



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 25. Juni 2015¹

Rechtssache C-373/14 P

**Toshiba Corporation
gegen**

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Kartelle — Markt für Leistungstransformatoren — Mündliche Vereinbarung über die Marktaufteilung („Gentlemen’s Agreement“) — Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung — Kriterium der offenen Distanzierung — Ziff. 18 der Leitlinien von 2006“

1. Mit diesem Rechtsmittel begehrt die Toshiba Corporation die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union Toshiba/Kommission (T-519/09, EU:T:2014:263, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht ihre Klage auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung K(2009) 7601 endgültig der Kommission vom 7. Oktober 2009 in einem Verfahren nach Art. 81 EG (COMP/39.129 – Leistungstransformatoren, im Folgenden: streitige Entscheidung) abgewiesen hat.
2. In diesem Rechtsmittelverfahren muss sich der Gerichtshof erneut mit dem Begriff der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV) auseinandersetzen, vor allem aber die Gesichtspunkte nennen, die für die Prüfung der Voraussetzungen erforderlich sind, unter denen eine Verhaltensweise eine solche Beschränkung darstellen kann.
3. Der Begriff der „offenen Distanzierung“ sowie Ziff. 18 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003² (im Folgenden: Leitlinien von 2006) stehen ebenfalls im Mittelpunkt des vorliegenden Verfahrens.

¹ — Originalsprache: Französisch.

² — ABl. 2006, C 210, S. 2.

I – Rechtlicher Rahmen

A – Unionsrecht

1. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

4. Art. 101 Abs. 1 AEUV lautet:

„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

2. Leitlinien von 2006

5. Ziff. 13 der Leitlinien von 2006 lautet:

„Zur Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße verwendet die Kommission den Wert der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR [Europäischer Wirtschaftsraum] verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Im Regelfall ist der Umsatz im letzten vollständigen Geschäftsjahr zugrunde zu legen, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war ...“

6. Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 sieht jedoch eine Ausnahme von dieser Regel vor:

„Soweit sich eine Zuwiderhandlung in einem Gebiet auswirkt, das über das Gebiet des [EWR] hinausreicht (beispielsweise weltweite Kartelle), gibt der innerhalb des EWR erzielte Umsatz das Gewicht der einzelnen Unternehmen bei der Zuwiderhandlung möglicherweise nicht angemessen wieder. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine Aufteilung der Märkte weltweit vereinbart wurde.

Um in solchen Fällen sowohl den aggregierten Umsatz im EWR als auch das jeweilige Gewicht der einzelnen Unternehmen bei der Zuwiderhandlung wiederzugeben, kann die Kommission den Gesamtwert des Umsatzes mit den betreffenden Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in Zusammenhang stehen, im gesamten (über den EWR hinausreichenden) relevanten räumlichen Markt schätzen, den Anteil der einzelnen beteiligten Unternehmen am Umsatz auf diesem Markt ermitteln und diesen Anteil auf den aggregierten Umsatz derselben Unternehmen innerhalb des EWR anwenden. Das Ergebnis wird als Umsatz bei der Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße verwendet.“

7. In Ziff. 37 der Leitlinien von 2006 schließlich heißt es: „In diesen Leitlinien wird die allgemeine Methode für die Berechnung der Geldbußen dargelegt; jedoch können die besonderen Umstände eines Falles oder die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung ein Abweichen von dieser Methode oder der in Ziffer 21 festgelegten Obergrenze rechtfertigen.“

II – Sachverhalt

8. Der in der vorliegenden Rechtssache betroffene Sektor ist der Sektor der Leistungstransformatoren, Spartransformatoren und Drosselpulen im Spannungsbereich von 380 kV und mehr. Leistungstransformatoren sind wichtige elektrotechnische Bauteile, mit denen die Spannung in einem Stromkreis verringert oder erhöht werden kann.

9. Die Toshiba Corporation (im Folgenden: Toshiba) ist eine japanische Gesellschaft, die hauptsächlich in drei Bereichen tätig ist: in dem der digitalen Geräte, der elektronischen Geräte und Komponenten sowie der Infrastruktursysteme.

10. Bezüglich der Tätigkeiten dieses Unternehmens in dem betreffenden Sektor sind zwei Abschnitte während des von der Kommission bei ihren Ermittlungen berücksichtigten Zeitraums (vom 9. Juni 1999 bis zum 15. Mai 2003, im Folgenden: relevanter Zeitraum) zu unterscheiden. In der Zeit zwischen dem 9. Juni 1999 und dem 30. September 2002 war Toshiba über ihre Tochtergesellschaft Power System Co. tätig. Ab 1. Oktober 2002 wurde die Tätigkeit der Rechtmittelführerin über TM T&D ausgeübt, einem Gemeinschaftsunternehmen von Toshiba und Mitsubishi Electric, in dem die beiden Unternehmen ihre Produktion von Leistungstransformatoren zusammengeführt hatten.

11. Am 30. September 2008 beschloss die Kommission, ein Verfahren in Bezug auf den Markt für Leistungstransformatoren einzuleiten. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte wurde am 20. November 2008 verabschiedet. Toshiba antwortete hierauf am 19. Januar 2009. Die Anhörung fand am 17. Februar 2009 statt.

12. Mit der streitigen Entscheidung stellte die Kommission fest, dass sich Toshiba während des gesamten relevanten Zeitraums an einem rechtswidrigen Kartell beteiligt hatte, das sich auf das gesamte Gebiet des EWR und Japan erstreckte. Das Kartell bestand in einer mündlichen Vereinbarung zwischen den europäischen und japanischen Herstellern von Leistungstransformatoren, die zum Inhalt hatte, die Inlandsmärkte jeder dieser beiden Gruppen von Transformatorenherstellern zu respektieren und auf den Verkauf auf diesen Märkten zu verzichten (im Folgenden: Gentlemen's Agreement).

13. Die Kommission stufte dieses Gentlemen's Agreement als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ein.

14. In den Erwägungsgründen 165 bis 169 der streitigen Entscheidung prüfte die Kommission das Argument einiger der vom fraglichen Verfahren betroffenen Unternehmen, wonach das Kartell keine Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt habe, da die japanischen und europäischen Hersteller wegen der unüberwindbaren Hindernisse für den Eintritt in den EWR-Markt keine Konkurrenten seien. Hierzu machte die Kommission im Wesentlichen geltend, der koreanische Hersteller Hyundai

sei in jüngerer Zeit in den europäischen Markt für Leistungstransformatoren eingedrungen und die japanischen Unternehmen hätten beträchtliche Umsätze in den Vereinigten Staaten verzeichnet. Diese Unternehmen hätten nicht nachweisen können, dass sich die Hindernisse für den Eintritt in den amerikanischen Markt von den Hindernissen für den Eintritt in den europäischen Markt sehr unterschieden hätten.

15. Was die Struktur des Gentlemen's Agreement betrifft, stellte die Kommission fest, dass jede Herstellergruppe ein Unternehmen habe benennen müssen, das die Aufgabe eines Sekretariats übernommen habe. Sie stellte ebenfalls fest, dass die Vereinbarung über die Marktaufteilung durch eine zweite Vereinbarung ergänzt worden sei, deren Zweck es gewesen sei, dem Sekretariat einer der Gruppen die aus dem Gebiet der anderen Gruppe stammenden Ausschreibungen bekannt zu geben, so dass diese Ausschreibungen hätten untereinander verteilt werden können.

16. Die Kommission stellte ferner fest, dass die Unternehmen während des relevanten Zeitraums ein- oder zweimal im Jahr zusammengetroffen seien, nämlich in Malaga vom 9. bis 11. Juni 1999, in Singapur am 29. Mai 2000, in Barcelona vom 29. Oktober bis zum 1. November 2000, in Lissabon am 29. und 30. Mai 2001, in Tokio am 18. und 19. Februar 2002, in Wien am 26. und 27. September 2002 (im Folgenden: Treffen in Wien) sowie in Zürich am 15. und 16. Mai 2003 (im Folgenden: Treffen in Zürich). Diese Treffen hätten vor allem den Zweck gehabt, das Gentlemen's Agreement zu bestätigen.

17. Aufgrund dieser Erwägungen stellte die Kommission fest, dass Toshiba gegen Art. 81 EG und Art. 53 des EWR-Abkommens verstoßen habe. Sie setzte daher gegen Toshiba eine Geldbuße von 13,2 Mio. Euro fest. Die streitige Entscheidung war nicht gegen TM T&D und Mitsubishi Electric gerichtet.

III – Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

18. Mit am 23. Dezember 2009 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift erhob Toshiba gegen die streitige Entscheidung Nichtigkeitsklage, die sie auf vier Klagegründe stützte. Das vorliegende Rechtsmittel betrifft nur die Erwägungen des Gerichts, die es in Bezug auf drei der vor ihm geltend gemachten Klagegründe anstellte.

19. In Bezug auf die Prüfung des zweiten Klagegrundes, der sich insbesondere mit dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung befasste, befand das Gericht erstens, die Kommission sei zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Gentlemen's Agreement als eine die Wettbewerbsbeschränkung bezweckende Verhaltensweise einzustufen sei und dass seine wettbewerbswidrigen Wirkungen daher nicht nachgewiesen werden müssten.

20. Zweitens untersuchte das Gericht das Argument von Toshiba, das Gentlemen's Agreement habe trotz seiner Natur den Wettbewerb nicht beschränken können, weil die japanischen Hersteller für die europäischen Unternehmen keine Konkurrenten auf dem EWR-Markt gewesen seien. Das Gericht wies insoweit darauf hin, dass die Frage, ob ein Kartell eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecke, nicht nur im Licht des Inhalts der Vereinbarung, sondern auch des wirtschaftlichen Kontexts geprüft werden müsse, in dem die Vereinbarung gestanden habe, und dass in Anbetracht dessen, dass Art. 101 AEUV nicht nur den tatsächlichen Wettbewerb, sondern auch den potenziellen Wettbewerb schütze, eine Vereinbarung wie das Gentlemen's Agreement den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb einschränken könne, außer wenn unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt bestünden, die jeden Wettbewerb seitens der japanischen Hersteller ausschließen würden.

21. Bei der Beurteilung, ob die Hindernisse für den Markteintritt im vorliegenden Fall unüberwindbar waren, wies das Gericht zunächst darauf hin, dass schon das Bestehen des Gentlemen's Agreement als ein starkes Indiz für das Bestehen von Wettbewerbsbeziehungen zwischen den japanischen und europäischen Herstellern angesehen werden könne.

22. Das Gericht stellte sodann unter Bezugnahme auf die Erwägungsgründe 91 bis 98 der streitigen Entscheidung fest, dass der japanische Hersteller Hitachi Projekte europäischer Kunden übernommen habe. In dem Schreiben vom 30. März 2009, das Hitachi während des Verwaltungsverfahrens an die Kommission gerichtet habe (im Folgenden: Schreiben von Hitachi), habe Hitachi ferner ihre Erklärungen zurückgenommen und die Schlussfolgerungen der Kommission bezüglich des Bestehens und der Tragweite des Gentlemen's Agreement, wie sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden seien, akzeptiert.

