

## I. Abgrenzung

Der folgende Beitrag gibt für das Jahr 2009 einen Überblick über die Rechtsentwicklung zu den Bestimmungen der Art 101 AEUV (ex-Art 81 EGV), 102 AEUV (ex-Art 82 EGV), also die Bestimmungen zum Kartellverbot und zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die Aktivitäten der Gemeinschaftsinstanzen zum Verbot staatlicher Beihilfen nach Art 107 AEUV (ex-Art 87 EGV) werden nach dem Format dieses Jahrbuchs an anderer Stelle behandelt (siehe den Beitrag von *Herzog/Palmstorfer*).

## II. Neue Rechtsvorschriften

### A. Leitfaden für die Anwendung des Art 102 AEUV (ex-Art 82 EGV)

Im Februar 2009 hat die Kommission Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen veröffentlicht.<sup>1</sup> Dieses Dokument ist das Ergebnis einer jahrelangen Debatte über die Reform von Art 102 AEUV (ex-Art 82), die sich zwischen den beiden Polen eines „*more effects based approach*“ und des klassischen „*per se*“ Zugangs zu Art 102 AEUV abgepielt hat. Der Leitfaden wird in Zukunft (zusammen mit dem sogenannten *Staff Discussion Paper* aus 2005) ein hoch relevantes Dokument in diesem Bereich sein. Die Leitlinien folgen der allgemeinen Struktur des Discussion Paper und erklären den Zugang der Kommission zu Behinderungsmissbrauch. Danach behandelt das Dokument spezifische Formen des Missbrauchs wie Ausschließlichkeitsbindungen, *tying* und *bundling*, Kampfpreise, Lieferverweigerungen und sogenannte *margin squeezes*.

Grundsätzlich soll die Vollzugspraxis der Kommission nach diesem Dokument noch stärker ökonomisch ausgerichtet sein. Wie vonseiten der Rechtsanwender (Rechtsabteilungen, Firmenjuristen) zu vernehmen ist, hat das Missbrauchsrecht damit aber ein Ausmaß an Komplexität erreicht, das eine rasche und kosteneffiziente Anwendung sehr schwierig macht. Es ist daher zu erwarten, dass die Debatte der vergangenen Jahre weiter fortgesetzt werden wird.

### B. Liner Shipping Consortia GVO wiederverlautbart

In September 2009 hat die Kommission eine neue Verordnung erlassen, welche die Liner Shipping Consortia GVO (VO 823/2000) ersetzt hat. Die neue GVO 906/2009 ist im April 2010 in Kraft getreten und wird 2015 auslaufen.<sup>2</sup> Die Kommission hatte zuvor im Oktober 2008 einen Entwurf veröffentlicht, um einerseits die aufgehobene VO 4056/86 zu Liner Conferences einzubeziehen und insbesondere die mittlerweile in allen anderen Sektoren anwendbaren Regeln auch auf den Transportsektor auszudehnen.

1 ABI 2009 C 45/7.

2 ABI 2009 L 256/31.

Die wesentlichen Veränderungen der neuen GVO sind:

- Die Verordnung wird sich auf alle Liner Shipping Dienste erstrecken.
- Die Liste der Ausnahmen wurde überarbeitet. Nur für Kapazitätsanpassungen wurden Ausnahmen beibehalten solange diese notwendig sind, um auf Fluktuationen in Angebot und Nachfrage reagieren zu können.
- Die relevante Marktanteilsschwelle wurde von 35% auf 30% reduziert.
- Die neue GVO verlängert die Ausstiegsklauseln und Login Perioden für den Fall, dass ein Mitglied sich aus dem Konsortium zurückziehen möchte.
- Die Kommission sieht nun auch vor, dass sie den Vorteil der Gruppenfreistellung entziehen kann, wenn ein Konsortium negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

## III. Aktuelle Judikatur und Behördenpraxis

### A. Gemeinschaftsgerichte

Im Folgenden wird eine Auswahl von Urteilen der Gemeinschaftsgerichte im Berichtszeitraum 2009 gegeben, die uE für die Rechtsentwicklung von Bedeutung sein können:

#### 1. EuGH

##### a) *T-Mobile Netherlands* – Vereinbarungsbegriff, Informationsaustausch und Kausalzusammenhang

Eine Reihe von wichtigen Festlegungen zum Vereinbarungsbegriff im Europäischen Kartellrecht bringt das Urteil *T-Mobile Netherlands ua*<sup>3</sup>. Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass jeder Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, sofern er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen. Dies gilt auch dann, wenn dieses Verhalten wie im Ausgangsfall eine Kürzung der Standardvertragshändlervergütung betrifft.

