

Zur Vertiefung:

Emmerich, V.: Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, § 35

Whish, R.: Competition Law, London 1993, Chapter 8

9. Fall: Geballete Marktmacht

Sachverhalt:

Innerhalb der EG existiert ein eigener, homogener Markt für bestimmte Chemikalien, die insbesondere von der Kosmetikindustrie zur Herstellung von Duftstoffen verwendet werden. Diesen Markt teilen sich seit mehreren Jahren im wesentlichen vier wirtschaftlich voneinander unabhängige Hersteller, namentlich die britische UK plc. (Marktanteil: 29%), die deutsche D AG (27%), die italienische I S.p.A. (24%) und die schweizer S AG (19%), die keine Niederlassung innerhalb der EG hat. Nach Expertenansicht handelt es sich hier um ein enges Oligopol. Im Jahre 1993 erhöhten die genannten Unternehmen ihre Preise innerhalb einer Woche um 7%, wobei die UK plc. den Anfang machte und die anderen nachzogen. Kurz danach brachen die UK plc. und die D AG gleichzeitig ihre Geschäftsbeziehungen zu X, einem langjährigen Kunden der beiden Unternehmen, ab. X entstand daraus grober Schaden, da er sich bei den anderen Herstellern nicht in genügendem Umfang mit Rohstoffen für die eigene Produktion eindecken konnte.

Als Reaktion auf diese Vorgänge traf die Kommission ohne jegliche Vorwarnung zwei Entscheidungen, die, mit ausführlicher Begründung versehen, den betroffenen Unternehmen zugestellt wurden. In der ersten Entscheidung wirft sie der UK plc., der D AG, der I S.p.A. und der S AG einen Verstoß gegen Art. 85 EGV durch Preisabsprachen vor. Die zweite Entscheidung ist nur an die UK plc. und die D AG gerichtet. Die Unternehmen werden beschuldigt, zwar nicht einzeln, aber gemeinsam als Inhaber einer beherrschenden Stellung gegen Art. 86 EGV verstoßen zu haben, indem sie die Lieferungen an X einstellten. In beiden Entscheidungen werden die Adressaten aufgefordert, die festgestellten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen.

Zum ersten der Vorwürfe tragen die Unternehmen vor, das beobachtete Parallelverhalten sei auf die oligopolistische Struktur des Marktes zurückzuführen.

Was den zweiten Vorwurf betrifft, so herrscht bei allen Beteiligten und den befragten Wirtschaftsexperten Einigkeit darüber, daß die betroffenen Unternehmen, dürfte man sie zusammengekommen betrachten, eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die fraglichen Chemikalien innerhalb der EG einnähmen. Die UK plc. und die D AG sehen indes keinen plausiblen Grund dafür, daß ihre Marktmacht kollektiv bewertet werden dürfe. Das Verhalten

gegenüber X begründen sie mit dem Hinweis auf monatelange Zahlungsrückstände, die beiden Unternehmen gegenüber bestehen und die von den Unternehmen belegt werden.

Aufgabenstellung:

Wie sind die Entscheidungen der Kommission im Lichte der Art. 85 und 86 EGV zu bewerten?

Lösung:

Thema: Wettbewerbsrecht, Art. 85, 86 EGV

Verfahren: Keines

Entscheidungen: EuGH Rs. 48/69 (ICI ./ Kommission), Slg. 1972, S. 619 ff.;

EuGH Rs. 89 usw./85 (Zellstoff II), Slg. 1993, S. I-1307 ff.;

EuG Rs. T-68 usw./89 (Flachglas), Slg. 1992, S. II-1403 ff.

A) Bewertung der ersten Kommissionsentscheidung: Verstoß gegen Art. 85 EGV?

Die Entscheidung der Kommission ist rechtmäßig, wenn sie keine formellen oder materiellen Fehler aufweist.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Zunächst ist zu prüfen, ob die Entscheidung formell rechtmäßig war.

1) Zuständigkeit

Erste Voraussetzung hierfür ist, daß die Kommission zum Erlaß der Entscheidung zuständig war.

Die Zuständigkeit der Kommission für die Wettbewerbsaufsicht ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2, 3 i. V. m. Art. 3 VO 17/62 und Art. 87 EGV.

St. W. 1972

2) Verfahren

Weiterhin müssen die einschlägigen Verfahrensvorschriften Beachtung gefunden haben.

Die Kommission könnte hier den Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren¹ verletzt haben.