23. In Bezug auf den dritten Klagegrund, der u. a. Toshibas angebliche Distanzierung vom Kartell betraf, wies das Gericht zunächst darauf hin, dass, wenn ein Unternehmen, selbst ohne sich aktiv zu beteiligen, an Treffen von Unternehmen mit wettbewerbswidrigem Zweck teilnehme und sich vom Inhalt dieser Treffen nicht offen distanzieren, so dass es den anderen Teilnehmern Anlass zu der Annahme gebe, dass es dem Ergebnis der Treffen zustimme, der Nachweis als erbracht angesehen werden könne, dass es sich an der aus diesen Treffen resultierenden Absprache beteiligt habe.

24. Das Gericht räumte sodann ein, dass die zur Verfügung stehenden Dokumente Zweifel daran hervorrufen könnten, dass Toshiba nach dem Treffen in Wien an dem Gentlemen's Agreement beteiligt gewesen sei. Es war jedoch der Ansicht, diese Dokumente könnten nicht belegen, dass sich Toshiba bereits während dieses Treffens von dem Gentlemen's Agreement distanziert habe.

25. Da sich nämlich aus den genannten Dokumenten ergebe, dass die am Treffen in Wien beteiligten Unternehmen das rechtswidrige Kartell und die in ihm vorgesehenen Regeln über die Benachrichtigung von Projekten bestätigt hätten, sei hieraus zu schließen, dass die Parteien des Gentlemen's Agreement einschließlich Toshiba diese Vereinbarung auf jeden Fall bis zum folgenden Treffen hätten verlängern wollen.

26. Die Ausführungen über die Beteiligung von Toshiba am Kartell bis zum Treffen in Zürich sowie darüber, dass dieses Treffen angeblich keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt habe, gingen ins Leere, da sie die Schlussfolgerung der Kommission, dass Toshiba bis zum 15. Mai 2003 am Gentlemen's Agreement beteiligt gewesen sei, nicht in Frage stellen könnten.

27. Das Gericht stellte außerdem fest, dass Toshiba nicht geltend machen könne, sie habe ihre Teilnahme am Kartell mit der Gründung von TM T&D beendet. Die Rechtsmittelführerin habe sich nämlich nicht offen vom Kartell distanziert und die anderen Parteien auch nicht darüber informiert, dass sich dieses gemeinsame Unternehmen an dem Kartell nicht beteilige.

28. Bezüglich des vierten Klagegrundes, der die Berechnung der Geldbuße betraf, vertrat das Gericht die Auffassung, die Kommission habe das Verfahren, das in Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 vorgesehen sei, zutreffend angewandt, und es könne nicht davon ausgegangen werden, dass für die Berechnung der Geldbuße nur die in Japan und im EWR erzielten Umsätze berücksichtigt werden dürften. Das Gericht stellte insoweit im Wesentlichen fest, durch die Bezugnahme der Kommission auf die weltweiten Marktanteile könne dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das weltweite Wettbewerbspotenzial der betreffenden Unternehmen nicht für die Eroberung des EWR-Markts genutzt worden sei.

29. Die Kommission habe sich überdies zu Recht auf die Annahme gestützt, dass ohne das Gentlemen's Agreement die Marktanteile der japanischen Hersteller im EWR den Marktanteilen entsprochen hätten, die sie auf dem Weltmarkt gehalten hätten.

30. Was speziell die Verhältnismäßigkeit der Geldbuße betrifft, war das Gericht der Auffassung, dass es nicht angemessen sei, die tatsächlichen Verkäufe der japanischen Hersteller im EWR zu berücksichtigen, da dies im vorliegenden Fall darauf hinauslaufen würde, Toshiba für die buchstabengetreue Einhaltung des Gentlemen's Agreement zu belohnen. Ein Verfahren, das die Weltmarktanteile im Fall eines Marktaufteilungskartells zwischen weltweit konkurrierenden Unternehmen berücksichtige, liefere ein besseres Bild von der Fähigkeit dieser Unternehmen, den anderen Wirtschaftsteilnehmern auf dem europäischen Markt schwer zu schaden, und gebe einen Hinweis auf ihren Beitrag zur Wirksamkeit des Kartells als Ganzes oder umgekehrt auf die Instabilität des Kartells, wenn die Unternehmen nicht beteiligt gewesen wären. Diese Vorgehensweise ermögliche es, die eventuellen Zutrittsschranken zu berücksichtigen, die in den verschiedenen Segmenten des Weltmarkts bestehen könnten.

IV – Anträge der Parteien und Verfahren vor dem Gerichtshof

31. Toshiba beantragt,

- das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit mit ihm die Klage von Toshiba auf Nichtigerklärung der Art. 1 und 2 der streitigen Entscheidung abgewiesen worden ist, und die Entscheidung für nichtig zu erklären,
- hilfsweise, die Sache an das Gericht zurückzuverweisen, damit es im Einklang mit der rechtlichen Beurteilung im Urteil des Gerichtshofs entscheidet,
- der Kommission die Kosten des erstinstanzlichen und des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

32. Toshiba stützt ihr Rechtsmittel auf vier Gründe.

33. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, das Gericht habe bei seiner Einschätzung, dass japanische Hersteller von Leistungstransformatoren potenzielle Wettbewerber auf dem EWR-Markt seien, weil die Hindernisse für den Eintritt in den EWR-Markt nicht unüberwindbar gewesen seien und weil ein Gentlemen's Agreement bestanden habe, einen verfehlten rechtlichen Maßstab angewandt. Es hätte prüfen müssen, ob die japanischen Hersteller tatsächlich konkrete Möglichkeiten gehabt hätten, in den EWR-Markt einzudringen, und ob ein solches Eindringen eine wirtschaftlich realisierbare Strategie gewesen wäre. Mangels eines potenziellen Wettbewerbs zwischen japanischen und europäischen Herstellern habe das Gentlemen's Agreement nicht gegen Art. 81 EG verstoßen können, so dass die Kommission für die Verfolgung der Sache nicht zuständig gewesen sei. Das angefochtene Urteil sei daher aufzuheben, und die angefochtene Entscheidung sei für nichtig zu erklären, soweit sie Toshiba betreffe.

34. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, das Gericht habe den Inhalt eines Schreibens verfälscht, in dem eine andere Partei des Verfahrens (d. h. Hitachi) angegeben habe, dass sie die Feststellungen der Kommission nicht in Frage stellen werde. Die Kommission sei davon ausgegangen, dass das Schreiben die früheren Einlassungen dieses Unternehmens ersetzt habe, wonach es keine Verkäufe im EWR getätigt habe. Dies stelle eine Verfälschung der Beweise dar, auf die das Gericht seine Annahme gestützt habe, dass die Hindernisse für den Eintritt in den EWR-Markt nicht unüberwindbar gewesen seien.

35. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, die Feststellung des Gerichts, dass das Vorbringen von Toshiba zu ihrer Nichtteilnahme an dem Treffen in Zürich „wirkungslos“ sei, sei widersprüchlich begründet, beruhe auf einem verfehlten rechtlichen Maßstab für die offene Distanzierung und verstoße gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit. Das angefochtene Urteil sei daher aufzuheben und die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit sie zu dem Ergebnis kämen, dass Toshiba ihre Teilnahme am Gentlemen's Agreement bis Mai 2003 fortgesetzt habe.

36. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, das Gericht habe Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 fehlerhaft ausgelegt, indem es die globalen Marktanteile als Beurteilungsmaßstab für das Gewicht der Zuwiderhandlung von Toshiba herangezogen habe.

37. Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und Toshiba die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

V – Würdigung

A – Erster Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Anwendung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

38. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es das Gentlemen's Agreement als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft habe. Für diese Feststellung hätte das Gericht prüfen müssen, ob der eventuelle Eintritt in den EWR-Markt für die japanischen Hersteller eine wirtschaftlich realisierbare Strategie gewesen sei. Das Gericht habe jedoch lediglich festgestellt, dass die Parteien als potenzielle Wettbewerber betrachtet werden könnten, weil zum einen unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt in den EWR-Markt fehlten und weil es zum anderen das Gentlemen's Agreement gebe.

39. Dieser Rechtsmittelgrund wirft somit im Kern erneut die Frage der Definition der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und ihrer verfahrensrechtlichen Folgen hinsichtlich des Nachweises auf.

1. Allgemeine Vorbemerkungen zur Definition der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

40. Um unter das in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellte Verbot zu fallen, muss eine Vereinbarung, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“.

41. Der Unterschied zwischen den bezweckten und den bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist somit dem Vertrag zu entnehmen. Festgestellt werden muss, dass dieser Unterschied, wenn auch nicht neu, im Mittelpunkt mehrerer Rechtssachen stand, die in den letzten Jahren seitens der Lehre eine kritische Beachtung gefunden haben³.

42. Eine Klarstellung der Rechtsprechung in diesem Punkt ist zweifellos wünschenswert.

3 — Urteile *Beef Industry Development Society und Barry Brothers* (C-209/07, EU:C:2008:643), *T-Mobile Netherlands u. a.* (C-8/08, EU:C:2009:343), *GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610), *Football Association Premier League u. a.* (C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631), *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), *Allianz Hungária Biztosító u. a.* (C-32/11, EU:C:2013:160), *Siemens u. a./Kommission* (C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, EU:C:2013:866) sowie *CB/Kommission* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

a) Die Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung

43. Der alternative Charakter der in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannten Voraussetzung, wonach Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung „bezwecken oder bewirken“ müssen, ist vom Gerichtshof schon Mitte der sechziger Jahre im Urteil LTM (56/65, EU:C:1966:38) festgestellt und seither stets bekräftigt worden⁴.

44. Von Anfang an hat der Gerichtshof klargestellt, dass der nicht kumulative, sondern alternative Charakter der genannten Voraussetzung, der durch die Konjunktion „oder“ gekennzeichnet ist, darauf hinweist, dass zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen ist, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind⁵.

45. Erst in zweiter Linie, wenn nämlich die Prüfung der Bestimmungen dieser Vereinbarung keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, sind die Auswirkungen der Vereinbarung zu untersuchen. In diesem Fall müssen, damit die Vereinbarung vom Verbot erfasst wird, Voraussetzungen vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert oder spürbar eingeschränkt oder verfälscht worden ist⁶.

46. Die konkreten Auswirkungen der Vereinbarung brauchen daher nicht berücksichtigt zu werden, wenn sich ergibt, dass diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezweckt⁷. Mit anderen Worten, die Auswirkungen einer Vereinbarung brauchen nicht geprüft zu werden, wenn feststeht, dass diese einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt⁸.

47. Bei der Prüfung des wettbewerbswidrigen Zwecks einer Vereinbarung ist insbesondere auf deren Inhalt und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen⁹. Ferner ist es der Kommission und den Gerichten der Union, auch wenn die Absicht der Beteiligten kein für die Bestimmung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer abgestimmten Verhaltensweise oder einer Vereinbarung notwendiges Element ist, nicht verwehrt, sie zu berücksichtigen¹⁰.

48. Es reicht zudem bereits, wenn die Vereinbarung das *Potenzial* hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, d. h. wenn sie konkret, unter Berücksichtigung ihres jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führen¹¹. Wie Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958)

4 — Urteile Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 15), T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 28) sowie GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 55).

5 — Urteile LTM (56/65, EU:C:1966:38), Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 15), T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 28), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 55) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 33).

6 — Urteile LTM (56/65, EU:C:1966:38), Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 15), T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 28), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 55) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 34).

7 — Urteile Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, EU:C:1966:41), Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 16) sowie T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 29).