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot setzt jedoch überdies den Nachweis eines entsprechenden Marktverhaltens und eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen diesem und dem abgestimmten Verhalten voraus. Der Gerichtshof geht dabei aber von der Kausalitätsvermutung aus, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigten. Den betroffenen Unternehmen steht der Gegenbeweis offen. Das Urteil stellt nunmehr klar, dass diese Kausalitätsvermutung auch vom nationalen Richter anzuwenden ist.

Eine solche Vermutung kann auch schon dann eintreten, wenn – wie im Ausgangsfall – die Abstimmung nur auf einem einzigen Treffen beruht. Nach Auffassung des EuGH ist es nicht ausgeschlossen, dass eine einzige Kontaktaufnahme je nach Struktur des Marktes grundsätzlich ausreichen kann, um es den beteiligten Unternehmen zu ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen. Errichten die

3 Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands ua*, Urteil v 4.6.2009.

beteiligten Unternehmen ein Kartell mit einem komplexen System einer Abstimmung im Hinblick auf eine Vielzahl von Aspekten ihres Marktverhaltens, so mag eine regelmäßige Kontaktaufnahme über einen längeren Zeitraum hinweg notwendig sein. Ist hingegen nur eine punktuelle Abstimmung im Hinblick auf einen einzigen Wettbewerbsparameter bezweckt, so kann auch die einmalige Kontaktaufnahme bereits eine ausreichende Grundlage bieten, um den angestrebten wettbewerbswidrigen Zweck in die Tat umzusetzen.

Entscheidend ist daher nicht so sehr, wie viele Treffen es zwischen den beteiligten Unternehmen gegeben hat, sondern ob die Kontakte, die stattgefunden haben, ihnen ermöglicht haben, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Verhaltens auf dem jeweiligen Markt zu berücksichtigen und eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle der mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken treten zu lassen. Wenn nachgewiesen werden kann, dass die beteiligten Unternehmen eine Abstimmung erzielt haben und dass sie weiterhin auf dem Markt tätig sind, ist es gerechtfertigt, von ihnen den Beweis dafür zu verlangen, dass diese Abstimmung ihr Marktverhalten nicht beeinflusst hat.

#### b) *Bolloré* – Zurechenbarkeit des Kartellverstoßes

Die Beachtung der Verteidigungsrechte stellt einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar. Deshalb muss im Kartellverfahren die Mitteilung der Beschwerdepunkte die wesentlichen einem Unternehmen zur Last gelegten Gesichtspunkte, wie den ihm vorgeworfenen Sachverhalt, dessen Einstufung und die von der Kommission herangezogenen Beweismittel enthalten, damit sich das Unternehmen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens sachgerecht äußern kann. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte muss aber auch eindeutig angeben, gegen welche juristische Person Geldbußen festgesetzt werden könnten, und muss an diese Person gerichtet sein. Ebenso muss angegeben werden, in welcher Eigenschaft dem Unternehmen die behaupteten Tatsachen zur Last gelegt werden.

Der Gerichtshof scheint nun in Bezug auf diese Standards einen strengeren Maßstab anzulegen, als noch das Gericht erster Instanz (EuG).<sup>4</sup> Er hat im Rechtsmittelverfahren eine Bußgeldentscheidung gegen den französischen Papierhersteller *Bolloré* aufgehoben.<sup>5</sup> Die E der Kommission war fehlerhaft, weil in dieser *Bolloré* die Zuwiderhandlung aufgrund seiner eigenen unmittelbaren Beteiligung an dem Kartell angelastet worden war, obwohl ihm die Zuwiderhandlung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nur in seiner Eigenschaft als 100-prozentige Muttergesellschaft seiner Tochtergesellschaft Copigraph zugerechnet worden war. Es ist daher nicht auszuschließen, dass sich die E möglicherweise auf Verhaltensweisen gründet, in Bezug auf welche das Unternehmen sich nicht hat verteidigen können.

Das Gericht hatte demgegenüber eine Nichtigerklärung noch abgelehnt, da andere in der E berücksichtigte Umstände, zu denen *Bolloré* sehr wohl habe Stellung nehmen können, der Kommission erlaubt hätten, die Verantwortung des Unternehmens für das rechtswidrige Verhalten seiner Tochtergesellschaft, unabhängig von seiner eigenen unmittelbaren Beteiligung, zu bejahen.