Dieser Grundsatz gebietet, daß derjenige, der eine Beeinträchtigung seiner Interessen von einer Entscheidung zu erwarten hat, die Möglichkeit erhalten muß, seinen Standpunkt darzulegen.² Dies wiederum setzt voraus, daß den Betroffenen die wesentlichen Tatsachen mitgeteilt werden, auf die sich die Entscheidung stützt.³ Im Bereich der Wettbewerbsaufsicht ist dieser Grundsatz sekundärrechtlich durch Art. 19 Abs. 1 VO 17/62 festgelegt.⁴

Die Entscheidung der Kommission erging hier gänzlich ohne Vorwarnung. Die Kommission hat dementsprechend den Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt.

Die Entscheidung ist folglich mit einem Verfahrensfehler behaftet. Da sich der Fehler nicht lediglich auf abtrennbare Teile der Entscheidung beschränkt, führt er zur Rechtswidrigkeit der gesamten Entscheidung.

Hinweis: Obwohl die Entscheidung formell rechtmäßig ist, muß – zumindest hilfsweise – untersucht werden, ob noch weitere Mängel vorliegen.

3) Form

Die Entscheidung war begründet (Art. 190 EGV) und wurde den Betroffenen mitgeteilt (Art. 191 EGV).

4) Ergebnis

Die Entscheidung war mithin formell rechtswidrig.

II. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Weiterhin ist die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu untersuchen. Die Entscheidung war materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des Art. 85 I EGV vorlagen.

1) Räumlicher Anwendungsbereich von Art. 85 EGV

Zunächst ist grundsätzlich zu klären, ob Art. 85 EGV gegenüber der S AG

1 Als allgemeiner Rechtsgrundsatz; in st. Rspr. anerkannt seit EuGH Rs. 17/74 (Transocean Marine Paint), Slg. 1974, S. 1063, 1080 f., Rz. 15.
2 Was den Kreis der Betroffenen betrifft, variiert die Wortwahl des Gerichtshofes leicht: Vgl. einerseits EuGH Rs. 17/74 (Transocean Marine Paint), Slg. 1974, S. 1063, Rz. 15 (»Adressaten von Entscheidungen... wenn ihre Interessen durch die Entscheidung spürbar berührt werden«) und andererseits EuGH Rs. 75/77 (Mallef), Slg. 1978, S. 897, 907, Rz. 20/23 (»Maßnahme... welche die Interessen eines einzelnen erheblich verletzen kann«).
3 EuGH Rs. 48/69 (ICI ./ Kommission), Slg. 1972, S. 619, 655, Rz. 22/25.
4 Vgl. dazu auch Gassner, Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrensrechts, in: DVBl. 1995, S. 16, 17 ff.

angewandt werden konnte, obwohl sie keine Niederlassung innerhalb der EG unterhält. Dies ist zu bejahen, wenn das gerügte Verhalten der S AG in den räumlichen Anwendungsbereich des Art. 85 EGV fällt.

Der räumliche Anwendungsbereich des Art. 85 EGV ergibt sich grundsätzlich aus Art. 227 EGV. Bei der Entscheidung, ob ein nach Art. 85 EGV verbotes Verhalten in diesem Gebiet stattgefunden hat, ist zu beachten, daß »... ein Verstoß gegen Art. 85 EGV ... zwei Verhaltensmerkmale aufweist, nämlich die Bildung des Kartells und seine Durchführung. Wenn man die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Verbote von dem Ort der Bildung des Kartells abhängig machen würde, so liefe dies offensichtlich darauf hinaus, daß den Unternehmen ein einfaches Mittel an die Hand gegeben würde, sich diesen Verböten zu entziehen. Entscheidend ist somit der Ort, an dem das Kartell durchgeführt wird⁵.

Die gerügte Preiserhöhung hat innerhalb der EG stattgefunden. Der Ort der Durchführung des von der Kommission vermuteten Kartells fällt demnach in das von Art. 227 EGV beschriebene Gebiet.

Art. 85 EGV war demnach auch auf das Verhalten der S AG anwendbar.

2) Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen

Was die vom Verbot des Art. 85 EGV betroffenen Akteure betrifft, so muß es sich bei ihnen um Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen handeln. Die von der Entscheidung betroffenen Hersteller könnten Unternehmen i. S. v. Art. 85 EGV sein.

Dem EG-Wettbewerbsrecht liegt ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde. Als Unternehmen ist danach jede einer (juristischen) Person zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren anzusehen, mit welcher auf Dauer ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und die nicht lediglich der Deckung des privaten Bedarfs dient.⁶

Bei den in Rede stehenden Herstellern handelt es sich mithin um Unternehmen i. S. v. Art. 85 EGV.

3) Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Weiterhin müßte eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Unternehmen vorgelegen haben.

