wettbewerbsbedenken der Kommission zu beseitigen. Durch diese Zusage konnten die Bedenken der Kommission ausgeräumt werden<sup>37</sup>.

32 COMP/C2/38.698 – CISAC, Pressemitteilung der Kommission vom 16.7.2008, IP/08/1165.

33 Siehe Wittmann, Die CISAC-Entscheidung der Kommission, MR-Int 2008, 63; Andries/Julien-Malvy, The CISAC decision – creating competition between collecting societies for music rights, Competition Policy Newsletter 3/2008, 53.

34 Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>, s Pressemitteilung der Kommission vom 28.11.2008, IP/08/1829.

35 Ausführlich dazu s Sule/Schnichels, Die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs durch die Kommission, EuZW 2009, 129.

36 E der Kommission vom 23.6.2008, M.5047 REWE/ADEG.

37 Siehe dazu König/Simon/Terrasse/Kijewski, Rewe/Adeg – Food for thought – Austrian markets for daily consumer goods, Competition Policy Newsletter 3/2008, 75.

## IV. Ausblick (geplante legislative Vorhaben)

### A. Überarbeitung der Regeln über horizontale Zusammenarbeit

Im Dezember 2008 hat die Kommission eine öffentliche Konsultation zur derzeitigen Praxis bei der Bewertung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit gestartet<sup>38</sup>. Horizontale Vereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf derselben Marktebene tätig sind. Entsprechende Vereinbarungen von Unternehmen beispielsweise über die gemeinsame Vermarktung oder den Informationsaustausch können zu ernsthaften Wettbewerbsproblemen führen, sofern sie Preisfestsetzungen, die Aufteilung von Marktanteilen oder Absatzeinschränkungen betreffen. In Bereichen wie der gemeinsamen Forschung und Entwicklung, der gemeinsamen Herstellung und dem gemeinsamen Einkauf können derartige horizontale Vereinbarungen aufgrund ihrer erheblichen wirtschaftlichen Vorteile allerdings auch wettbewerbsfördernd wirken.

Diesem Spannungsverhältnis versuchen die Gruppenfreistellungsverordnungen für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>39</sup> und Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen<sup>40</sup> sowie die einschlägigen horizontalen Leitlinien<sup>41</sup> Rechnung zu tragen. Diese Regelungen laufen allesamt am 31.12.2010 aus. Ihre Anwendung soll nun mit Hilfe eines Konsultationsverfahrens neu bewertet werden. Die Stellungnahmefrist endete am 30.1.2009 und es ist damit zu rechnen, dass die Kommission im Laufe des Jahres 2009 überarbeitete Entwürfe der genannten Regeln vorlegen wird.

### B. Überarbeitung der KFZ-GVO

Die dzt geltende KFZ-GVO<sup>42</sup> läuft am 31.5.2010 aus. Auch mit Blick auf die derzeitigen wirtschaftlichen Umwälzungen auf den KFZ-Märkten ist das weitere Schicksal dieses Rechtsakts ungewiss. Im Mai 2008 hat die Kommission noch einen Prüfbericht veröffentlicht, in dem der Wirkungsweise der KFZ-GVO ein recht positives Zeugnis ausgestellt wird. Der Prüfbericht ist der erste Schritt in einem Verfahren, in dem über künftige Änderungen entschieden werden soll.

Einige sektorspezifische Einzelvorschriften, wie etwa die Erlaubnis für KFZ-Händler, Verkaufsräume ohne angeschlossene Werkstatt zu betreiben, haben sich allerdings als überflüssig und bisweilen sogar kontraproduktiv erwiesen. So ist nicht auszuschließen, dass durch die Anhebung der Marktanteilsschwelle, bis zu der quantitative Selektivvertriebsvereinbarungen freigestellt werden können, auf 40% die Tendenz der Automobilhersteller zu einem einzigen Vertriebsmodell verstärkt werden könnte.

38 Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 4.12.2008, IP/08/1887.

39 Verordnung für Spezialisierungsvereinbarungen, VO (EG) Nr. 2658/2000 vom 29.11.2000, ABI 2000 L 304/3.

40 VO (EG) 2659/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABI 2000 L 304/7 idgF.

41 Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, ABI 2001 C 3/2.