4 Verb Rs T-109/02 ua, *Bolloré*, Slg 2007, II-947.

5 Verb Rs C-322/07 P, C-327/07 P u C-338/07 P, *Bolloré ua*, Urteil v 3.9.2009.

#### c) *GlaxoSmithKline* – Parallelhandel im Arzneimittelsektor

In *GlaxoSmithKline* entschieden die Richter, dass ein duales Preissystem, bei dem für exportierte Arzneimittel höhere Preise verrechnet werden als für jene, die im Land abgesetzt werden, stets das Kartellverbot verletzt wird.<sup>6</sup> Der Gerichtshof ist damit im Rechtsmittelverfahren deutlich strenger als noch das Gericht.<sup>7</sup> Dieses hatte in seinem Urteil erkannt, dass in Anbetracht der enormen Forschungs- und Entwicklungskosten von Arzneimitteln ein Preis, der über den Grenzkosten liegt, gerechtfertigt und notwendig sein kann und verwies darauf, dass der Wettbewerb auf diesem Sektor bereits durch zahlreiche staatliche Regelungen verfälscht sei. Zudem sei der Parallelhandel nicht immer mit Vorteilen für den Endverbraucher verbunden. Denn Großhändler würden den Preisvorteil oft nicht in Form niedrigerer Preise an die Endverbraucher weitergeben. Eine Beschränkung des Parallelhandels bei Arzneimitteln müsse daher nicht zwingend wettbewerbsbeschränkend sein. Abzustellen sei vielmehr darauf, ob das Wohlergehen der Konsumenten gemindert werde.

Der EuGH sieht dies nun deutlich restriktiver: Eine Klausel, die den Parallelimport behindert, ist immer als wettbewerbsbeschränkend anzusehen, selbst wenn sie für den Konsumenten keine konkreten Nachteile hat. Bei dualen Preissystemen ist daher in jedem Fall von einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung auszugehen.

Bestätigt wurde vom Gerichtshof allerdings die Rechtsmeinung des Gerichts, wonach die Kommission zu Unrecht eine Freistellung der Verkaufsbedingungen von *GlaxoSmithKline* verweigert habe. Das Gericht habe zu Recht angenommen, dass die Kommission nicht alle einschlägigen Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die die Klägerin zu dem mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlust und dem mit den allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundenen Effizienzgewinn vorgetragen habe.

#### d) *Akzo Nobel* – Zurechnung im Konzern

Mit Urteil vom 10. September 2009 hat der EuGH das Rechtsmittel von *Akzo Nobel* gegen das Urteil des EuG aus dem Jahr 2007 zurückgewiesen.<sup>8</sup> Diesem voraus ging eine Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2004, worin diese feststellte, dass mehrere Unternehmen der *Akzo Nobel* Gruppe ein Cholinchloridkartell gebildet hatten. Der Konzernmutter *Akzo Nobel* und ihren Töchtern war gesamtschuldnerisch eine Geldbuße von EUR 20,99 Millionen auferlegt worden. Das EuG hatte die Entscheidung der EU-Kommission in vollem Umfang bestätigt.

Auch das Urteil des EuGH bestätigt nun, dass die EU-Kommission ein Bußgeld nicht nur gegen das Unternehmen verhängen kann, das direkt eine Zuwiderhandlung nach dem Kartellrecht begangen hat, sondern insbesondere auch gegen die Konzernmutter als Gesamtschuldnerin, sofern diese eine wirtschaftliche Einheit mit ihren Tochtergesellschaften bildet.<sup>9</sup> Dies ist unabhängig davon,

6 Verb Rs C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, *GlaxoSmithKline ua*, Urteil v 6.10.2009.

7 Rs T-168/01, *GlaxoSmithKline*, Slg 2006, II-2969.

8 Rs T-112/05, *Akzo Nobel*, Slg 2007, II-5049.

9 Rs C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Urteil v 10.9.2009.

ob der Muttergesellschaft eine persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachgewiesen werden kann. Eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer Zurechnung des Verhaltens der Tochtergesellschaft an die Mutter ist dann – so der EuGH – anzunehmen, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.

Der Gerichtshof bestätigte auch die sogenannte Beherrschungsvermutung, wonach dann, wenn eine Muttergesellschaft 100% des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, eine widerlegliche Vermutung besteht, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf die Wirtschaftspolitik der Tochtergesellschaft ausübe. Keine anderen Elemente müssten hinzutreten, um diese Vermutung zu begründen. Die Vermutung kann nur durch einen Nachweis widerlegt werden, dass das Tochterunternehmen auf dem Markt eigenständig auftritt. Der EuGH bestätigt in diesem Zusammenhang die Auffassung des EuG, dass es Sache der Muttergesellschaft sei, dem Gericht alle Angaben in Bezug auf die organisatorischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verbindungen zwischen ihr und ihrer Tochtergesellschaft zur Würdigung vorzulegen, die dem Nachweis dienen könnten, dass sie keine wirtschaftliche Einheit bildeten.