5 EuGH Rs. 89 usw./85 (Zellstoff I), Slg. 1988, S. 5214, 5243, Rz. 16.

6 Z. B.: Koch, in: Grabitz/Hilf, Art. 85, Rz. 7; Schröder, in: v. d. Groeben u. a., Vorbem. zu den Art. 85 bis 89, Rz. 11 f.

Umsritten ist, ob die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit/Definitionsmerkmal des Unternehmensbegriffs sein soll; dazu: Koch, in: Grabitz/Hilf, Art. 85, Rz. 7 m.w.Nachw.

Der in Art. 85 I EGV enthaltene Begriff der Vereinbarung ist denkbar weit auszulegen und erfordert keinefalls zwingend eine vertragliche Abrede. So können mündliche im Laufe mehrerer Jahre entstandene, nicht rechtsverbindliche Abmachungen ebenso unter diesen Begriff fallen wie konkludent zustandekommene Übereinkünfte.⁸ Die Grenzen zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise sind fließend. Als abgestimmte Verhaltensweise sind diejenigen Formen der Koordinierung zwischen Unternehmen anzusehen, bei denen bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiko verbundenen Wettbewerbs gesetzt wird.⁹

Aus den Angaben im Sachverhalt lassen sich Hinweise für eine Form der Zusammenarbeit, die unter den (wenn auch weiten) Begriff der Vereinbarung i. S. v. Art. 85 I EGV fallen könnten, nicht entnehmen. In Betracht kommt daher nur eine abgestimmte Verhaltensweise.

Da, wie soeben dargelegt, die abgestimmte Verhaltensweise sich schon in bewußter Koordination erschöpfen kann, stellt sich unmittelbar die Frage, wie das Vorliegen einer solchen Verhaltensweise zu bestimmen und gegen rechnungsfähiges oder zufälliges Parallelverhalten abzugrenzen ist. Aus der Spruchpraxis des EuGH geht dazu hervor, daß Parallelverhalten als solches zwar nicht mit einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen ist, daß es aber ein wichtiges Indiz in diese Richtung darstellen kann, wenn es zu Marktbedingungen führt, die bei intaktem Wettbewerb nicht zu erwarten wären. Um über diesen Punkt Klarheit zu erlangen, ist es stets erforderlich, den relevanten Markt zu bestimmen und zu analysieren. Nur für den Fall, daß auch eine Marktanalyse keine alternative Erklärung für das Parallelverhalten hervorbringt, darf Parallelverhalten als Grundlage für die Annahme abgestimmter Verhaltensweisen herangezogen werden.¹⁰ Als mögliche Erklärung für paralleles Verhalten ist unter anderem die Reaktionsverbundenheit der Mitglieder eines engen Oligopols auf einem homogenen Markt anerkannt, da den Wettbewerbern unter solchen Bedingungen oft keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative zu parallelem Verhalten offensteht.¹¹ Wird das Bestehen eines engen Oligopols festgestellt, so trifft die Kommission

7 Vgl. etwa Kommission, Entscheidung vom 23. 4. 1986 (Polypropylen-Entscheidung), ABl. 1986 Nr. L 230, S. 1, 28, Rz. 75.

8 Kommission, Entscheidung v. 7. 12. 1988 (Flachglas), ABl. 1989 Nr. L 33, S. 44, 61, Rz. 63.

9 EuGH Rs. 48/69 (ICI / Kommission), Slg. 1972, S. 619, 658, Rz. 64/67.

10 Siehe dazu insbes. EuGH Rs. 48/69 (ICI / Kommission), Slg. 1972, S. 619, 662 ff., Rz. 64/67 ff.; Rs. 29 f./83 (CRAM und Rheinzink), Slg. 1984, S. 1679, 1701 f., Rz. 14 - 20.

11 Kommission, Entscheidung vom 6. 8. 1984 (Zinc Producer Group), ABl. 1984 Nr. L 220, S. 27, 39, Rz. 74; der EuGH hat diesen Punkt bereits in EuGH Rs. 48/69 (ICI / Kommission), Slg. 1972, S. 619, 662, Rz. 104/109 angesprochen, das Bestehen eines Oligopols aber verneint.

II. Rechtsprobleme zum Gemeinsamen Markt

die Beweislast hinsichtlich der Behauptung, daß dennoch eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.¹²

Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, daß sich aus der fast gleichzeitigen Erhöhung der Preise ein Indiz für eine rechtswidrige Koordination gewinnen läßt, daß aber im übrigen der spezifische Markt, in dem die betroffenen Unternehmen wirtschaften, abzugrenzen und zu analysieren ist, um herauszufinden, ob das gerügte Parallelverhalten tatsächlich nur auf wettbewerbswidriges Verhalten zurückgeführt werden kann.