8 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 30), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 55) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 34).

9 — Urteil GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 58). Vgl. auch zur abgestimmten Verhaltensweise Urteil T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 27).

10 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 27), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 58), Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 37) sowie CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 54).

11 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 31) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 38).

ausgeführt hat, setzt zwar „die stärker typisierte Beurteilung, zu der der Rückgriff auf den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führt, eine substantiierte und individuelle Prüfung der streitigen Vereinbarung voraus, [diese muss sich] jedoch klar von der Prüfung der tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der beanstandeten Verhaltensweisen der Unternehmen unterscheiden“¹².

49. Dieser Unterscheidung zwischen den „bezweckten Beschränkungen“ und den „bewirkten Beschränkungen“ liegt nämlich die Feststellung zugrunde, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können¹³.

50. Es steht somit „fest, dass bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie z. B. diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle führen, als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen auf insbesondere den Preis, die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen zu haben, dass für die Anwendung von Art. [101 Abs. 1 AEUV] der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann“¹⁴. „Lässt jedoch die Prüfung einer Art von Koordinierung zwischen Unternehmen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, so sind ihre Auswirkungen zu untersuchen, und es müssen, damit sie vom Verbot erfasst wird, Merkmale vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist“¹⁵.

51. Es ist, denke ich, gerechtfertigt, dies als ständige Rechtsprechung zu bezeichnen.

52. In einem der vorstehend angeführten Urteile, das jüngst ergangen ist, dem Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160), hat der Gerichtshof allerdings eine Reihe weiterer, bei der Beurteilung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs zu berücksichtigender Merkmale aufgestellt, wodurch der Nachweiseffekt der Unterscheidung zwischen „bezweckten Beschränkungen“ und „bewirkten Beschränkungen“ weniger eindeutig wird.

53. Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass „[i]m Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs ... auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen [sind]“¹⁶. Dies bedeutet, dass das Gericht, das beurteilen muss, ob die Gefahr der Beseitigung oder der ernsthaften Schwächung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt besteht, „insbesondere die Struktur dieses Marktes, die Existenz alternativer Vertriebswege und deren jeweilige Bedeutung sowie die Marktmacht der betroffenen Gesellschaften zu berücksichtigen haben [wird]“¹⁷.

54. Ich teile insoweit die Feststellung des Generalanwalts Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), wonach diese Tendenz der Rechtsprechung „die notwendige Unterscheidung zwischen der Prüfung des wettbewerbswidrigen Zwecks und der Analyse der wettbewerbslichen Wirkungen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen erschwert zu haben [scheint]“¹⁸. Wie Generalanwalt Wahl bin ich der Ansicht, dass die „Trennlinie zwischen dem Begriff des wettbewerbswidrigen Zwecks und dem der wettbewerbswidrigen Wirkung [nicht verwischt

12 — Nr. 40. Vgl. auch Nr. 44.

13 — Urteile Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 17), T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 29), Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 35), CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 50) sowie Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, Rn. 114).

14 — Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 51).

15 — Ebd. (Rn. 52).

16 — Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 36).

17 — Ebd. (Rn. 48).

18 — Nr. 46.

werden darf und dass] für den Rückgriff auf einen dieser Begriffe eine klarere Abgrenzung ... erforderlich [ist]"¹⁹. Das vorliegende Rechtsmittel bietet dem Gerichtshof meines Erachtens erneut die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zu klären; ich werde hierauf zurückkommen, nachdem ich zunächst die Vorteile und die Notwendigkeit einer solchen Trennlinie dargestellt haben werde.

b) Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung

55. Der alternative Charakter der dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu entnehmenden Voraussetzung, wonach Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen müssen, die eine Wettbewerbsbeschränkung „bezwecken oder bewirken“, wird von niemandem in Frage gestellt.

56. Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt in der Frage des Nachweises: Bei einer bezweckten Beschränkung ist der Nachweis ihrer tatsächlichen oder potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkungen nicht erforderlich, um den Mechanismus der Unvereinbarkeit in Gang zu setzen²⁰. Die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks reicht nämlich für die Einstufung als Wettbewerbsbeschränkung und damit für die Sanktionierung aus²¹. Wird der wettbewerbswidrige Zweck der betreffenden Vereinbarung (oder abgestimmten Verhaltensweise) nachgewiesen, kann die Untersuchung beendet werden, und der Verstoß ist bewiesen, ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der genannten Vereinbarung (oder abgestimmten Verhaltensweise) auf den Wettbewerb nachgewiesen werden müssen²².

57. Von manchen wird die Auffassung vertreten, mit der bezweckten Beschränkung sei eine „Vermutung“ der Rechtswidrigkeit verbunden²³. Der Gebrauch dieses Begriffs führt jedoch zu Verwirrung. Wie Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:110) zutreffend ausgeführt hat, darf das Verbot bezweckter Beschränkungen nicht etwa dahin verstanden werden, „dass der wettbewerbswidrige Zweck lediglich eine Art Vermutung der Rechtswidrigkeit entstehen lässt, die aber widerlegt werden kann, wenn sich im konkreten Einzelfall keine negativen Auswirkungen auf das Marktgeschehen nachweisen lassen. Eine solche Auslegung würde nämlich darauf hinauslaufen, die beiden unabhängig nebeneinander stehenden Tatbestandsalternativen innerhalb von Art. [101] Abs. 1 [AEUV] in unzulässiger Weise miteinander zu vermischen: das Verbot der Kollusion mit wettbewerbswidrigem Zweck einerseits und das Verbot der Kollusion mit wettbewerbswidriger Wirkung andererseits“²⁴.

19 — Nr. 52. Der Gerichtshof hat diese Klärung im Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:220) meines Erachtens nicht ausdrücklich vorgenommen.

20 — N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, Nr. 574.

21 — C. Prieto und D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Brüssel, 2013, Nr. 566.

22 — Vgl. insbesondere D. Geradin, A. Layne-Farrar und N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, Nr. 3-114, S. 135, sowie R. Whish und D. Bailey, *Competition law*, 7. Aufl., Oxford University Press, 2012, S. 119 und 120. Vgl. auch C. Graham, „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*“, *EL Rev.*, 2013 (38), S. 542 bis 551, insbesondere S. 543, C. I. Nagy, „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after *Allianz*: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013, Nr. 4, S. 541 bis 564, insbesondere S. 543, D. Harrison, „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences“, *Competition Law Insight*, 2013, Bd. 12, S. 10 bis 12, insbesondere S. 10, L. Idot und C. Prieto, „La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'objet anticoncurrentiel“, *Revue des contrats*, 2013, S. 955 bis 959, insbesondere S. 957.

23 — Ch. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, Nr. 8, N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, Nr. 594, J. H. J. Bourgeois, „On the Internal Morality of EU Competition Law“, in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brüssel, 2014, S. 347 bis 374, insbesondere S. 350, D. Waelbroeck und D. Slater, „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in J. Bourgeois und D. Waelbroeck (Hrsg.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, S. 131 bis 157, insbesondere S. 135 und 137. Vgl. auch in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2012:663, Nr. 64).

24 — Nr. 45 (Hervorhebung nur hier).

58. Die Vorteile dieser Dichotomie sind bekannt. Unter dem soeben erläuterten verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt „*schaftt* [der Rückgriff auf den Begriff des wettbewerbswidrigen Zwecks] unbestreitbar *Berechenbarkeit* und somit *Rechtssicherheit* für die Unternehmen, indem er es ihnen ermöglicht, die rechtlichen Folgen (insbesondere in Gestalt von Verboten und Sanktionen) abzusehen, die bestimmte ihrer Maßnahmen ... nach sich ziehen ... Damit hat die Identifizierung von Absprachen mit wettbewerbsbeschränkendem Zweck auch *eine abschreckende Wirkung* und trägt dazu bei, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verhindern. Schließlich *dient sie der Verfahrensökonomie*, indem sie es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, angesichts bestimmter Formen der Kollusion auf deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu schließen, ohne eine häufig komplizierte und mühsame Untersuchung ihrer potenziellen oder tatsächlichen Auswirkungen auf den relevanten Markt vornehmen zu müssen“²⁵.

59. Wie Generalanwalt Wahl in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 36) ausführte, ergeben sich diese Vorteile allerdings nur und sind auch nur gerechtfertigt, wenn der Rückgriff auf den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eindeutig eingegrenzt ist. Zum einen nämlich – und ich teile insoweit die von Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:110) vertretene Auffassung – darf der Begriff der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise mit wettbewerbswidrigem Zweck nicht übermäßig weit ausgelegt werden, bedenkt man die einschneidenden Folgen, denen sich die betroffenen Unternehmen im Fall eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV aussetzen können, während zum anderen jener Begriff auch nicht übermäßig eng ausgelegt werden darf, will man nicht das im Primärrecht verankerte Verbot der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen hinweginterpretieren²⁶.

60. Tatsächlich wurde insoweit die Auffassung vertreten, das Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) könne die Unterscheidung zwischen der bezweckten Beschränkung und der bewirkten Beschränkung zwar nicht aufheben, aber doch zumindest verwischen²⁷, wohingegen es unerlässlich sei, eine klare Definition der bezweckten Beschränkung und der für ihre Abgrenzung erforderlichen Merkmale zur Hand zu haben²⁸.

61. Wie nämlich vorstehend ausgeführt, hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil das vorliegende nationale Gericht darauf hingewiesen, dass es bei der Beurteilung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs „insbesondere die Struktur [des] Marktes, die Existenz alternativer Vertriebswege und deren jeweilige Bedeutung sowie die Marktmacht der betroffenen Gesellschaften zu berücksichtigen haben [wird]“²⁹.

25 — Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 35, Hervorhebung nur hier). Wie D. Geradin, A. Layne-Farrar und N. Petit hervorheben, „[i]n a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny“ (D. Geradin, A. Layne-Farrar und N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, Nr. 3-118, S. 136). Zu diesem Vorteil vgl. auch C. I. Nagy, „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013, Nr. 4, S. 541 bis 564, insbesondere S. 545, und C. Graham, „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária“, *EL Rev.*, 2013 (38), S. 542 bis 551, insbesondere S. 547.

26 — Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:110, Nr. 44).

27 — Zu diesem Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) heißt es: „Die Begründung des Gerichtshofs scheint die Unterscheidung zwischen den beiden Qualifizierungen zu *verwischen*. Bei einer übermäßigen Feinabstimmung droht nicht nur das Verständnis der Unternehmen, sondern auch die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden und der nationalen Gerichte Schaden zu nehmen. Diese *Verwässerung der bezweckten Beschränkung führt zu Verwirrung*. Sie kann zur Folge haben, dass sie *de facto* verschwindet, was für die Betrachtungsweise, die bei den Wirkungen ansetzt, ein Triumph wäre“ (C. Prieto und D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Brüssel, 2013, Nr. 582, Hervorhebung nur hier); „[T]he Court of Justice seems to propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition“ (C. Graham, „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária“, *EL Rev.*, 2013 (38), S. 542 bis 551, insbesondere S. 542, *Abstract*; Hervorhebung nur hier); „[T]he Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction“ (C. I. Nagy, „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013, Nr. 4, S. 541 bis 564, insbesondere S. 547, Hervorhebung nur hier).