#### e) *SELEX Sistemi Integrati* – Unternehmensbegriff

Im Urteil *SELEX* hatte der Gerichtshof die Frage zu klären, ob die Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol) wirtschaftliche Tätigkeiten ausübe und daher als Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts angesehen werden müsse.<sup>10</sup>

Der Gerichtshof erklärte in seinem Urteil die vom Gericht im angefochtenen Urteil angestellten rechtlichen Erwägungen, wonach es sich bei den von Eurocontrol ausgeübten Tätigkeiten der Normung, der Forschung und Entwicklung sowie der Unterstützung nationaler Verwaltungen um wirtschaftliche Tätigkeiten iSd Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft handle, für rechtsfehlerhaft.<sup>11</sup> Er hielt unter Berufung auf seine Vorjudikatur<sup>12</sup> fest, dass diese Tätigkeiten von Eurocontrol in ihrer Gesamtheit, ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammenhängen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen, und dass dies typischerweise hoheitliche Rechte seien, die keinen wirtschaftlichen Charakter hätten. Eurocontrol sei in der Ausübung dieser Tätigkeiten kein Unternehmen iSd Art 82 EG (nun Art 102 AEUV), woraus folge, dass das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft auf diese Tätigkeiten nicht anwendbar sei. Ungeachtet der rechtsfehlerhaften Beurteilung des Gerichts war das Rechtsmittel dennoch abzuweisen, da sich die Urteilsformel des Gerichts aus anderen Gründen als richtig dargestellt habe – das Gericht hatte mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen, da die Kl den Nachweis schuldig geblieben war, dass Eurocontrol im konkreten Fall einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begangen habe.

10 Rs C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA/Kommission u Eurocontrol*, Urteil v 26.3.2009.

11 Siehe Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, *ecolex* 2007, 484 ff.

12 Urteile Rs 107/84, *Kommission/Deutschland*, Slg 1985, 2655, Rn 14 und 15; Rs C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, Slg 1994, I-43, Rn 30 und Rs C-49/07, *MOTOE*, Slg 2008, I-4863, Rn 22.

#### f) *Schneider/Legrand* – Schadenersatz wegen Untersagung einer Fusion

*Schneider Electric SA* gehört zu jenen Unternehmen, die im Gefolge der Nichtigerklärung einer untersagenden Fusionskontrollentscheidung der Kommission Schadenersatzansprüche gegenüber der Gemeinschaft geltend gemacht haben. Schneider hatte Schadenersatz in der Höhe von 1,7 Mrd Euro gefordert und vorgebracht, es sei gezwungen gewesen, den von der Kommission zu Unrecht untersagten Unternehmenserwerb von Legrand vorzeitig und zu ungünstigen Bedingungen rückabzuwickeln. Der dabei erzielte Verkaufserlös lag erheblich unter dem von Schneider gezahlten Einkaufspreis. Die Differenz sei als Schaden zu ersetzen.

Das Gericht hatte diesem Begehren dem Grunde nach stattgegeben.<sup>13</sup> Die Kommission habe Schneider in der Mitteilung der Beschwerdepunkte über wesentliche Elemente ihrer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung im Unklaren gelassen und dem Unternehmen damit jede Möglichkeit genommen, entsprechende Abhilfemaßnahmen anzubieten. Dadurch habe die Kommission die ihrem Ermessen gesetzten Grenzen offenkundig und erheblich überschritten, wodurch eine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft begründet werde.

Der EuGH bestätigt nunmehr in seinem Rechtsmittelurteil diese Rechtsmeinung des Gerichts hinsichtlich des qualifizierten Rechtsverstoßes.<sup>14</sup> Er verneint eine Haftung aber mangels eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen dem Rechtsverstoß der Kommission und dem eingetretenen Schaden. Schneider sei nicht verpflichtet gewesen, zur Unzeit zu veräußern, sondern hätte, wengleich gegen Zahlung eines Reuegeldes, von einem vertraglich vereinbarten Kündigungsrecht Gebrauch machen und vom Kaufvertrag zurücktreten können. Die unmittelbare Ursache für den eingetretenen Schaden liege daher in dieser freiwilligen Entscheidung des Unternehmens und gehe nicht auf die rechtswidrige Untersagungsentscheidung der Kommission zurück.

## 2. Gericht

#### a) *Clearstream* – Geschäftsverweigerung

Nach einer E der Kommission aus dem Jahr 2004<sup>15</sup> hat die Unternehmensgruppe *Clearstream* ihre beherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für Clearing- und Abrechnungsleistungen für Wertpapiere missbraucht. Dem Mitbewerber Euroclear wurden Leistungen verweigert und dieser preislich diskriminiert.

Das Gericht erster Instanz bestätigt nun diese Entscheidung der Kommission.<sup>16</sup> Es ist der Klägerin nicht gelungen, eine zweijährige Wartezeit zur Herstellung einer Computerverbindung sachlich zu rechtfertigen, die normalerweise für andere Kunden innerhalb weniger Monate eröffnet wird. Die Geschäftsverweigerung wird auch nicht dadurch zulässig, dass Euroclear seinerseits *Clearstream*

13 Rs T-351/03, *Schneider Electric*, Slg 2007, II-2237.

14 Rs C-440/07 P, *Schneider Electric SA*, Urteil v 16.7.2009.

15 E K(2004) 1958 endg der Kommission v 2.6.2004 in einem Verfahren nach Art 82 [EG] (Sache COMP/38.096 – *Clearstream (Clearing und Abrechnung)*, Zusammenfassung der E in ABI 2009 C 165/7.