Nach den insoweit klaren Angaben im Sachverhalt ist der Markt für die betreffenden Chemikalien ein eigener (sachlich relevanter Markt), EG-weit homogener (räumlich relevanter Markt) Markt, auf dem die Bedingungen eines engen Oligopols herrschen. Aus dem zuletzt genannten Umstand läßt sich eine Erklärung für das Parallelverhalten entnehmen, die keine von Art. 85 I EGV erfaßte Absprache voraussetzt. Da, soweit ersichtlich, die Kommission den Beweis nicht erbracht hat, daß nicht die Konzentration des betreffenden Marktes, sondern eine wettbewerbswidrige Abrede der Grund für das Parallelverhalten war, ist das Oligopol als alternative Erklärung anzuerkennen.

Damit kann allein aufgrund der gleichzeitigen Anhebung der Preise nicht auf das Bestehen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise i. S. v. Art. 85 I EGV geschlossen werden.

Eine ~~Verhaltensweise~~ oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise liegen mithin nicht vor.

4) Ergebnis

Die Voraussetzungen des Art. 85 I EGV sind damit nicht erfüllt. Die Entscheidung der Kommission ist materiell rechtswidrig.

III. Ergebnis

Die Kommissionsentscheidung ist nach alledem formell und materiell rechtswidrig.

B) Bewertung der zweiten Entscheidung: Verstoß gegen Art. 86 EGV?

Die Entscheidung der Kommission ist rechtmäßig, wenn sie weder formelle noch materielle Fehler aufweist.

¹² EuGH Rs. 89 usw./85 (Zellstoff II), Slg. 1993, S. I-1307, Rz. 126.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Kommission war zwar gem. Art. 9 II VO 17/62 und Art. 87 EGV zuständig und hat die Formvorschriften der Art. 190 f. EGV beachtet. Die Entscheidung ist jedoch aus den genannten Gründen, wegen Nichtbeachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör¹³, formell rechtswidrig.

II. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist materiell rechtmäßig, wenn das Verhalten der betroffenen Unternehmen unter den Tatbestand des Art. 86 EGV fiel.

1) »Ein oder mehrere Unternehmen« i. S. v. Art. 86 EGV

Ein Verstoß der UK plc. und der D AG gegen Art. 86 EGV kommt zunächst nur in Betracht, wenn es sich bei den Betroffenen um Unternehmen i. S. v. Art. 86 EGV handelt.

Wie bereits erörtert wurde, handelt es sich bei den beiden Betroffenen um Unternehmen i. S. d. Art. 85 f. EGV.

Besonderes Augenmerk ist vorliegend jedoch auf den Umstand zu richten, daß die Kommission die UK plc. und die D AG gemeinsam des Verstoßes gegen Art. 86 EGV beschuldigt. Zu untersuchen ist daher, ob der Begriff »mehrere Unternehmen« i. S. v. Art. 86 EGV auch anwendbar ist, wenn, wie hier, mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen betroffen sind.

Dem Wortlaut des Art. 86 EGV entsprechend kann der Verstoß »durch ein oder mehrere Unternehmen« begangen werden. Dies läßt mehrere Deutungen zu. Eine restriktive Sichtweise könnte etwa zu dem Ergebnis kommen, daß Art. 86 EGV nur klarstellen wollte, daß auch mehrere Unternehmen im technischen Sinne, die tatsächlich im Rahmen eines Konzerns eine wirtschaftliche Einheit bilden, vom Verbot der Norm erfaßt sind. Die UK plc. und die D AG könnten dann, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unabhängigkeit, den Tatbestand des Art. 86 EGV nicht gemeinsam verwirklichen haben.

Die vorgestellte Sichtweise ist indes nicht haltbar, denn »jeds gibt weder rechtliche noch wirtschaftliche Gründe für die Annahme, daß dem Begriff »Unternehmen« in Art. 86 EGV eine andere Bedeutung zukäme als die, die er im Zusammenhang des Art. 85 EGV hat«. ¹⁴ Für Art. 85 EGV ist anerkannt, daß mehrere Konzernunternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit

¹³ Vgl. dazu oben A) I. 2).

¹⁴ EuG Rs. T-68 usw./89 (Flachglas), Slg. 1992, S. II-1403, Rz. 358.

bilden, als ein Unternehmen im Rechtssinne anzusehen sind.¹⁵ Daher kann mit Blick auf Art. 86 EGV nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, daß mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Einheiten auf einem spezifischen Markt eine beherrschende Stellung einnehmen.