28 — Vgl. in diesem Sinne Chr. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, Nr. 66: „Since the effect category can be deduced from the object one, it is *crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object“ (Hervorhebung nur hier).

29 — Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 48).

62. Ich bin jedoch der Auffassung, dass die oben angeführte ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs und das genannte Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) miteinander in Einklang gebracht werden können.

c) Die für die Feststellung einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Kriterien

63. Wie bei der Prüfung der einschlägigen Rechtsprechung dargelegt, brauchen die Auswirkungen einer Vereinbarung nicht geprüft zu werden, wenn feststeht, dass diese einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt³⁰. Demgegenüber ist es folglich unerlässlich, den wettbewerbswidrigen Zweck der hier in Rede stehenden Vereinbarung zu ermitteln.

64. Für die Beurteilung des wettbewerbswidrigen Zwecks ist die Absicht der Beteiligten kein notwendiges Element, sie kann jedoch gegebenenfalls berücksichtigt werden³¹. Abzustellen ist vielmehr auf den Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht³².

65. Die wettbewerbswidrigen Wirkungen brauchen im Rahmen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zwar nicht nachgewiesen zu werden, doch ändert dies nichts daran, dass die betreffende Wettbewerbsbeschränkung selbstverständlich geeignet sein muss, minimale Auswirkungen auf den Markt zu haben³³.

66. Um die von Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 41) verwendete Formulierung aufzunehmen: Die Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, kann nicht von dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang *losgelöst* werden, in dem die Parteien sie geschlossen haben³⁴.

67. Der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang soll der Behörde, die mit der Prüfung der angeblichen bezweckten Beschränkung betraut ist, dabei helfen, die wirtschaftliche Funktion und tatsächliche Bedeutung der Vereinbarung zu *verstehen*³⁵.

30 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 30), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 55) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 34).

31 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 27), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 58), Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 37) sowie CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 54).

32 — Urteile T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 27 zu einer abgestimmten Verhaltensweise) und GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 58).

33 — „[T]he fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. ... Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction“ (R. Whish und D. Bailey, *Competition law*, 7. Aufl., Oxford University Press, 2012, S. 120). Vgl. auch in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Mazák in der Rechtssache Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „[W]enn bestimmte Ausgestaltungen von Vereinbarungen aufgrund zurückliegender Erfahrungen *prima facie* als bezweckte Zuwiderhandlungen erscheinen mögen, enthebt dies weder die Kommission noch eine nationale Wettbewerbsbehörde der Pflicht, eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung durchzuführen. Meiner Meinung nach kann diese Untersuchung gegebenenfalls recht kurz ausfallen – z. B. wenn eindeutige Beweise dafür vorliegen, dass ein horizontales Kartell das Produktionsvolumen kontrollieren will, um die Preise zu halten –, völlig unterbleiben darf sie aber nicht“ (Nr. 27).

34 — Zur Veranschaulichung verwendet Generalanwalt Wahl ein typisches Beispiel und verweist auf eine „Zuwiderhandlung, von der aufgrund gesicherter Erfahrung vermutet wird, dass sie zu einer der gravierendsten Wettbewerbsbeschränkungen führt, nämlich eine horizontale Vereinbarung über die Preise einer bestimmten Ware. ... [Wenn nun auch] feststeht, dass eine solche Vereinbarung im Allgemeinen in hohem Maß für den Wettbewerb schädlich ist, ist diese Schlussfolgerung z. B. dann nicht zwingend, wenn die betreffenden Unternehmen nur einen ganz geringen Anteil an dem betroffenen Markt haben“ (Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 42). Vgl. auch in diesem Sinne D. Waelbroeck und D. Slater, „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in J. Bourgeois und D. Waelbroeck (Hrsg.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, S. 131 bis 157, insbesondere S. 135 und 146.

35 — Vgl. in diesem Sinne, C.I. Nagy, „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013, Nr. 4, S. 541 bis 564, insbesondere S. 558.

68. Wie Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, EU:C:2009:110, Nr. 46) erläuterte, bedeutet die Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs somit, dass die streitige Vereinbarung lediglich *konkret* geeignet sein muss, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führen.

69. Es darf nämlich nicht vergessen werden, dass der Vorteil, der mit der Einstufung einer Vereinbarung als bezweckter Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf ihre Vorhersehbarkeit und die erleichterte Beweislast verbunden ist, „in Gefahr [geriete], wenn diese Einstufung letztlich von einer eingehenden Prüfung der Auswirkungen dieser Vereinbarung auf den Wettbewerb abhängig wäre, die über die detaillierte Prüfung der Vereinbarung selbst weit hinausgehen würde“³⁶.

70. Ein oberflächlicher Ansatz kann jedoch nur bei Verhaltensweisen gerechtfertigt sein – und ich übernehme hier erneut eine Formulierung des Generalanwalts Wahl –, denen *die Gefahr besonders schwerwiegender negativer Auswirkungen* innewohnt³⁷, d. h. Beschränkungen, denen ein gewisser Grad von Wettbewerbsschädlichkeit innewohnt.³⁸

71. Diese Vorgehensweise steht im Übrigen im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach „das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Koordinierung zwischen Unternehmen eine solche ‚bezweckte‘ Wettbewerbsbeschränkung enthält, in der Feststellung liegt, dass eine solche Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt“³⁹.

72. Konkret bin ich der Meinung, dass die in mehr als sechzig Jahren gesammelten Erfahrungen inzwischen die Annahme zulassen, dass die Fälle des Art. 101 Abs. 1 AEUV dem Erfordernis der innewohnenden Wettbewerbsschädlichkeit entsprechen.

73. Versteht man die Aufzählung in der genannten Vorschrift als „*harten Kern*“ der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen⁴⁰, so entspricht dies dem doppelten Befund, der aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht und dem zufolge zum einen die in Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgesehenen Arten von Vereinbarungen keine abschließende Liste verbotener Kollusionen darstellen⁴¹, wobei zum anderen jedoch klargestellt wird, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht eng auszulegen ist⁴².

74. In Bezug auf die in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich genannten Vereinbarungen besteht nämlich kein Anlass, von der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs abzuweichen, wonach die Existenz einer anderen plausiblen Erklärung für das beanstandete Verhalten (im vorliegenden Fall das Fehlen eines wirtschaftlichen Interesses) das Gericht nicht veranlassen darf, strengere Anforderungen an die vorzulegenden Beweise zu stellen⁴³. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass andere Arten von atypischen oder komplexen Vereinbarungen einen Zweck verfolgen können, der geeignet ist, den

36 — Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 60).

37 — Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 55).

38 — Ebd. (Nr. 58).

39 — Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 57).

40 — Das ist in gewisser Weise die Idee der „object box“, die von einer Reihe von Autoren vertreten wird.

41 — Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 23).

42 — Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 58). Die enge Auslegung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung folgt aus der „Vermutung“ der Rechtswidrigkeit, die jene nach sich zieht: „The finding of ‚restriction by object‘ must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence“ (D. Waelbroeck und D. Slater, „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in J. Bourgeois und D. Waelbroeck (Hrsg.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, S. 131 bis 157, insbesondere S. 156).

43 — Urteil Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission (C-403/04 P und C-405/04 P, EU:C:2007:52, Rn. 45).

Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, doch erfordert ihr Verbot eine eingehendere Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem diese stehen, ohne dass die Analyse allerdings so weit gehen müsste, dass auch die Wirkungen der Vereinbarung geprüft werden.

75. Die jüngst ergangenen Urteile Siemens u. a./Kommission (C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, EU:C:2013:866) sowie Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) stehen dem nicht entgegen und fügen sich in den von mir vorgeschlagenen Rahmen ein.

76. In dem ersten der genannten Urteile hatte der Gerichtshof zu prüfen, ob das Gericht die Grundsätze der Beweislast und der Beweisaufnahme im Bereich der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zutreffend angewandt hatte. Seine Entscheidung ist daher für das hier fragliche Problem erheblich. Der Gerichtshof hat nicht nur die Auffassung vertreten, dass „Vereinbarungen, die auf die Aufteilung der Märkte abzielen, als solche eine Einschränkung des Wettbewerbs zum Gegenstand haben und zu einer Kategorie durch Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich untersagter Vereinbarungen gehören“⁴⁴, sondern auch festgestellt, dass „[e]in solcher Gegenstand ... nicht durch eine Analyse des wirtschaftlichen Kontexts, in dem das fragliche wettbewerbswidrige Verhalten stand, gerechtfertigt werden [kann]“⁴⁵.

77. Im zweiten der genannten Urteile hatte der Gerichtshof dagegen mit einem Sachverhalt zu tun, den ich als atypisch bezeichnen möchte – und der jedenfalls zu keiner der in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannten Kategorien gehörte. Diese Besonderheit ist der Grund, weshalb der Gerichtshof die Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs um zwei Gesichtspunkte erweiterte.

78. Er stellte zunächst fest, dass im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs „die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen“ sind⁴⁶.

79. Er wies das nationale Gericht, das um Vorabentscheidung ersucht hatte, sodann darauf hin, dass es, um die Gefahr einer Beseitigung oder erheblichen Schwächung des Wettbewerbs zu beurteilen, die Struktur dieses Marktes, aber auch „die Existenz alternativer Vertriebswege und deren jeweilige Bedeutung sowie die Marktmacht der betroffenen Gesellschaften zu berücksichtigen [hat]“⁴⁷.

80. Meines Erachtens erklärt sich die Bezugnahme auf diese beiden zusätzlichen Kriterien, die einer Analyse der Wirkungen einer Vereinbarung oder Verhaltensweise nahekommen, einzig und allein aus der Besonderheit des dem Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegenden Sachverhalts und dem Wunsch des Gerichtshofs, dem vorlegenden Gericht eine möglichst umfassende Antwort zu geben.

81. In jener Rechtssache ging es nämlich um Vereinbarungen, mit denen Kraftfahrzeugversicherer sich zweiseitig entweder mit als Reparaturwerkstätten tätigen Kfz-Vertragshändlern oder mit einer Vereinigung solcher Vertragshändler auf den Stundensatz verständigten, den die Versicherungsgesellschaft für die Reparatur von bei ihr versicherten Fahrzeugen zu zahlen hatte, wobei vorgesehen wurde, dass dieser Satz u. a. von der Zahl und dem Prozentsatz von Versicherungsverträgen abhing, die der Vertragshändler als Versicherungsagent für diese Gesellschaft vertrieben hatte⁴⁸.

44 — Urteil Siemens u. a./Kommission (C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, EU:C:2013:866, Rn. 218). Hervorhebung nur hier.

45 — Ebd.

46 — Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 36).

47 — Ebd. (Rn. 48).

48 — Diese Besonderheit erklärt sich daraus, dass die ungarischen Vertragshändler für Rechnung ihrer Kunden als Kfz-Versicherungsagenten oder -makler anlässlich des Verkaufs oder der Reparatur von Fahrzeugen tätig werden können.

82. Diese Vertragshändler unterhielten somit eine zweifache Beziehung mit den Versicherern. Zum einen reparierten sie im Schadensfall die versicherten Fahrzeuge auf Rechnung der Versicherer, zum anderen handelten sie als Agenten der Versicherer und boten ihren Kunden beim Verkauf oder bei der Reparatur von Fahrzeugen im Auftrag ihrer eigenen Versicherungsmakler oder im Auftrag von assoziierten Maklern eine Kfz-Versicherung an.