16 Rs T-301/04, *Clearstream Banking ua*, Urteil v 9.9.2009.

den Zugang zu Leistungen auf dem französischen Markt verweigert habe und die gesamten Vertragsbeziehungen der beiden Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben, behalten zwar das Recht, ihre geschäftlichen Interessen zu schützen, tragen dabei aber eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigen. Es genügt daher schon, dass die verspätete Erbringung der fraglichen Dienstleistungen geeignet war, einen Wettbewerbsnachteil für Euroclear herbeizuführen. Ferner erinnert das Gericht daran, dass das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung auch ohne jedes Verschulden als missbräuchlich betrachtet werden kann. Das Vorbringen der Klägerin, sie hätten keine wettbewerbsfeindlichen Ziele verfolgt, sei somit unerheblich für die rechtliche Bewertung der Tatsachen.

#### b) *Outokumpu Oyj ua* – Bemessung der Geldbuße

Das Gericht hat mit drei Urteilen die von der Kommission verhängten Geldbußen betreffend ein Kartell auf dem Markt für Kupferindustrierohre bestätigt.<sup>17</sup> Die Kommission habe zu Recht bei der Beurteilung der Größe des Marktes die Produktionskosten nicht abgezogen. Bestätigt wurde auch die Erhöhung einer verhängten Geldbuße wegen Wiederholung der Zuwiderhandlung. Die Kommission ist nicht gehindert, einen Wiederholungsfall festzuhalten, auch wenn im Fall eines früheren Kartells aufgrund besonderer Umstände keine Geldbuße verhängt wurde. Eine Erhöhung sei schon dadurch gerechtfertigt, dass ein Unternehmen trotz der früheren Feststellung einer praktisch identischen Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln beschlossen hat, seine Teilnahme an dem Kartell fortzusetzen.

## B. Kommission – GD Wettbewerb

### 1. Kartellverfolgung

#### a) Statistik

Im Jahr 2008 hat die Kommission (ohne Berücksichtigung von Korrekturen durch die Gemeinschaftsgerichte) insgesamt EUR 1.623.384.400 an Bußgeldern verhängt. Sie blieb damit erneut, was die Gesamtsumme der verhängten Bußgelder betrifft, hinter dem Rekordbetrag des Jahres 2007 (EUR 3.338.427.700) zurück. Diese Entwicklung mag auch mit den in Zeiten der Wirtschaftskrise deutlich zurückgegangenen Unternehmensumsätzen zu tun haben. Der Höchstbetrag für einen einzelnen Fall erreichte im Jahr 2009 EUR 1.106.000.000 (Gaskartell). Insgesamt waren im Jahr 2009 41 Unternehmen von 6 Bußgeldentscheidungen der Kommission betroffen. Diese Fälle, von denen die meisten auf Kronzeugenanträge zurückgingen, betrafen Kartelle auf den Märkten für Marineschläuche,<sup>18</sup> Gas,<sup>19</sup>

17 Rs T-116/04, *Wieland Werke AG*, Rs T-122/04, *Outokumpu Oyj* und T-127/04, *KME Germany ua*, alle drei Urteile v 6.5.2009.

18 IP/09/137.

19 IP/09/1099.

Kalziumkarbid und Reagenzien auf Magnesiumbasis,<sup>20</sup> Betonstahl,<sup>21</sup> Leistungstransformatoren<sup>22</sup> und Kunststoffzusätze.<sup>23</sup>

#### b) Keine Fortschritte beim *Private Enforcement*

Obwohl für den Oktober 2009 ein Richtlinienentwurf zu Sammelklagen im EU-Kartellrecht in das Kommissions-Kollegium eingebracht worden ist, kam ein Beschluss über diese, von der Kommission seit Jahren geplante, Maßnahme nicht zustande. Kern des im September bekannt gewordenen internen Kommissionsentwurfs ist eine Opt-out-Verbandsklage. Dabei kann auch im Namen von Verbrauchern geklagt werden, die nicht ausdrücklich der Klage beigetreten sind.