Allein aufgrund des Unternehmensbegriffes des Art. 86 EGV ist damit nicht auszuschließen, daß die UK plc. und die D AG gemeinsam den Tatbestand der Vorschrift verwirklicht haben.

Die Betroffenen fallen demnach unter den Begriff »mehrere Unternehmen« i. S. v. Art. 86 EGV.

2) Beherrschende Stellung

Die fraglichen Unternehmen müßten ferner gemeinsam eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt haben.

a) Relevanter Markt

Der relevante Markt ist hier der EG-weite Markt für die fraglichen Chemikalien.

b) Stellung auf dem Markt; kollektive Marktmacht

Unproblematisch, weil im Sachverhalt vorgegeben, ist hier festzustellen, daß die UK plc. und die D AG gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen. Fraglich ist jedoch, ob die Zusammenfassung der Marktmacht bei der Unternehmen ohne weiteres möglich ist.

Zwar kann nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, daß Art. 86 EGV von mehreren, voneinander unabhängigen wirtschaftlichen Einheiten verwirklicht wird. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß diese Einheiten »auf einem spezifischen Markt durch wirtschaftliche Bande so miteinander verknüpft sind, daß sie infolgedessen eine beherrschende Stellung im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern einnehmen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn zwei oder mehr unabhängige Unternehmen gemeinsam aufgrund Vereinbarung oder Lizenzvergabe über einen technologischen Vorsprung verfügbaren, der ihnen in spürbarem Maße die Möglichkeit zu unabhängigerem Verhalten gegenüber ihren Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern gäbe.«¹⁶

Zu untersuchen ist daher zunächst, ob zwischen der UK plc. und der D AG

wirtschaftliche Bande der angeedeuteten Art bestehen. Solche Bande können sich aus Vereinbarungen oder bewußter Koordination der Verhaltensweisen i. S. v. Art. 85 I EGV ergeben.¹⁷

Als Hinweis auf eine derartige Kooperation könnte der gleichzeitige Lieferstop der Betroffenen gegenüber X herangezogen werden. Wie jedoch bereits dargestellt wurde, kann Parallelverhalten von Unternehmen nur dann als Beweis für wettbewerbswidrige Koordination herangezogen werden, wenn eine Analyse der Umstände ergibt, daß alternative Erklärungen nicht ersichtlich sind. Da sich hier aus den Zahlungsrückständen des X eine alternative, von der Kommission nicht widerlegte Erklärung für den Lieferstop ergibt, kann aus dem Verhalten der Unternehmen nicht auf eine bewußte Koordination geschlossen werden.¹⁸

Weitere Anhaltspunkte, aus denen sich die Existenz wirtschaftlicher Bande herleiten ließe, sind nicht ersichtlich.

Mangels hinreichender wirtschaftlicher Verbindungen zwischen der UK plc. und der D AG verbietet sich daher im vorliegenden Fall jede Betrachtung im Rahmen des Art. 86 EGV, die auf der kollektiven Marktmacht der beiden Unternehmen aufbaut.

c) Ergebnis

Eine gemeinsame beherrschende Stellung der UK plc. und der D AG existiert nicht.

3) Ergebnis

Die Voraussetzungen des Art. 86 EGV sind folglich nicht erfüllt. Die Kommissionsentscheidung ist materiell rechtswidrig.

III. Ergebnis

Die Entscheidung der Kommission ist demnach formell und materiell rechtswidrig.

C. Endergebnis

Eine Bewertung im Lichte der Art. 85 und 86 EGV ergibt mithin, daß beide Entscheidungen der Kommission gegen EG-Recht verstoßen.

¹⁷ Zur Möglichkeit, kollektive Marktmacht aus wettbewerbsbeschränkenden Abreden herzuleiten, vgl. Koch, in: Grabitz/Hilf, Art. 86, Rz. 18.

¹⁸ Eine ähnliche Argumentation findet sich bei EuGH Rs. 29 I/83 (GRAM und Rheinznink), Slg. 1984, S. 1679, 1701 ff. Rz. 14 – 22.

¹⁵ Vgl. etwa EuGH Rs. 15/74 (Centrafarm / de Pijper), Slg. 1974, S. 1147, 1168, Rz. 41.
¹⁶ EuGRs. T-68 usw./89 (Flachglas), Urteil vom 10. 3. 1992, Rz. 358; siehe auch Kommission, Entscheidung vom 23. 12. 1992, ABl. 1993 Nr. L 34, S. 20, 29, Rz. 49.