42 VO (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABI 2002 L 203/30.

Die Überreglementierung in bestimmten Bereichen wie Mehrmarkenvertrieb oder die Öffnung neuer Verkaufsstellen haben zur Einführung überflüssiger Anforderungen an die Händler geführt und damit den Vertrieb zu Lasten der Verbraucher verteuert. Andere Vorschriften wie jene, die die Hersteller verpflichten, freien Reparaturwerkstätten Zugang zu technischen Unterlagen zu gewähren, haben sich zwar als wirkungsvoll erwiesen, werden aber künftig von EG-Vorschriften in anderen Politikbereichen abgelöst (zB durch die VO 715/2007 über Kraftfahrzeugemissionen). Der Bericht kommt daher zu dem Schluss, dass die Fahrzeughalter mehr vom Wettbewerb profitieren würden, wenn die Vorschriften vereinfacht würden<sup>43</sup>.

Es bleibt abzuwarten, welche Bedeutung diesen Erwägungen im Licht der aktuellen Krise des KFZ-Marktes zukommen wird.

### C. Weißbuch „Private enforcement“

Im Dezember 2005 hatte die Kommission ein „Grünbuch“<sup>44</sup> zur Erleichterung von Schadenersatzklagen wegen Verletzung der Art 81 und 82 EG vorgelegt<sup>45</sup>. Am 2.4.2008 folgte diesem Papier nun ein „Weißbuch“, in dem die Ergebnisse des Konsultationsprozesses von der Kommission ausgewertet und konkrete Umsetzungsvorschläge vorgelegt werden<sup>46</sup>. Nach Ende der Konsultationsfrist am 15.7.2008 prüft die Kommission derzeit konkrete legislative Umsetzungsschritte<sup>47</sup>. Die Hauptempfehlungen des Weißbuchs betreffen:

**Einfachen Schadenersatz:** Die Kommission schlägt einen einfachen Schadenersatz im Gegensatz zu einer Mehrfachentschädigung („treble damages“) vor. Dies bedeutet, dass der Schaden einschließlich der tatsächlichen Verluste aufgrund beispielsweise wettbewerbswidriger Preisaufschläge oder entgangener Gewinne aufgrund von Umsatzeinbußen in vollem Umfang zu ersetzen sein soll. Die Kompensation des realen Wertes der erlittenen Verluste beinhaltet dabei auch den Anspruch auf Zinsen.

**Kollektiven Rechtsschutz:** Die Kommission empfiehlt nur zwei Formen des kollektiven Rechtsschutzes, und zwar repräsentative Klagen, die beispielsweise von anerkannten Verbraucherschutzverbänden geführt werden, und Gruppenklagen, denen sich die Geschädigten ausdrücklich anschließen müssen (im Gegensatz zu Sammelklagen, die von Rechtsanwaltskanzleien für eine nicht bekannte Zahl von Klägern geführt werden).

**Offenlegung:** Die Kommission empfiehlt hier keine weiterreichenden Optionen wie beispielsweise einen automatischen Anspruch auf Offenlegung mehr, weil diese zu Verfahrensmisbräuchen führen können. Die Beklagten könnten nur deswegen zum Abschluss eines Vergleichs bereit sein, um die unverhältniss-

43 Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 28.5.2008, IP/08/810.

44 KOM(2005) 672 endg.

45 Siehe dazu etwa *Eilmansberger*, The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: Reflections on the usefulness and feasibility of a stimulation of private enforcement through legislative action, CMLR 2007, 431.

46 COM(2008) 165, 2.4.2008, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>.

47 Siehe ausführlich dazu *Becker/Bessot/de Smijter*, The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Competition Policy Newsletter 2/2008, 4.

mäßig hohen Kosten zu vermeiden, die mit einer übermäßigen Offenlegung verbunden sein können.

Beweiskraft von bestandskräftigen Entscheidungen: Damit unnötige Verzögerungen und zusätzliche Kosten aufgrund eines erneuten Prozesses vermieden werden, empfiehlt die Kommission, dass bestandskräftige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zur Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes bei Folgeklagen auf Schadenersatz zum Nachweis dieses Verstoßes ausreichen. Dies entspricht bereits der geltenden Rechtslage bei Entscheidungen der Kommission. In Österreich ist diese Frage nach wie vor nicht gänzlich geklärt<sup>48</sup>.

---

48 Vgl. *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich (2007) 545; *Primus/Solé* in FS Hermann (2008) 15; zuletzt OGH als KOG 16.7.2008, 16 Ok 6/08.