Dennoch ist zu erwarten, dass die Kommission sich auch unter den neuen Kommissar *Almunia* weiter mit diesem Thema befassen wird. Einerseits könnte ein leicht abgewandelter Vorschlag auf geänderter Rechtsgrundlage vorgelegt werden. Andererseits könnte ein kollektives Rechtsschutzinstrument für das Kartellrecht auch als horizontale Maßnahme vorgelegt werden.<sup>24</sup>

## 2. Antitrust

Für den Bereich Antitrust (Art 101 AEUV außer Verfolgung von Hard-core-Kartellen sowie Art 102 AEUV) sind folgende Aktivitäten der Kommission hervorzuheben:

#### a) *Pharmasektoruntersuchung* abgeschlossen

Im Januar 2008 wurde die Sektoruntersuchung für den Pharmasektor eingeleitet, um zu ermitteln, warum weniger neue Arzneimittel auf den Markt gebracht wurden und sich der Markteintritt von Generika in manchen Fällen zu verzögern schien.<sup>25</sup> Ziel war es festzustellen, wie die Funktionsfähigkeit der Märkte verbessert werden kann. Nachdem im November 2008 die vorläufigen Ergebnisse veröffentlicht worden waren legte die Kommission nun am 8.7.2009 ihren Abschlussbericht vor.<sup>26</sup>

Die Sektoruntersuchung deutet darauf hin, dass bestimmte Unternehmenspraktiken mitverantwortlich dafür sind, dass sich der Markteintritt von Generika verzögert und die Anzahl neuartiger Arzneimittel auf dem Markt rückläufig ist. Um dem abzuwehren, will die Kommission ihre kartellrechtlichen Untersuchungen im Sektor intensivieren und auch Vergleichsvereinbarungen zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und denen von Generika weiter prüfen. Die ersten kartellrechtlichen Untersuchungen wurden bereits eingeleitet. In ihrem Abschlussbericht appelliert die Kommission außerdem an die Mitgliedstaaten, Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Verbreitung von Generika erleichtern. Festgestellt wird weiter, dass so gut wie alle Akteure des Sektors ein Gemeinschaftspatent und eine europäische Sondergerichtsbarkeit für Patentsachen unterstützen.

20 IP/09/1169.

21 IP/09/1389.

22 IP/09/1432.

23 IP/09/1695.

24 Vgl. EuZW 2009, 834.

25 IP/08/49 und MEMO/08/20.

26 Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

Aufgrund der Untersuchungsergebnisse wird die Kommission die kartellrechtlichen Untersuchungen im Arzneimittelsektor verstärken und gegebenenfalls in Einzelfällen tätig werden. Wenn die Originalpräparatehersteller sich in wettbewerbswidriger Weise, die einen Verstoß gegen Art 101 oder 102 AEUV darstellen kann, spezifischer Instrumente bedienen, um den Markteintritt von Generika zu verzögern, wird dies wettbewerbsrechtlich geprüft. Defensives Patentstrategien, die in erster Linie darauf abzielen, Wettbewerber vom Markt fernzuhalten, ohne dass wirkliche Innovationsanstrengungen unternommen würden, werden weiterhin geprüft.

In Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen hält die Kommission die Einführung eines Gemeinschaftspatents sowie ein einheitliches europäisches System zur Beilegung von Patentstreitigkeiten für dringend geboten, um den Verwaltungsaufwand und die Unsicherheit für Unternehmen zu verringern. Zudem appelliert die Kommission an die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass Eingaben von Dritten nicht vorkommen und auf jeden Fall die Zulassung von Generika nicht zu verzögern. Im Ergebnis sollen die Zulassungsverfahren für Generika deutlich beschleunigt werden.

#### b) *Microsoft* – Verpflichtungszusagen rechtsverbindlich

Die Kommission hat am 16.12.2009 mit einem Beschluss auf Grundlage von Art 9 der VO 1/2003 Verpflichtungszusagen für rechtsverbindlich erklärt, die Microsoft zur Förderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Webbrowser angeboten hat. Microsoft reagierte mit seinen Zusagen auf Bedenken der Kommission, dass das Unternehmen durch die Koppelung seines Webbrowsers Internet Explorer an das PC-Betriebssystem Windows möglicherweise gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV) verstoßen hat. Microsoft hat zugesagt, den Nutzern von Windows in Europa die Wahl zwischen verschiedenen Webbrowsern zu ermöglichen und Computerhersteller und Nutzer in die Lage zu versetzen, den Internet Explorer abzuschalten. Ferner veröffentlicht Microsoft eine Selbstverpflichtung, derzufolge das Unternehmen umfassende Interoperabilitätsinformationen zugänglich machen wird.

Gemäß den von der Kommission angenommenen Verpflichtungszusagen wird Microsoft im Europäischen Wirtschaftsraum fünf Jahre lang (über ein Windows-Update) einen Auswahlbildschirm anbieten, über den die Nutzer von Windows XP, Windows Vista und Windows 7 auswählen können, welchen bzw. welche Webbrowser sie zusätzlich zu Microsofts Webbrowser Internet Explorer bzw. anstelle dieses Browsers installieren möchten. Ferner erhalten Computerhersteller die Möglichkeit, konkurrierende Webbrowser zu installieren, sie als Default-Browser einzustellen und den Internet Explorer abzuschalten.<sup>27</sup>

#### c) *Slovakische Hybridpost* – Vertragsverletzungsverfahren

Am 29.10.2009 hat die Kommission die Slowakei in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme aufgefordert, einer Entscheidung der Kommission zur Hybridpost nachzukommen.<sup>28</sup> Eine mit Gründen versehene Stellungnahme ist die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art 226 EGV (Art 258 AEUV).

