


<b>Autor:</b>	Michael Schmittmann, Georg Jacobs	<b>Quelle:</b>	
<b>Dokumenttyp:</b>	Aufsatz	<b>Fundstelle:</b>	Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln AfP 2006, 329-331
		<b>Zitiervorschlag:</b>	Schmittmann/Jacobs, AfP 2006, 329-331

### Neues aus dem europäischen Wettbewerbsrecht

Rechtsanwalt *Michael Schmittmann*, Rechtsanwalt Dr. *Georg Jacobs*, LL.M., beide Düsseldorf<sup>17</sup>

Im europäischen Wettbewerbsrecht waren im Juni 2006 einige in der Praxis entscheidende Fragen in der Diskussion. So fand die Erörterung des Diskussionspapiers der Kommission mit einer Anhörung ein vorläufiges Ende (dazu I.) und zur praktisch relevanten Berechnung von Bußgeldern bei Verstößen gegen Art. 81 , 82 EG hat die Kommission neue Leitlinien vorgelegt (dazu II.).

#### I. Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EG auf Behinderungswettbewerb

Die DG -Wettbewerb der Europäischen Kommission hat im Dezember 2005 ein Diskussionspapier veröffentlicht, in dem sie ihr Konzept zur zukünftigen Anwendung des Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch darstellt<sup>1</sup>. Zu weiteren Formen wie Ausbeutungsmissbrauch und diskriminierenden Vertriebspraktiken wird die Kommission voraussichtlich noch im Jahr 2006 Stellung nehmen. Das Diskussionspapier sollte als Grundlage für eine breitgefächerte Diskussion über die zukünftige Anwendung des Art. 82 EG dienen, an deren Ende Leitlinien zu seiner praktischen Anwendung stehen sollen. Interessierte Kreise wurden daher eingeladen, hierzu Stellung zu nehmen. Teilnehmer der Diskussionsrunde<sup>2</sup> sind auf deutscher Seite u. a. der Bundesverband der Deutschen Wirtschaft (BDI), die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und das Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht. Weitere Stellungnahmen sind aus der gesamten EU und z. T. auch den USA eingegangen. Auf Grundlage des Diskussionspapiers und der Beiträge hat am 14. 6. 2006 eine öffentliche Anhörung stattgefunden.

Das Diskussionspapier macht nach ausführlicher Darstellung der Marktbeherrschung und ihrer Erscheinungsformen zunächst den Ausgangspunkt deutlich, dass Art. 82 EG den Wettbewerb und nicht die Wettbewerber schützen solle. Deren Schutz würde über die durch Art. 82 EG geschaffene Möglichkeit vermittelt, ihre Tätigkeit auf einen Markt zu Wettbewerb ermöglichenden Bedingungen auszuweiten oder in ihn einzutreten. Ökonomisches Kriterium der Auslegung des Art. 82 EG müsse daher sein, ob der bei Marktbeherrschung ohnehin schon geschwächte Wettbewerb behindert und Verbrauchern dadurch kurz-, mittel- oder langfristig Schaden zugefügt werde<sup>3</sup>. Um Behinderungsmissbrauch handelt es sich daher nur dann, wenn die gerügte Maßnahme ihrer Art nach geeignet ist, Wettbewerber vom Markt auszuschließen und Ansätze eines solchen Effekts auf dem Markt voraussichtlich auftreten werden. Maßstab ist insoweit, ob tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern Zugang zu einem Wettbewerb ermöglichenden Markt vollständig oder teilweise verwehrt wird<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund differenziert die Kommission zwischen preis- und nichtpreisbezogenen Maßnahmen. Da sich preisbezogene auf Wettbewerber mit unterschiedlicher Leistungsfähigkeit unterschiedlich auswirken könnten, stellt sie darauf ab, ob das Verhalten einen hypothetischen Wettbewerber mit einer Leistungsfähigkeit wie der des Marktbeherrschers und denselben Kosten vom Markt ausschliesse („hypothetical 'as efficient' competitor“). Daneben differenziert sie zwischen horizontalen und vertikalen Be-

hinderungsmaßnahmen marktbeherrschender Unternehmen und analysiert die wirtschaftlichen Effekte verschiedener Behinderungsmaßnahmen auf verschiedenen Ebenen<sup>5</sup>.