83. Jede Vereinbarung für sich genommen war daher nicht schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt (zum einen der Markt für die Reparatur beschädigter Fahrzeuge und zum anderen der Markt für die Vermittlung von Kraftfahrzeugversicherungen). Betrachtet man sie jedoch gemeinsam und in ihrer Gesamtheit, so ergibt sich, dass derartige Wirkungen nicht ausgeschlossen waren.

84. Die in Rn. 48 des Urteils Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) angeführten besonderen Beurteilungselemente – d. h. die Berücksichtigung der Existenz alternativer Vertriebswege und von deren jeweiliger Bedeutung sowie der Marktmacht der betroffenen Gesellschaften – sind somit spezifisch für diese Rechtssache und können nicht verallgemeinert werden, da es sonst zu einer Verwechslung zwischen den bezweckten Beschränkungen und den bewirkten Beschränkungen käme.

85. Die nach diesem Urteil ergangene Rechtsprechung bestätigt den spezifischen und isolierten Charakter des Urteils Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160).

86. Der Gerichtshof wies nämlich weiter darauf hin, dass bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lassen, auf deren Inhalt und die mit ihnen verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, abzustellen ist. Im Rahmen der Prüfung dieses Zusammenhangs scheint der Gerichtshof seither zwar bestimmte erstmals im Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) angeführte Faktoren zu berücksichtigen, indem er sich auf die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, auf die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte bezog⁴⁹, er nahm darüber hinaus jedoch keinen Bezug mehr auf die weiter gehenden Kriterien, die für den diesem Urteil zugrunde liegenden Fall charakteristisch gewesen waren.

d) Versuch einer Synthese bei der Beurteilung von Fällen, in denen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegen kann

87. Nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen zur Definition der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung sehe ich zwei Möglichkeiten.

88. Der Ausgangspunkt ist in beiden Fällen gleich: Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen (oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung) schon ihrer Natur nach eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgefasst zu werden, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen, ihr Ziel, d. h. auf die mit ihr verfolgten Ziele, sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Dieser Grundsatz findet entsprechend auch auf die abgestimmten Verhaltensweisen Anwendung.

49 — Es handelt sich um die Kriterien, die in Rn. 36 des Urteils Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160) aufgestellt wurden und seither in den Urteilen CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 53) sowie Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, Rn. 117) übernommen wurden. Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in den verbundenen Rechtssachen Fresh Del Monte Produce/Kommission und Kommission/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P und C-294/13 P, EU:C:2014:2439, Nr. 209) sowie des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, Nr. 41).

89. Ist das Ergebnis dieser Analyse positiv und gehört der Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise zu einer der in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich genannten Kategorien, kann die Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs von untergeordneter Bedeutung sein.

90. Ergibt diese Analyse jedoch, dass die Vereinbarung, der Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise nicht zu einem der in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannten Fälle gehören oder Merkmale aufweisen, die die Vereinbarung, den Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise als atypisch oder komplex erscheinen lassen, muss die Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs umfassender sein.

91. Im letztgenannten Fall können die Natur der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte bei der Beurteilung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs sowie, in Ausnahmefällen, die in Rn. 48 des Urteils *Allianz Hungária Biztosító u. a.* (C-32/11, EU:C:2013:160) genannten zusätzlichen Merkmale berücksichtigt werden. Auch wenn im Übrigen die Absicht der Beteiligten kein für die Bestimmung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer Vereinbarung, eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung oder einer abgestimmten Verhaltensweise notwendiges Element ist, spricht nichts dagegen, sie zu berücksichtigen⁵⁰.

2. Zur Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Fall eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt

92. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund macht Toshiba geltend, das Gericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass „eine Vereinbarung wie das Gentlemen’s Agreement, das die europäischen Hersteller auf ihrem Gebiet vor dem tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch japanische Hersteller schützen soll, den Wettbewerb beschränken kann, außer wenn unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt bestehen, die jeden potenziellen Wettbewerb seitens der japanischen Hersteller ausschließen“⁵¹.

93. Toshiba ist der Auffassung, das Gericht hätte prüfen müssen, ob die japanischen Hersteller tatsächlich konkrete Möglichkeiten gehabt hätten, in den Markt einzudringen, und ob ein solches Eindringen eine wirtschaftlich realisierbare Strategie gewesen wäre. Es habe sich zu Unrecht auf die Prüfung beschränkt, ob die Zutrittsschranken unüberwindbar gewesen seien, und sei zu Unrecht zu dem Schluss gelangt, dass „die Kommission ... sich daher auf den Nachweis beschränken [durfte], dass die Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt nicht unüberwindbar waren.“⁵².

94. Das Gericht habe sich ferner rechtsfehlerhaft auf das Bestehen des Gentlemen’s Agreement berufen, um das Bestehen von Wettbewerbsbeziehungen zwischen den japanischen Herstellern und den europäischen Herstellern zu belegen, als es festgestellt habe, dass „schon das Bestehen des Gentlemen’s Agreement als ein starkes Indiz für das Bestehen von Wettbewerbsbeziehungen zwischen den japanischen und europäischen Herstellern angesehen werden kann“⁵³.

95. Toshiba beanstandet somit im Wesentlichen die Ausführungen, mit denen das Gericht auf das ihm vorgetragene Argument eingegangen ist, dass die Kommission den Sachverhalt keiner umfassenden wirtschaftlichen Analyse unterzogen habe.

50 — Urteile *T-Mobile Netherlands u. a.* (C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 27), *GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 58), *Allianz Hungária Biztosító u. a.* (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 37) sowie *CB/Kommission* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 54).

51 — Rn. 230 des angefochtenen Urteils.

52 — Ebd.

53 — Rn. 231 des angefochtenen Urteils.

96. Insoweit ist jedoch festzustellen, dass das Gericht, bevor es sich mit den beanstandeten Punkten befasste, ausführte,

- dass zum einen Art. 81 Abs. 1 EG die Kartelle verbiete, die die Beschränkung des Wettbewerbs bezweckten oder bewirkten, und die konkreten Wirkungen eines Kartells nicht nachgewiesen werden müssten, wenn das Kartell die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecke (Rn. 227 des angefochtenen Urteils), und
- dass zum anderen die Kommission „zu Recht [davon ausgegangen ist], dass das Gentlemen’s Agreement eine Vereinbarung über die Marktaufteilung darstelle und als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen sei“ (Rn. 228 des angefochtenen Urteils), und „sie ... zu Recht [feststellte], dass sie nicht nachweisen müsse, dass es wettbewerbswidrige Wirkungen gegeben habe“ (Rn. 228 des angefochtenen Urteils).

97. Diese Ausführungen entsprechen völlig meiner vorstehend dargelegten Auffassung.

98. Da nämlich das Gentlemen’s Agreement die Bestätigung eines informellen Kartells darstellt, durch das sich die europäischen und die japanischen Hersteller einigten, in dem jeweils anderen Gebiet der beiden Gruppen keine Umsätze zu tätigen, entspricht seine Einstufung als bezweckte Beschränkung dem gemeinsamen Verständnis dieser Art von Vereinbarung oder Kartell⁵⁴.

99. Unter Berücksichtigung der Folgen, die die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung für den Nachweis und den Umfang der Nachprüfung hat, entschied das Gericht zu Recht, dass „eine Vereinbarung wie das Gentlemen’s Agreement, das die europäischen Hersteller auf ihrem Gebiet vor dem tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch japanische Hersteller schützen soll, den Wettbewerb beschränken kann, außer wenn unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt bestehen, die jeden potenziellen Wettbewerb seitens der japanischen Hersteller ausschließen, [und dass] die Kommission ... sich daher auf den Nachweis beschränken [durfte], dass die Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt nicht unüberwindbar waren“⁵⁵, was sie tat, indem sie auf den Markteintritt eines japanischen Herstellers hinwies.

100. Auch durfte das Gericht das Gentlemen’s Agreement rechtsfehlerfrei als ein „starkes Indiz für das Bestehen von Wettbewerbsbeziehungen zwischen den japanischen und europäischen Herstellern“⁵⁶ ansehen und auch davon ausgehen, dass die Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt nicht unüberwindbar seien. Das Gentlemen’s Agreement ist nämlich als solches ein Bestandteil des relevanten wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts.

101. Wollte man vom Gericht die Prüfung verlangen, „ob die japanischen Hersteller tatsächlich konkrete Möglichkeiten gehabt hätten, in den EWR-Markt einzudringen, und ob ein solches Eindringen eine wirtschaftlich realisierbare Strategie gewesen wäre“, wie Toshiba zur Stützung ihres ersten Rechtsmittelgrundes geltend macht, würde dies darauf hinauslaufen, an die vorzulegenden Beweise strengere Anforderungen zu stellen. Diese Anforderungen widersprächen jedoch der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁵⁷ und dem Rahmen, den ich in meinen allgemeinen Vorbemerkungen vorschlagen habe.

54 — Art. 101 Abs. 1 Buchst. c AEUV nennt unter den Beschlüssen und Verhaltensweisen ausdrücklich „die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen“. Vgl. auch D. Geradin, A. Layne-Farrar und N. Petit, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, Nr. 3-114, S. 135, sowie R. Whish und D. Bailey, *Competition law*, 7. Aufl. Oxford University Press, 2012, S. 122, Chr. Lemaire, *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brüssel, 2013, Nr. 68, J. H. J. Bourgeois, „On the Internal Morality of EU Competition Law“, in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brüssel, 2014, S. 347 bis 374, insbesondere S. 351, D. Harrison, „The *Allianz Hungária* case. The ECJ’s judgment could have ugly consequences“, *Competition Law Insight*, 2013, Bd. 12, S. 10 bis 12, insbesondere S. 10.

55 — Rn. 230 des angefochtenen Urteils.

56 — Rn. 231 des angefochtenen Urteils.

57 — Urteil *Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission* (C-403/04 P und C-405/04 P, EU:C:2007:52, Rn. 45).

102. Der erste Rechtsmittelgrund ist folglich als unbegründet zurückzuweisen.

B – Zweiter Rechtsmittelgrund: Verfälschung der Beweise, auf die das Gericht seine Annahme stützt, dass die Hindernisse für den Eintritt in den EWR-Markt nicht unüberwindbar gewesen seien

103. Als Beweis dafür, dass die eventuellen Hindernisse für den Eintritt in den europäischen Markt nicht unüberwindbar waren, wertete das Gericht nicht nur das Bestehen des Gentlemen's Agreement als solches, sondern auch den Umstand, dass eines der am Gentlemen's Agreement beteiligten japanischen Unternehmen Projekte von Kunden übernommen hatte, die in Europa ansässig waren.

104. Toshiba machte dagegen geltend, Hitachi habe in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen vom 28. Februar 2008 und bei der Anhörung erklärt, dass sie während des Zeitraums von 2001 bis 2003 keine Leistungstransformatoren in die Union oder den EWR verkauft habe. Angesichts dieser Erklärung war dem Gericht zufolge „in diesem Zusammenhang ... darauf hinzuweisen, dass Hitachi später in ihrem Schreiben vom 30. März 2009 diese Erklärungen zurücknahm und ausführte, dass sie die Schlussfolgerungen der Kommission bezüglich des Bestehens und der Tragweite des Gentlemen's Agreement, wie sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden seien, akzeptiere“⁵⁸.