<sup>27</sup> IP/09/ 1941.

<sup>28</sup> IP/09/ 1632.

Die Kommission hatte 2008 festgestellt, dass die Remonopolisierung der Hybridpostdienste in der Slowakei mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, und die Slowakei aufgefordert, die Zuwiderhandlung zu beenden.<sup>29</sup> Die Slowakei hat der Kommission bisher keine Maßnahmen mitgeteilt, mit denen der Entscheidung der Kommission nachgekommen werden soll. Die Entscheidung von 2008 ist verbindlich, gilt unmittelbar und kann von den einzelstaatlichen Gerichten direkt vollstreckt werden.

Hybridpost ist ein besonderer Postdienst, bei dem der Absender den Inhalt der Mitteilung elektronisch dem Betreiber übermittelt, der die Postsendung dann ausdrückt, kuvertiert, bearbeitet und zustellt. Die Kommission hat in ihrer Entscheidung von 2008 festgestellt, dass durch eine Änderung des slowakischen Postgesetzes die Zustellung von Hybridpostsendungen unter Verstoß gegen das EG-Wettbewerbsrecht wieder in das Monopol des etablierten Postbetreibers Slovenská pošta integriert wurde. Alternativen Postbetreibern wird damit die Fortsetzung einer Tätigkeit untersagt, die zuvor bereits dem Wettbewerb unterlag.

#### d) *Intel* – Rekordgeldbuße für Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Am 13.5.2009 hat die Europäische Kommission gegen die Intel Corporation eine Rekordgeldbuße von EUR 1.060.000.000 verhängt. Das Unternehmen hat durch Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung versucht, Wettbewerber vom Markt für CPUs (Hauptprozessoren) mit x86-Architektur zu verdrängen.<sup>30</sup>

Der Weltmarkt für CPUs mit x86-Architektur beläuft sich zurzeit auf rund EUR 22 Mrd (30 Mrd USD) pro Jahr, wobei rund 30 % dieses Umsatzes auf Europa entfallen. Von Oktober 2002 bis Dezember 2007 war Intel mit einem Marktanteil von mindestens 70 % Marktbeherrscher auf dem weltweiten Markt für CPUs mit x86-Architektur.

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass Intel sich in zweierlei Weise rechtswidrig verhalten hatte. Erstens gewährte Intel Computerherstellern ganz oder teilweise versteckte Rabatte, wenn sie alle bzw. nahezu alle ihre CPUs mit x86-Architektur von Intel bezogen. Intel leistete außerdem direkte Zahlungen an einen großen Einzelhändler mit der Auflage, dass er nur Computer im Lager führte, die eine Intel-CPU mit x86-Architektur besaßen. Durch diese Rabatte und Zahlungen wurde Kunden die Möglichkeit genommen, sich für andere Computer zu entscheiden. Zweitens leistete Intel direkte Zahlungen an Computerhersteller, um die Einführung bestimmter Computer mit von Konkurrenten hergestellten CPUs mit x86-Architektur einzustellen bzw. zu verzögern und die Vertriebskanäle für diese Computer einzuschränken.

In ihrer Entscheidung hat die Kommission weiters angeordnet, dass Intel die rechtswidrigen Verhaltensweisen, soweit dies noch nicht geschehen ist, unverzüglich einzustellen hat.

<sup>29</sup> IP/08/1467.

<sup>30</sup> IP/09/745.

## IV. Ausblick (geplante legislative Vorhaben)

### A. Vertikal-GVO

Die geltende Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen<sup>31</sup> tritt im Mai 2010 außer Kraft und soll durch eine Nachfolgeregelung ersetzt werden. Mit dem Erlass der Verordnung im Jahr 1999 sollten zum einen Unternehmen und insbesondere jene, die – wie KMU – aufgrund mangelnder Marktmacht nicht die Möglichkeit haben, ihre Preise ohne Gewinnverlust zu erhöhen, durch den Abbau von Vorschriften spürbar entlastet werden. Zum anderen wurde ein wirkungsorientierter Ansatz für die Prüfung vertikaler Beschränkungen eingeführt. Diese Ziele und Erwägungen gelten auch heute noch. Dementsprechend kam die Kommission bei der Bewertung der Anwendung der VertGVO grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass sich die bestehenden Vorschriften in der Praxis bewährt haben.