Als mögliche Verteidigungen gegen einen so verstandenen Behinderungsmissbrauch führt sie objektive Rechtfertigungen und die „*efficiency defence*“ an: Eine Behinderung könne dadurch objektiv gerechtfertigt werden, dass das Verhalten aus außerhalb des Verhältnisses der Beteiligten liegenden Gründen objektiv notwendig sei („*objective necessity defence*“)<sup>6</sup> oder eine kostenreduzierende Maßnahme als Reaktion auf den Wettbewerb durch andere darstelle („*meeting competition defence*“)<sup>7</sup>. Die daneben mögliche „*efficiency defence*“ setze voraus, dass gerade das beanstandete Verhalten zu Rationalisierungseffekten führt, es für sie unerlässlich ist, ihre Vorteile Verbrauchern zugute kommen und der Wettbewerb dadurch nicht substantiell beseitigt wird. Auch hier finden sich die im Ausgangspunkt genannten Kriterien der Wettbewerbsschwächung und der Auswirkung auf Verbraucher wieder. In der Folge wendet sie diese Grundsätze auf verschiedene Verhaltensweisen wie Kampfpreisunterbietungen, Ausschließlichkeitsbindungen, Rabattsysteme, Kopplungen, Liefer- und Lizenzverweigerungen und Machttransfer aus Verbundmärkten an und entwickelt anhand der jeweiligen Fallgruppen besondere Kriterien zur Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit.

Die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sieht in ihrer Stellungnahme angesichts der durch die Rechtsprechung gewonnenen Rechtssicherheit zwar kein unmittelbares Bedürfnis für etwaige Leitlinien, die sich aus dieser Diskussion ergeben könnten, hätte aber auch keine Bedenken, wenn sie die Rechtssicherheit erhöhten und die Anwendung von Art. 82 EG erleichterten.

- 329 -

Schmittmann/Jacobs, AfP 2006, 329-331

- 330 -

Hierzu müsse das Diskussionspapier jedoch weiterentwickelt werden<sup>8</sup>. So werde der Tatbestand des Art. 82 EG auf Grundlage des „*efficiency*“-Ansatzes erheblich ausgeweitet<sup>9</sup>. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wirkten meist wettbewerbsbehindernd, da das marktbeherrschende Unternehmen von Haus aus durch den Wettbewerb nicht genügend kontrolliert werde. Dies müsse auf der Rechtfertigungsebene anhand der Verbraucherinteressen und – wieder – des *efficiency*-Ansatzes eingeschränkt werden. Dabei stelle sich die Vorfrage, ob der Verbraucherschutz ein geeignetes Kriterium sein kann, da Art. 82 EG dem Mitbewerberschutz gegen missbräuchliches Verhalten im Wettbewerb diene und allgemein anerkannte Methoden für die Bemessung von Verbrauchervorteilen fehlten. Hinzu komme, dass durch die Verlagerung der Verhaltensbewertung von der Tatbestandsebene hin auf die Rechtfertigungsebene die Darlegungs- und Beweislast entgegen der Rechtsprechung offenbar auf das marktbeherrschende Unternehmen verlagert werden solle<sup>10</sup>. Zugunsten der Rechtssicherheit sei eine Safe-Harbour-Regelung wünschenswert, die Unternehmen mit einem Marktanteil bis zu einer gewissen Grenze grundsätzlich von den Missbrauchstatbeständen freistellt. Zu der Fallgruppe der Liefer- und Lizenzverweigerungen empfiehlt sie eine Festschreibung des Grundsatzes, dass marktbeherrschende Unternehmen ihren Vertriebsweg frei gestalten können.