105. Toshiba ist der Auffassung, das Gericht habe damit den Inhalt des Schreibens von Hitachi verfälscht und es unrichtig ausgelegt.

106. Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus Art. 256 AEUV und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, dass das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt ist und dass daher allein das Gericht für die Feststellung des Sachverhalts – sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind – und für dessen Würdigung zuständig ist. Mit anderen Worten stellt die Tatsachenwürdigung, sofern die dem Gericht vorgelegten Beweismittel nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt⁵⁹.

107. Eine solche Tatsachenverfälschung muss sich eindeutig aus den Prozessakten ergeben, ohne dass es einer neuen Tatsachen- und Beweiswürdigung bedarf⁶⁰.

108. Aus der Prüfung des Schreibens von Hitachi geht jedoch nicht hervor, dass das Gericht die Tatsachen verfälschte. In dem Schreiben wird nämlich ausdrücklich festgestellt, dass Hitachi die Schlussfolgerungen bezüglich des Bestehens und der Tragweite des Gentlemen's Agreement, wie sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden waren, akzeptierte. Aus der eigenen Antwort von Toshiba auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ergibt sich, dass die Kommission die Frage des Abschlusses von drei Verträgen durch Hitachi auf dem europäischen Markt bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angesprochen hatte⁶¹.

109. Das Gericht konnte somit in den Rn. 232 bis 234 des angefochtenen Urteils, ohne die tatsächlichen Angaben im Schreiben von Hitachi zu verfälschen, feststellen, dass Hitachi nach ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission vom 28. Februar 2008 und bei der Anhörung ihre Erklärungen zurückgenommen habe und ausgeführt habe, dass sie die Schlussfolgerungen der Kommission bezüglich des Bestehens und der Tragweite des Gentlemen's Agreement, wie sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden seien, akzeptiere.

58 — Rn. 233 des angefochtenen Urteils.

59 — Vgl. insbesondere in diesem Sinne Urteile Wunenburger/Kommission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, Rn. 66), YKK u. a./Kommission (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, Rn. 44) sowie Marktgemeinde Straßwalchen u. a. (C-531/13, EU:C:2015:79, Rn. 38).

60 — Vgl. insbesondere in diesem Sinne Urteile Wunenburger/Kommission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, Rn. 67), YKK u. a./Kommission (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, Rn. 44) sowie Marktgemeinde Straßwalchen u. a. (C-531/13, EU:C:2015:79, Rn. 39).

61 — Vgl. Rn. 83 bis 88 der Antwort von Toshiba auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, Anlage A.03.24.a zur Rechtsmittelschrift.

110. Ich weise überdies darauf hin, dass der zweite Rechtsmittelgrund, den Toshiba zur Stützung ihres Rechtsmittels geltend macht, lediglich Rn. 233 des angefochtenen Urteils betrifft. In der unmittelbar vorhergehenden Randnummer aber führt das Gericht jedoch bereits aus, dass die Bezugnahme der Kommission in der angefochtenen Entscheidung auf die Übernahme von drei europäischen Projekten durch Hitachi „zeigt, dass die Marktzugangsschranken für einen japanischen Hersteller nicht unüberwindbar waren“. Weder diese Randnummer noch die Randnummern, in denen das Gericht die Frage untersucht (und auf die das Gericht am Ende der Rn. 233 seines Urteils verweist)⁶², werden indessen von Toshiba im Rechtsmittelverfahren in Frage gestellt.

111. Dass Toshiba diese Infragestellung unterlässt, widerspricht einer möglichen Verfälschung der Tatsachen, denn diese muss sich, wie dargelegt, eindeutig aus den Prozessakten ergeben, ohne dass es einer neuen Tatsachen- und Beweiswürdigung bedarf.

112. Die Prüfung des Schreibens von Hitachi ergibt somit nicht, dass das Gericht die tatsächlichen Angaben in diesem Schreiben eindeutig verfälscht hat.

C – Dritter Rechtsmittelgrund, betreffend die Dauer der Beteiligung von Toshiba an der Zuwiderhandlung: widersprüchliche Begründung und Verfälschung der Beweise, fehlerhafte Anwendung des Kriteriums der offenen Distanzierung und Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit

113. Der dritte Rechtsmittelgrund, den Toshiba geltend macht, betrifft die Dauer ihrer Beteiligung am Gentlemen's Agreement. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in drei Teile. Erstens enthalte das Urteil des Gerichts eine Begründung, die im Widerspruch zu den Tatsachenfeststellungen und den zuvor ermittelten Beweisen stehe und die letzteren daher verfälsche. Zweitens habe das Gericht das Kriterium der offenen Distanzierung fehlerhaft angewandt. Drittens habe es gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit verstoßen, als es davon ausgegangen sei, dass die Rüge, die Toshiba darauf gestützt habe, dass sie an dem Treffen in Zürich nicht beteiligt gewesen sei, „ins Leere“ gehe. Der zweite und der dritte Teil betreffen in Wirklichkeit dieselben Erwägungen des Gerichts, und ich werde sie gemeinsam prüfen.

1. Widersprüchliche Begründung und Verfälschung der Beweise

114. Toshiba ist der Ansicht, das Gericht widerspreche sich darin, dass es zum einen in Rn. 208 des angefochtenen Urteils feststelle, dass Toshiba „ihre Teilnahme an zukünftigen Treffen ausgeschlossen hatte“, und zum anderen ausführe, dass es „Zweifel gab, ob sich die Klägerin zukünftig am Gentlemen's Agreement beteiligen würde“ (Rn. 209 des angefochtenen Urteils), und dass ihre Beteiligung von der Beteiligung von TM T&D abhängen würde (Rn. 211 des angefochtenen Urteils).

115. Diese Ausführungen von Toshiba gehen zweifellos auf eine unvollständige Lektüre des angefochtenen Urteils und der dieser Lektüre zugrunde liegenden Dokumente zurück.

116. Was das Gericht nämlich in Rn. 208 des angefochtenen Urteils feststellte, ist, dass wegen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens TM T&D über die Teilnahme von Toshiba an den zukünftigen Treffen noch entschieden werden müsse. Das Gericht leitete aus bestimmten Dokumenten ab, dass Toshiba zwar eine Teilnahme als Einzelunternehmen ausgeschlossen habe, die übrigen Teilnehmer aber deutlich gemacht hätten, dass ohne Toshiba kein Interesse an einer Aufrechterhaltung des Gentlemen's Agreement bestehe.

⁶² — Das heißt Rn. 59 bis 62 des angefochtenen Urteils.

117. Das Gericht wies in Rn. 210 des angefochtenen Urteils zunächst darauf hin, dass keinem Dokument entnommen werden könne, dass sich Toshiba bei dem Wiener Treffen von dem Gentlemen's Agreement distanziert habe, und stellte dann in Rn. 211 des Urteils folgerichtig fest, „dass aus den von der Klägerin angeführten Dokumenten auch hervorgeht, dass nach der Ankündigung der Klägerin, dass über die Teilnahme von TM T&D an den zukünftigen Treffen noch entschieden werden müsse und ihre eigene Teilnahme hiervon abhängen, die Unternehmen, die an diesem Treffen teilnahmen, gleichwohl das Gentlemen's Agreement und die zu diesem Kartell gehörenden Regeln über die Benachrichtigung von Projekten bestätigten“.

118. Entgegen den Ausführungen von Toshiba bestätigte jedes dieser angeführten Dokumente, dass unsicher war, ob Toshiba auf dem nächsten Treffen erscheinen würde und ob sie ihre Beteiligung an dem Gentlemen's Agreement als Einzelunternehmen oder über TM T&D fortsetzen würde.

119. Erstens war ausweislich des von Herrn Okamoto (Fuji) verfassten Memorandums über das Treffen in Wien über die Teilnahme von Toshiba an den Treffen, die nach Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens stattfanden, noch nicht entschieden worden. Zwar ist in Klammern hinzugefügt, dass „[e]ine unklare Entscheidung, wie zum Beispiel die weitere Teilnahme als [Toshiba], ... nicht zu erwarten [steht]“, doch folgen diesem Satz unmittelbar die Worte „Ja oder Nein“. Abgesehen von der untergeordneten Bedeutung dieser Aussage, die in der Setzung von Klammern zum Ausdruck kommt, weist der Zusatz der Alternative „ja oder nein“ unbestreitbar darauf hin, dass es sich hier um einen ersten Eindruck handelt und insoweit noch kein Beschluss gefasst worden war⁶³.

120. Entgegen den Ausführungen von Toshiba bestätigt sodann der Auslegungsvermerk, der der Erklärung von Fuji gegenüber der Kommission im Rahmen der Kronzeugenregelung beigelegt ist, nicht nur, dass „[d]ie Möglichkeit, dass Toshiba nach Gründung von TM T&D an den Treffen teilnimmt (während Mitsubishi nicht teilnimmt), ... von Toshiba ausgeschlossen [wurde]“, sondern weist auch darauf hin, dass, „[d]a Mitsubishi an diesen Treffen nicht mehr teilnimmt, ... über die Frage entschieden werden [muss], ob TM T&D befugt ist, an den genannten Treffen teilzunehmen“⁶⁴.

121. Unzutreffend ist schließlich die Behauptung, das Protokoll des Treffens in Wien sei nicht eindeutig, obwohl es unmissverständlich darauf hinweist, dass über die zukünftige Teilnahme von Toshiba an den nächsten Treffen „relativ schnell entschieden werden wird“, und darüber hinaus klarstellt, dass die zukünftigen Treffen nur sinnvoll seien, wenn diese Teilnahme auch fortgesetzt werde. Dieser Teil des Protokolls schließt im Übrigen mit der Feststellung, dass die genannte Frage das zentrale Thema des nächsten Treffens sein werde⁶⁵. Das Gentlemen's Agreement wurde unterdessen bestätigt⁶⁶.

122. Aus der Prüfung der Dokumente, auf die sich das Gericht stützte, ergibt sich somit nicht, dass das Gericht die in ihnen enthaltenen tatsächlichen Angaben eindeutig verfälschte oder dass die Begründung des Gerichts widersprüchlich ist.

63 — Das Originaldokument in englischer Sprache lautet wie folgt: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)“ (internes Memorandum von Fuji über das Treffen in Wien, verfasst von Herrn Okamoto, Anlage A.14 zur Rechtsmittelschrift).

64 — Das Originaldokument in englischer Sprache lautet wie folgt: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings ..., a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba“. (Erklärung, die Fuji der Kommission gegenüber im Rahmen der Kronzeugenregelung abgab, Anlage A.16 zur Rechtsmittelschrift).

65 — Das Originaldokument in englischer Sprache lautet wie folgt: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.“ (Protokoll des Treffens in Wien, Siemens/Hitachi, Anlage A.15 zur Rechtsmittelschrift).

66 — Das Originaldokument in englischer Sprache lautet unter der Überschrift „3. GA and Inhouse business“ wie folgt: „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs“ (Protokoll des Treffens in Wien, Siemens/Hitachi, Anlage A.15 zur Rechtsmittelschrift).