Zwei wichtige Entwicklungen haben allerdings die zehn Jahre seit Einführung der geltenden Vorschriften geprägt: eine weitere Zunahme der Marktmacht großer Vertriebsunternehmen und der Verkauf über das Internet. Um diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen, schlägt die Kommission vor, dass eine vertikale Vereinbarung nur dann unter die Gruppenfreistellung fällt, wenn nicht nur (wie bisher) der Marktanteil des Anbieters, sondern auch der Marktanteil des Abnehmers 30 % nicht überschreitet.

Beim Online-Vertrieb müssen einerseits die Möglichkeiten der Verbraucher für einen günstigen Einkauf im Ausland, der durch das Internet erheblich erleichtert wird, geschützt werden. Andererseits können bestimmte Verkaufsbeschränkungen, die Händler daran hindern oder ihre Möglichkeiten begrenzen, sich das Marketing und die Markenwerbung anderer in unfaier Weise zunutze zu machen („Trittbrettfahrerei“), dazu führen, dass den Verbrauchern bessere Leistungen angeboten werden. Der von der Kommission vorgeschlagene Ansatz präzisiert daher im Zusammenhang mit dem Online-Vertrieb die Unterscheidung zwischen Verkauf, der das Ergebnis aktiven Marketings ist, und Verkauf, für den die Initiative vom Verbraucher ausgeht, (dh zwischen „aktivem“ und „passivem“ Verkauf). Des Weiteren wird erläutert, wie Bedingungen für den Internet-Verkauf nach der geänderten Verordnung zu behandeln sind, zB die von einem Anbieter auferlegte Bedingung, dass der Händler über ein Geschäft verfügen muss, bevor er den Online-Verkauf aufnimmt.

### B. Kfz-GVO

Mit Ende Mai 2010 soll die geltende Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen im Kraftfahrzeugssektor<sup>32</sup> außer Kraft treten. Im Berichtszeitraum hat die Kommission nun Vorschläge für den zukünftigen Wettbewerb im Auto-Handel und bei Kfz-Werkstätten vorgelegt. Die Kommission schlägt eine unterschiedliche Behandlung des Primärmarkts für den Verkauf von Neuwagen einerseits

<sup>31</sup> VO (EG) Nr 2790/1999, ABI 1999 L 336/21.

<sup>32</sup> VO (EG) Nr 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor, ABI 2002 L 203/30.

und des Anschlussmarkts (Kundendienst und Instandsetzung) andererseits vor. Beim Verkauf von Neuwagen sieht sie keine nennenswerten Wettbewerbsprobleme. Deshalb können hier die Sonderregeln für den Kfz-Bereich aus Sicht der Kommission nach einer Übergangszeit entfallen. Die allgemeinen Regeln für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen reichen hier aus. Bei Kundendienst und Instandsetzung hingegen ist der Wettbewerb weniger stark ausgeprägt und muss deshalb weiter geregelt werden. Auf diesen Bereich entfallen rund 40% der Kfz-Kosten der Verbraucher.<sup>33</sup>

### C. Versicherungs-GVO

Die Versicherungs-GVO lief zum 31.03.2010 aus. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission am 24.3.2009 einen Bericht über ihre bisherigen Erfahrungen mit der Versicherungs-GVO und mögliche Grundzüge einer Reform vorgelegt. Darin erwägt die Kommission, bislang von der Versicherungs-GVO erfasste Kooperationsformen nicht mehr einer gesonderten Freistellung für die Versicherungswirtschaft zu unterstellen.

In Bezug auf die Zusammenarbeit bei Muster AVB und bestimmten Sicherheitsvorkehrungen sieht die Kommission kein Bedürfnis nach einer sektorspezifischen Sonderbehandlung der Versicherungsbranche. Sie ist vielmehr der Auffassung, die wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen dieser Kooperationsformen durch die allgemeinen Instrumentarien des Kartellrechts angemessen lösen zu können. Insbesondere für Muster AVB könnten gezielte Beurteilungshilfen zur Verfügung gestellt werden, sollte eine Neuregelung der Versicherungs-GVO keine Regelung zu Muster AVB mehr enthalten.

Weiterhin durch Branchenspezifika der Versicherungswirtschaft gerechtfertigt sein sollen hingegen der Informationsaustausch im Bereich der Risikokalkulation sowie die Zusammenarbeit mit (Rück-)Versicherungsgemeinschaften sein. Die Kommission hält es aber für angebracht, die bisherigen Regelungen möglichst weitgehend an die Systematik des allgemeinen Kartellrechts anzupassen.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Pressemitteilung vom 22.7.2009.

<sup>34</sup> Siehe EuZW 2009, 313. Die neue Versicherungs-GVO wurde am 30.1.2010 im ABI veröffentlicht, ABI 2010 C 83/1.