Auch der BDI fordert eine solche Safe-Harbour-Regelung<sup>11</sup>, die er – jedoch in Form einer Vermutung mit der Folge einer Darlegungs- und Beweislastumkehr – in Anlehnung an die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 der Kommission für vertikale Vereinbarungen bis zu einem Marktanteil von 30% annehmen möchte. Mit den laut BDI<sup>12</sup> ebenfalls nicht hinreichend dargestellten Auswirkungen des Ansatzes der Kommission auf Behinderungsmissbrauch im Zusammenhang mit geistigen Eigentumsrechten, insbesondere mit der Lizenzverweigerung („*refusal to licence*“) beschäftigt sich das Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in seiner Stellungnahme<sup>13</sup>. Dabei schlägt es für den Bereich des geistigen Eigentums spezifische Kriterien für die Anwendung des Art. 82 EG vor. In diesem Bereich sei Marktbeherrschung nur möglich, wenn eine Ersetzung des geschützten Produkts durch ein anderes ausgeschlossen sei. Dabei sei der Anwendungsbereich des Art. 82 EG nur dort eröffnet, wo die Nutzung des geistigen Eigentumsrechtes unerlässlich sei („*indispensability test*“)<sup>14</sup>. In der Folge bestimmt es die für und gegen eine Wettbewerbsbeschränkung sprechenden Kriterien, anhand derer die Wirkungen eines Marktverhaltens zu bewerten seien.

Vor diesem Hintergrund, den zahlreichen weiteren Stellungnahmen aus der ganzen EU und den USA zu dem Diskussionspapier und der öffentlichen Anhörung vom 14. Juni 2006 bleibt nunmehr abzuwarten, inwieweit die Kommission ihre Stellungnahme zur Veröffentlichung von Leitlinien überarbeitet. Bereits jetzt ist deutlich, dass die Kommission zu einer lebhaften internationalen Diskussion hierüber angeregt hat. Dadurch wird die Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts vorangebracht und wir können auf eine gleichermaßen wirtschaftlich fundierte wie praxisnah erarbeitete Konkretisierung der Anwendungsregeln des Art. 82 EG hoffen.

## II. Leitlinien zu Geldbußen

Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 81 , 82 EG verstoßen, Geldbußen verhängen. Bei deren Bemessung steht ihr ein weitgehendes Ermessen zu, das sie bisher anhand der hierzu ergangenen Leitlinien von 1998 ausgeübt hat. Am 28. Juni 2006 hat sie auf Grundlage der mittlerweile achtjährigen Erfahrungen neue Leitlinien erlassen<sup>15</sup>. Dabei geht sie von der Aufgabe aus, eine Politik zu verfolgen, die darauf gerichtet ist, dass Unternehmen sich an die Regelungen der Art. 81 , 82 EG halten. Dies sei sowohl mit spezial- als auch mit generalpräventiv wirkenden Bußgeldern zu erreichen. Neben die Sanktionierung des Verhaltens des betroffenen Unternehmens tritt also die Abschreckung anderer, Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 , 82 EG aufzunehmen oder fortzusetzen.

Vor diesem Hintergrund soll die Geldbuße gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen in Zukunft in zwei Schritten berechnet werden: Im ersten Schritt wird ein Grundbetrag für jedes einzelne Unternehmen oder jede einzelne Unternehmensvereinigung festgesetzt, der in einem zweiten Schritt nach oben oder unten angepasst wird.

Der *Grundbetrag* wird zunächst anhand des Wertes der von dem jeweiligen Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren- und Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehen, festgelegt. Ein solcher mittelbarer Zusammenhang besteht beispielsweise bei horizontalen Preisabsprachen, bei denen der Preis des Produkts als Referenz für die Preise weiterer Produkte genutzt wird<sup>16</sup>. Dabei wird bei Unternehmen regelmäßig der Umsatz - ohne Mehrwertsteuer oder sonstige unmittelbar mit dem Verkauf verbundene Steuern oder Abgaben - des letzten vollständigen Geschäftsjahres zugrunde gelegt, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, bei Unternehmensvereinigungen die Summe der Umsätze ihrer Mitglieder. Bei Zuwiderhandlungen in einem über das Gebiet der EWR hinausgehenden Bereich, beispielsweise bei der weltweiten Aufteilung von Märkten, kann sie den Umsatz in dem über die EWR hinausgehenden relevanten räumlichen Markt schätzen, den Anteil der einzelnen beteiligten Unternehmen am Umsatz auf diesem Markt ermitteln und ihn auf den aggregierten Umsatz derselben Unternehmen innerhalb des EWR anwenden.