2. Fehlerhafte Anwendung des Kriteriums der offenen Distanzierung und Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit

123. Toshiba ist der Auffassung, das Gericht habe das Kriterium der offenen Distanzierung fehlerhaft angewandt, als es in Rn. 218 des angefochtenen Urteils ihr Argument, dass sie an dem Treffen in Zürich nach der Gründung von TM T&D nicht teilgenommen habe, als nicht stichhaltig zurückgewiesen habe. Mit anderen Worten, Toshiba meint unter Hinweis auf die Rn. 213 und 220 des angefochtenen Urteils, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, als es davon ausgegangen sei, dass es für die Beurteilung des Kriteriums der offenen Distanzierung unerheblich sei, dass Toshiba an dem Treffen in Zürich nicht teilgenommen habe, obwohl es zuvor aus den von ihr angeführten Dokumenten abgeleitet habe, dass es Zweifel hinsichtlich ihrer zukünftigen Teilnahme an dem Kartell gebe.

124. Die Unternehmen, denen ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen wird, berufen sich zwar regelmäßig auf das Kriterium der offenen Distanzierung, in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieses jedoch kaum entwickelt⁶⁷ und weckt auch in der Lehre wenig Interesse. Das Urteil Comap/Kommission (C-290/11 P, EU:C:2012:271) scheint mir geeignet, um das Kriterium in seinen Umrissen zu erfassen.

125. In diesem Urteil hat der Gerichtshof nämlich festgestellt, dass die Begriffe der offenen Distanzierung und der Kontinuität einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise „Sachverhalte wiedergeben, die der Tatrichter im Einzelfall aufgrund der Würdigung ‚bestimmter [ihm vorgelegter] Koinzidenzen und Indizien‘ und nach einer ‚Gesamtbewertung aller relevanten Beweise und Indizien‘ feststellt“⁶⁸. Aus dieser Definition folgt, dass, „[s]ofern diese Beweise ordnungsgemäß erbracht und die allgemeinen Regeln und Rechtsgrundsätze zur Beweislast sowie die Vorschriften über das Beweisverfahren eingehalten worden sind, ... es allein Sache des Gerichts [ist], den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweismittel zu beurteilen. Diese Beurteilung ist somit, sofern die Beweise nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt“⁶⁹.

126. Dieser Standpunkt, der dem der früheren Rechtsprechung entspricht⁷⁰, wird im Urteil Quinn Barlo u. a./Kommission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, Rn. 28 bis 30) bekräftigt.

127. Auf die offene Distanzierung beruft sich im Allgemeinen ein Unternehmen, das an einem Treffen teilgenommen hat, ohne an der Vereinbarung oder dem dort diskutierten Kartell teilnehmen zu wollen. Die hierzu vorliegende Rechtsprechung des Gerichtshofs, die trotz der begrenzten Anzahl von Urteilen, die zu dieser Frage ergangen sind, als konstant bezeichnet werden kann, lässt sich wie folgt zusammenfassen: „Wird nachgewiesen, dass ein Unternehmen an Zusammenkünften teilgenommen hat, bei denen wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen wurden, ohne sich offen dagegen auszusprechen, so ist dies ... ein ausreichender Beleg für die Teilnahme dieses Unternehmens am Kartell. Ist die Teilnahme an solchen Zusammenkünften erwiesen, obliegt es dem fraglichen Unternehmen, Indizien vorzutragen, die zum Beweis seiner fehlenden wettbewerbswidrigen Einstellung bei der Teilnahme an den Zusammenkünften geeignet sind, und nachzuweisen, dass es

67 — Vgl. insbesondere Urteile Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2004:6), Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C 202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408), Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166), Comap/Kommission (C-290/11 P, EU:C:2012:271), Quinn Barlo u. a./Kommission (C-70/12 P, EU:C:2013:351) sowie Beschluss Adriatica di Navigazione/Kommission (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Ansätze zu dieser Idee einer offenen Distanzierung finden sich im Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356); die Kommission machte in der Rechtssache, die zu diesem Urteil führte, geltend, dass „[w]er behaupte, sich von den Ergebnissen der abgesprochenen Aktionen *abgesetzt* zu haben, ... diese *Absetzung* ... ausdrücklich nachweisen [müsse]“ (Rn. 95). Hervorhebung nur hier.

68 — Rn. 71.

69 — Ebd.

70 — Vgl. in diesem Sinne außer Urteil Comap/Kommission (C-290/11 P, EU:C:2012:271, Rn. 76 bis 78) Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 132) sowie Beschluss Adriatica di Navigazione/Kommission (C-111/04 P, EU:C:2006:105, Rn. 50 und 54).

seine Wettbewerber darauf hingewiesen hat, dass es mit einer anderen Zielsetzung als diese an den Zusammenkünften teilgenommen hat“⁷¹. Der Gerichtshof fügt insoweit hinzu, dass „es für die Beurteilung der Frage, ob sich das betroffene Unternehmen von der rechtswidrigen Vereinbarung distanzieren wollte, tatsächlich entscheidend auf das Verständnis [ankommt], das die übrigen Kartellteilnehmer von seiner Absicht hatten“⁷².

128. Im vorliegenden Fall vertritt Toshiba im zweiten und dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes im Wesentlichen die Auffassung, das Gericht habe rechtsfehlerhaft festgestellt, es könne davon ausgegangen werden, dass Toshiba bis zum Treffen in Zürich an dem Gentlemen's Agreement beteiligt gewesen sei, obwohl sie bei dem Treffen in Wien im September 2002 erklärt habe, sich von dem Gentlemen's Agreement zu distanzieren, und obwohl sie außerdem zumindest nicht als Einzelunternehmen an dem Treffen in Zürich im Mai 2003 teilgenommen habe und die Kommission die streitige Entscheidung nicht an das Gemeinschaftsunternehmen TM T&D gerichtet habe.

129. Zwar unterscheidet sich der Sachverhalt im vorliegenden Fall ein wenig von dem Sachverhalt, um den es in den oben angeführten Urteilen ging. Vorliegend nämlich macht Toshiba geltend, sie habe sich auf dem Treffen in Wien offen distanziert, indem sie angekündigt habe, dass sie wegen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit Mitsubishi (über dessen Teilnahme noch entschieden werden müsse) an den nächsten Treffen nicht teilnehmen werde, was dadurch bestätigt werde, dass sie bei dem Treffen in Zürich nicht anwesend gewesen sei.

130. Selbst in dieser besonderen Fallkonstellation jedoch bleibt meines Erachtens die Frage, ob Toshiba in der Zeit zwischen dem Treffen in Wien und dem Treffen in Zürich als Beteiligte am Gentlemen's Agreement betrachtet werden konnte, eine Tatsachenwürdigung, die nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fällt, es sei denn, die Beweismittel sind verfälscht⁷³. Der von Toshiba geltend gemachte Rechtsmittelgrund „läuft letzten Endes darauf hinaus, die vom Gericht vorgenommene Würdigung der ihm vorgelegten Tatsachen und Beweismittel, die das Fehlen einer offenen Distanzierung der Rechtsmittelführerin betreffen, in Frage zu stellen“⁷⁴.

131. Anders als in der Rechtssache Total marketing services/Kommission (C-634/13 P, beim Gerichtshof anhängig) sehen wir uns nämlich nicht einem Sachverhalt gegenüber, in dem es nicht den leisesten Ansatz eines Beweises dafür gibt, dass das betreffende Unternehmen nach einem bestimmten Zeitpunkt weiterhin an dem streitigen Kartell beteiligt war. Vielmehr stehen wir, um die von Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der genannten Rechtssache⁷⁵ vorgenommene Unterscheidung aufzugreifen, vor einem Sachverhalt, in dem es mangels ausdrücklicher Nicht-Distanzierung bei der – auf konkrete Indizien gestützten – Vermutung bleiben kann, dass ein Unternehmen, das an Treffen mit wettbewerbswidrigem Zweck teilnahm, an einem unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallendem Kartell teilnahm.

132. Zwar hatte Toshiba, wie sie einleitend in Rn. 25 ihrer Rechtsmittelschrift ausführt, bereits im Rahmen ihrer Ausführungen vor dem Gericht dargelegt, es sei nicht bewiesen, dass sie ihre Teilnahme nach dem Treffen in Wien fortgesetzt habe und dass die anderen Beteiligten des Gentlemen's Agreement aufgrund verschiedener Umstände eindeutig verstanden hätten, dass sie sich offen von dieser Vereinbarung distanziert habe, doch ändert dies nichts an der Feststellung, dass es, da sie an

71 — Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 119), das auf das Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2004:6, Rn. 81) verweist.

72 — Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 120).

73 — „Da die Feststellung der Dauer einer Zuwiderhandlung eine Tatsachenfrage ist, unterliegt sie nach Rechtsmitteleinlegung außer bei einer Verfälschung der Beweismittel nicht der Kontrolle des Gerichtshofs. Dies gilt insbesondere für die Anwendung der ‚Begriffe der offenen Distanzierung und der Kontinuität einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ...‘“ (L. Bernardeau und J.-Ph. Christienne, *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, Nr. II.1314).

74 — Urteil Quinn Barlo u. a./Kommission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, Rn. 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, Nr. 56.

den verschiedenen Treffen einschließlich des Treffens in Wien teilgenommen hatte, nach der vorstehend angeführten Rechtsprechung ihre Sache war, den Beweis zu erbringen, dass sie sich offen von dem Gentlemen's Agreement distanziert hatte⁷⁶ und dass ihre Absicht von den anderen Beteiligten des Kartells auch tatsächlich so verstanden wurde⁷⁷.

133. In diesem Rahmen prüfte das Gericht die Beweismittel, die Toshiba ihm zur Beurteilung vorgelegt hatte, insbesondere das Protokoll des Treffens in Wien, den internen Vermerk von Fuji über das genannte Treffen und den erläuternden Vermerk von Fuji über dieses Treffen, der ihrer im Rahmen der Kronzeugenregelung abgegebenen Erklärung beigelegt war⁷⁸.

134. Toshiba hat die Beurteilung des Gerichts insoweit nicht beanstandet⁷⁹, mit Ausnahme der Rn. 209 und 211 des angefochtenen Urteils, und zwar im Rahmen des ersten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes. Diesbezüglich bin ich zu dem Schluss gelangt, dass die Prüfung der Dokumente, auf die sich das Gericht stützte, nicht ergibt, dass die in ihnen enthaltenen tatsächlichen Angaben eindeutig verfälscht wurden oder dass die Begründung des Gerichts widersprüchlich ist.

135. Diese Dokumente belegen vielmehr, dass die zukünftige Teilnahme von Toshiba an den nächsten Treffen nicht sicher war und dass bis zur Entscheidung hierüber das Gentlemen's Agreement bestätigt wurde.

136. Da Toshiba somit die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts in Frage stellen will und eine Verfälschung der Beweismittel nicht vorliegt, ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes unzulässig.

137. Bezüglich des dritten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes bin ich der Auffassung, dass das Gericht keinen Rechtsfehler beging, als es die Rügen von Toshiba, die zum einen die Deutung, die die Kommission der Rolle des Herrn R. bei dem Treffen in Zürich gab, und zum anderen die fehlende Wettbewerbswidrigkeit des Treffens in Zürich betrafen, für nicht stichhaltig erklärte.

138. Das Gericht ging zu Recht davon aus, dass die genannten Rügen – falls sie begründet seien – nicht geeignet seien, die Feststellung der Kommission, dass Toshiba bis zum 15. Mai 2003 an dem Gentlemen's Agreement teilgenommen habe, in Frage zu stellen. Das Gericht gelangte in Rn. 220 des angefochtenen Urteils zwar zu dem Schluss, dass „[s]elbst wenn die Klägerin nicht an dem Treffen in Zürich teilgenommen hätte und dieses Treffen keinen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt hätte, ... davon ausgegangen werden [müsste], dass die Klägerin mangels offener Distanzierung von dem Gentlemen's Agreement bis zum genannten Treffen an ihm beteiligt war“, doch stützte es sich hierbei auf die Ausführungen in den Rn. 205 bis 214 des Urteils. Nun ist nicht nur Rn. 220 nicht Gegenstand des Rechtsmittels, sondern aus den Rn. 205 bis 214 ergibt sich, wie vorstehend ausgeführt, auch nicht, dass die vom Gericht geprüften Tatsachen und/oder Beweismittel verfälscht wurden.

139. Das Gericht ging schließlich in Rn. 221 des angefochtenen Urteils auch zu Recht davon aus, dass sich Toshiba nicht mit Erfolg darauf habe berufen können, dass ihre Beteiligung am Gentlemen's Agreement mit der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens TM T&D am 1. Oktober 2002 beendet gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie sich von dem streitigen Kartell nicht im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs offen distanziert, da es insoweit entscheidend auf das Verständnis ankommt, das die übrigen Kartellteilnehmer von der Absicht des betreffenden Unternehmens haben⁸⁰. Am Ende des Treffens in Wien und vor dem 1. Oktober 2002 war es nämlich für die anderen Teilnehmer noch nicht sicher, ob Toshiba und/oder TM T&D anwesend sein würden. Die

76 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Comap/Kommission (C-290/11 P, EU:C:2012:271, Rn. 76).

77 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 120).

78 — Vgl. Rn. 207 des angefochtenen Urteils.

79 — Das heißt Rn. 208 bis 214 des angefochtenen Urteils.

80 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 120).

Teilnehmer hatten vielmehr zum einen das Gentlemen's Agreement und die zum Kartell gehörenden Regeln über die Benachrichtigung von Projekten bestätigt und zum anderen die Auffassung vertreten, dass kein Interesse daran bestehe, das Gentlemen's Agreement ohne die Beteiligung von Toshiba aufrechtzuerhalten.

140. Der dritte Rechtsmittelgrund ist folglich teilweise unzulässig und teilweise unbegründet.

D – Vierter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Festsetzung der Geldbuße

141. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund wirft Toshiba dem Gericht eine fehlerhafte Anwendung der Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 vor, weil das Gericht es gebilligt habe, dass die Kommission die Weltmarktanteile der Kartellteilnehmer zur Berechnung der fiktiven Umsätze im EWR herangezogen habe.

142. Nach Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 kann - soweit sich eine Zuwiderhandlung in einem Gebiet auswirkt, das über das Gebiet des EWR hinausreicht - die Kommission, um sowohl den aggregierten Umsatz im EWR als auch das jeweilige Gewicht der einzelnen Unternehmen bei der Zuwiderhandlung wiederzugeben, den Gesamtwert des Umsatzes mit den betreffenden Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in Zusammenhang stehen, im gesamten (über den EWR hinausreichenden) relevanten räumlichen Markt schätzen, den Anteil der einzelnen beteiligten Unternehmen am Umsatz auf diesem Markt ermitteln und diesen Anteil auf den aggregierten Umsatz derselben Unternehmen innerhalb des EWR anwenden.

143. Diese Bestimmung der Leitlinien ist meines Wissens, abgesehen vom Urteil ICF/Kommission (C-467/13 P, EU:C:2014:2274)⁸¹, vom Gerichtshof noch nicht ausgelegt worden.

144. Da jedoch Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 eine Ausnahme von dem in Ziff. 13 dieser Leitlinien niedergelegten Grundsatz ist, können die Hinweise zu der letztgenannten Ziffer und der Kontext, in dem diese steht, bei der Bestimmung der Tragweite der Ziff. 18 hilfreich sein.

145. Insoweit ist der Hinweis sinnvoll, dass die Leitlinien von 2006 erlassen wurden, um die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen zu erhöhen, die die Kommission aufgrund von Art. 23 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 [EG] und 82 [EG] niedergelegten Wettbewerbsregeln⁸² erlässt.

146. Dieser Artikel soll u. a. eine hinreichende Abschreckungswirkung der Geldbuße sicherstellen, die die Berücksichtigung der Wirtschaftskraft des betreffenden Unternehmens rechtfertigt⁸³.

147. Der Gerichtshof hat hieraus abgeleitet, dass Ziff. 13 der Leitlinien von 2006 „darauf [abzielt], bei der Berechnung der gegen ein Unternehmen verhängten Geldbuße einen Betrag als Ausgangspunkt festzulegen, der die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht dieses Unternehmens daran wiedergibt“⁸⁴.

81 — Die Frage, mit der sich dieses Urteil befasst, unterscheidet sich jedoch von der, um die es hier geht, da sie den in Ziff. 18 der Leitlinien von 2006 genannten Begriff „Gesamtwert des Umsatzes mit den betreffenden Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in Zusammenhang stehen“, nicht aber den Begriff „(über den EWR hinausreichender) relevanter räumlicher Markt“ betrifft, der in der vorliegenden Rechtssache in Frage steht.

82 — ABl. 2003, L 1, S. 1. Vgl. Ziff. 3 der Leitlinien von 2006.

83 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, Rn. 142).

84 — Ebd. (Rn. 148).

148. Nach Auffassung des Gerichtshofs würde es somit dem mit Ziff. 13 der Leitlinien von 2006 verfolgten Ziel zuwiderlaufen, wenn der Begriff „Umsatz“ dahin zu verstehen wäre, „dass er sich nur auf den Umsatz bezieht, der allein mit Verkäufen erzielt worden ist, bei denen feststeht, dass sie tatsächlich von [dem betreffenden] Kartell betroffen waren“⁸⁵.

149. Wenn Ziff. 18 der genannten Leitlinien von der Abgrenzung des in Ziff. 13 dieser Leitlinien genannten räumlichen Markts abweicht, um ihn über den EWR hinaus zu erweitern, so verfolgt diese Bestimmung dasselbe Ziel, nämlich die möglichst getreue Wiedergabe der Bedeutung, die das Unternehmen für die Zuwiderhandlung hat.

150. Dieses Ziel ist schon durch Art. 23 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1/2003 gerechtfertigt, der eine hinreichende Abschreckungswirkung der Geldbuße sicherstellen soll, indem er die Wirtschaftskraft des betreffenden Unternehmens berücksichtigt.

151. Ein wörtliches Verständnis von Ziff. 18 der Leitlinien von 2006, wonach der „(über den EWR hinausreichende) relevante räumliche Markt“ nur die vom rechtswidrigen Kartell betroffenen Gebiete umfasst, würde daher zwangsläufig die tatsächliche Wirtschaftsmacht des betreffenden Unternehmens unberücksichtigt lassen und könnte folglich dem oben genannten Ziel der Abschreckung zuwiderlaufen.

152. Der vorliegende Fall veranschaulicht dies in perfekter Weise. Hätten nämlich nur die Umsätze im EWR und in Japan Berücksichtigung gefunden, wäre zumindest gegen ein japanisches Kartellmitglied keine Geldbuße verhängt worden, weil es auf dem europäischen Markt keine Umsätze erzielte.

153. Ganz allgemein führt die von Toshiba geltend gemachte restriktive Auslegung von Ziff. 18 der Leitlinien von 2006, wenn eine Vereinbarung über die Marktaufteilung vorliegt, im Ergebnis dazu, dass die Einhaltung dieser Vereinbarung belohnt wird. Hält nämlich das Unternehmen die Vereinbarung ein, erzielt es auf dem Gebiet des Partners keine Umsätze und entgeht damit *de facto* und *de jure* der Geldbuße.

154. Folglich stellte das Gericht zu Recht, und ohne einen Rechtsfehler zu begehen, zum einen in Rn. 281 des angefochtenen Urteils fest, dass, „da die Klägerin an einer Vereinbarung über die Marktaufteilung beteiligt war, die zum Ziel hatte, den Zugang der japanischen Hersteller zum EWR zu beschränken, ... die Kommission zu Recht der Auffassung [war], dass die Anwendung einer Methode, die sich auf ihre tatsächlichen Umsätze im EWR stützt, nicht geeignet sei“, und vertrat zum anderen in Rn. 282 des genannten Urteils selbst die Auffassung, dass „angesichts der Art der in Rede stehenden Zuwiderhandlung eine Methode, die die Weltmarktanteile berücksichtigt, geeignet ist, das Gewicht der Zuwiderhandlung wiederzugeben“.

155. Im Übrigen werden die Leitlinien zwar vom Gerichtshof allgemein als eine Verhaltensnorm verstanden, von der die Kommission nicht abweichen kann, ohne wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes mit einer Sanktion belegt zu werden⁸⁶, doch hat der Gerichtshof auch klargestellt, dass diese Richtlinien für die Kommission eine Verhaltensnorm bleiben, die einen *Hinweis* auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Kommission im Einzelfall abweichen kann, sofern sie Gründe angibt, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind⁸⁷.

85 — Vgl. Urteil Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, Rn. 57).

86 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, EU:C:2009:166, Rn. 60).

87 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Quinn Barlo u. a./Kommission (C-70/12 P, EU:C:2013:351, Rn. 53).

156. Diese Möglichkeit wird im Übrigen ausdrücklich in Ziff. 37 der Leitlinien von 2006 vorgesehen, wonach „die besonderen Umstände eines Falles oder die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung ein Abweichen von dieser [in den Richtlinien für die Berechnung der Geldbußen dargelegten allgemeinen] Methode ... rechtfertigen [können]“.

157. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Kommission in ihrer Entscheidung sehr wohl begründete, weshalb es gerechtfertigt war, die weltweiten Umsätze und nicht die Umsätze heranzuziehen, die in den von der Zuwiderhandlung betroffenen Gebieten erzielt worden waren. Zum einen geschah dies, „weil die Umsätze der Unternehmen im EWR und in Japan das Gewicht des einzelnen Unternehmens bei der Zuwiderhandlung nicht angemessen wiedergeben“⁸⁸, und zum anderen, weil dann, wenn „nur die Verkäufe von Leistungstransformatoren im EWR und in Japan berücksichtigt werden dürften, ... die gegen Fuji verhängte Geldbuße gleich Null [wäre]“⁸⁹.

158. Die Kommission stützte ihre Entscheidung im Übrigen bewusst auf Ziff. 37 der Leitlinien von 2006, indem sie feststellte, dass „jede andere Methode für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbuße [als die im vorliegenden Fall angewandte] zu einem willkürlichen und unausgewogenen Ergebnis führen würde *und keine Abschreckungswirkung hätte*“⁹⁰.

159. Der vierte Rechtsmittelgrund ist daher ebenfalls unbegründet.

VI – Kosten

160. Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der nach Art. 184 Abs. 1 dieser Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission die Verurteilung von Toshiba in die Kosten beantragt hat und diese mit ihren Rechtsmittelgründen nicht durchgedrungen ist, sind ihr die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

VII – Ergebnis

161. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen und
- der Toshiba Corporation die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

⁸⁸ — Rn. 229 der streitigen Entscheidung.

⁸⁹ — Rn. 235 der streitigen Entscheidung.

⁹⁰ — Ebd. (Rn. 236). Hervorhebung nur hier.