Auf dieser Grundlage wird ein bestimmter, von der Schwere des Verstoßes abhängiger Anteil des Umsatzes mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert. Dieser Anteil richtet sich u. a. nach der Art der Zuwiderhandlung, dem kumulierten Marktanteil der beteiligten Unternehmen, dem Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes und der praktischen Umsetzung der Zuwiderhandlung. Er beträgt grundsätzlich bis zu 30% und ist bei horizontalen Vereinbarungen über Preise, Marktaufteilungen oder Einschränkungen der Erzeugung als besonders schwerwiegenden Verstößen am oberen Ende anzusetzen. Bei Verstößen durch horizontale Vereinbarungen fügt die Kommission aus Gründen der Generalprävention einen Betrag zwischen 15 und 25% des Umsatzes diesem Betrag hinzu.

Ausgehend von diesem Grundbetrag kann die Kommission die Geldbuße in einem zweiten Schritt wegen erschwerender oder mildernder Umstände *anpassen*. Als Beispiele für erschwerende Umstände nennt sie u. a. die Fortsetzung oder erneute Begehung einer Zuwiderhandlung nach der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 81 , 82 EG , die Weigerung, mit ihr zusammenzuarbeiten, die Behinderung ihrer Untersuchungen oder die Anführer- oder Anstifterstellung des Unternehmens. Mildernd sollen dagegen u. a. die nachgewiesene Beendigung einer Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kom

mission, der Beweis der fahrlässigen Zuwiderhandlung oder die aktive Zusammenarbeit mit der Kommission über die rechtlichen Verpflichtungen hinaus wirken.

Die rechtliche Obergrenze der Geldbuße ist durch Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 auf 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes beschränkt. Innerhalb dieses Rahmens kann die Kommission die Geldbuße auch gegen solche Unternehmen erhöhen, die unabhängig von der Zuwiderhandlung besonders hohe Umsätze erzielt haben. Auf besonders gelagerte Fälle kann die Kommission reagieren, indem sie die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens – nicht jedoch bereits eine nachteilige oder defizitäre Finanzlage – auf Antrag berücksichtigt. Hierzu müsste die Geldbuße die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und die Aktiva jeglichen Wertes berauben. Eine weitere Möglichkeit bei besonders gelagerten Fällen ist – neben dem Abweichen von der dargestellten Berechnungsmethode – die Verhängung symbolischer Geldbußen.

## Fußnoten

- 17) Der Verfasser Michael Schmittmann ist Partner, der Verfasser Dr. Georg Jacobs, LL.M., ist Rechtsanwalt in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf
- 1) Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, 20.07.2006; zusammengefasst von Conde, GRUR Int. 2006 S. 357 und im Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2006, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/annual\\_reports/2005/de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/de.pdf), 20.07.2006.
- 2) Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_contributions.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.html), 20.07.2006.
- 3) Diskussionspapier, Fn. 1, Nr. 54 bis 56.
- 4) Diskussionspapier, Fn. 1, Nr. 58.
- 5) Sie leitet aus dieser Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Verhaltensweisen aber keine unterschiedlichen Schlussfolgerungen her. Insoweit erscheint die Differenzierung überflüssig, so auch der BDI in seiner Stellungnahme, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/089\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/089_de.pdf), 20. 7. 2006, S. 7.
- 6) Dazu Diskussionspapier, Fn. 1, Nr. 78, 80.
- 7) Dazu Diskussionspapier, Fn. 1, Nr. 78, 81 bis 83.
- 8) GRUR 2006, 481 ff.; ähnlich Stellungnahme des BDI, (Fn. 5), S. 1 f.
- 9) Ähnlich Stellungnahme von Eleanor M. Fox, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/083.pdf>, 20.07.2006, S. 4.
- 10) So auch Stellungnahme des BDI (Fn. 5), S. 2.
- 11) Stellungnahme (Fn. 5), S. 4.
- 12) Stellungnahme (Fn. 5), S. 5.
- 13) Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/047.pdf>, 20.07.2006.
- 14) Seite 17.
- 15) „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003“, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines_de.pdf), 20.07.2006.
- 16) A.a.O. (Fn. 6).

© Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln