

Amtsblatt

der Europäischen Union

ISSN 1725-2539

L 75

47. Jahrgang

12. März 2004

Ausgabe
in deutscher Sprache

Rechtsvorschriften

Inhalt

I Veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte

.....

II Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte

Kommission

2004/206/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 17. Dezember 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache Nr. COMP/C.37.671 — Geschmacksverstärker) ⁽¹⁾ (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2002) 5091)** 1

2004/207/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Rahmenvertrag über Gemeinsame Netznutzung) ⁽¹⁾ (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 2432)** 32

2004/208/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 16. Oktober 2003 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sachen COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) ⁽¹⁾ (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 3703)** 59

⁽¹⁾ Text von Bedeutung für den EWR

Preis: 22,00 EUR

DE

Bei Rechtsakten, deren Titel in magerer Schrift gedruckt sind, handelt es sich um Rechtsakte der laufenden Verwaltung im Bereich der Agrarpolitik, die normalerweise nur eine begrenzte Geltungsdauer haben.

Rechtsakte, deren Titel in fetter Schrift gedruckt sind und denen ein Sternchen vorangestellt ist, sind sonstige Rechtsakte.

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION**ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**

vom 17. Dezember 2002

in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen

(Sache Nr. COMP/C.37.671 — Geschmacksverstärker)

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2002) 5091)

(Nur der englische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2004/206/EG)

INHALTSVERZEICHNIS

Seite**TEIL I — SACHVERHALT**

A.	Zusammenfassung des Verstoßes	3
B.	Das Nucleotidgeschäft	3
1.	Das Erzeugnis	3
2.	Die Erzeuger	3
3.	Der Markt	4
C.	Verfahren	6
D.	Beschreibung der Ereignisse	7
1.	Teilnehmer und Organisation des Kartells	7
2.	Die wesentlichen Merkmale des Kartells	7
3.	Erste Kontaktaufnahmen	8
4.	Funktionieren der Kartellvereinbarung	10

TEIL II — RECHTLICHE WÜRDIGUNG

A.	Zuständigkeit (Anwendung des EG-Vertrags und des EWR-Abkommens)	16
1.	Verhältnis zwischen EG-Vertrag und EWR-Abkommen	16
B.	Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen	17
1.	Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen	17
2.	Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	17
3.	Einzelner fortdauernder Verstoß	18
4.	Einschränkung des Wettbewerbs	18
5.	Auswirkung auf den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten und den Vertragsparteien des EWR-Abkommens	19
6.	Auf Österreich, Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen und Schweden anwendbare Bestimmungen der Wettbewerbsregeln	20
C.	Adressaten	20
1.	Anwendbare Grundsätze	20
2.	Adressaten der Entscheidung	20
D.	Dauer des Verstoßes	21
E.	Abhilfemaßnahmen	22
1.	Artikel 3 der Verordnung Nr. 17	22
2.	Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17	23

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (1), zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2), insbesondere Artikel 3 und Artikel 15,

im Hinblick auf die Entscheidung der Kommission vom 10. Juli 2002, das Verfahren in dieser Sache einzuleiten,

nachdem den beteiligten Unternehmen Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und Verordnung (EG) Nr. 2842/98 der Kommission vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (3) zu äußern,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

gestützt auf den Schlussbericht des Anhörungsbeauftragten (4),

in Erwägung nachstehender Gründe:

TEIL I — SACHVERHALT

A. ZUSAMMENFASSUNG DES VERSTOSSES

- (1) Die vorliegende Entscheidung ist an die folgenden Unternehmen gerichtet:
- Ajinomoto Company, Incorporated,
 - Takeda Chemical Industries Limited,
 - Daesang Corporation,
 - Cheil Jedang Corporation.
- (2) Der Verstoß besteht in der Beteiligung der genannten Erzeuger von Nucleotiden an einer fortlaufenden Vereinbarung, die im Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen für die Gemeinschaft bzw. den EWR steht und auf deren Grundlage die Preise des Erzeugnisses festgesetzt wurden, Preiserhöhungen umgesetzt wurden, Abnehmer zugewiesen wurden und ein Schema zur Überwachung und Durchsetzung ihrer Vereinbarungen geschaffen wurde.

(1) Abl. 13 vom 21.2.1962, S. 204/62.

(2) Abl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

(3) Abl. L 354 vom 30.12.1998, S. 18.

(4) Abl. C 64 vom 12.3.2004.

- (3) Die Unternehmen waren von November 1988 bis Juni 1998 (5) an dem Verstoß beteiligt.

B. DAS NUCLEOTIDGESCHÄFT

1. DAS ERZEUGNIS

- (4) Nucleinsäure oder Nucleotid wird durch Fermentierung, Trennung, Kristallisierung und Filtrierung aus Glukose hergestellt.
- (5) Es gibt zwei Nucleotide, die als Geschmacksverstärker von Lebensmitteln verwendet werden, nämlich Disodium 5'-Inosinat (IMP) und Disodium 5'-Guanylat (GMP). Beide Nucleotide werden auch als Mischform dieser zwei Erzeugnisse verkauft, z. B. I&G, eine Mischung der zwei Nucleotide im Verhältnis 50:50.
- (6) IMP war das erste Nucleotid, bei dem die geschmacksverstärkende Wirkung in einigen Lebensmitteln festgestellt wurde. Später wurde entdeckt, dass GMP über die gleichen Eigenschaften verfügt. Beide Erzeugnisse kommen nur in geringen Mengen zur Anwendung. Ihre geschmacksverstärkende Wirkung entfalten sie nur in Gegenwart eines Glutamats, z. B. des Mononatriumglutamats („MSG“), das zugesetzt werden kann, oder des natürlichen Glutamats, das z. B. in Tomaten enthalten ist. Zu den weiteren Anwendungsbereichen von IMP und GMP zählen Rezepturen mit niedrigem Natriumgehalt. Geschmacksverstärkende Nucleotide werden von den großen Nahrungsmittelerzeugern zur Geschmacksverstärkung von Lebensmitteln verwendet, entweder alleine (mit natürlich vorkommendem Glutamat) oder, was am häufigsten der Fall ist, in Kombination mit MSG.
- (7) In ihrer Eigenschaft werden sie hauptsächlich für den Ersatz von Rindfleischextrakten, zur Verstärkung von Süß- und Fleischaromen, zum „Überdecken“ bestimmter Aromen in verschiedenen Nahrungsmittelrezepturen und zur Beseitigung von bitterem Geschmack verwendet.

2. DIE ERZEUGER

- a) AJINOMOTO COMPANY, INC. (JAPAN)
- (8) Ajinomoto Company, Inc. („Ajinomoto“) ist letztendlich die Muttergesellschaft einer Gruppe von Unternehmen, die chemische Erzeugnisse, u. a. auch Nucleotide und Lebensmittel, herstellen. Aufgrund ihrer Kapazitäten in der Aminosäuretechnologie beschäftigt sich die Unternehmensgruppe auch mit der Entwicklung und Herstellung von Arzneimitteln. Ajinomoto ist in 21 Ländern mit Erzeugungs- und Vertriebsrichtungen vertreten.
- (9) In Japan betreibt Ajinomoto Produktionsanlagen zur Nucleotiderzeugung.

(5) Konkrete Angaben zu jedem Unternehmen siehe Abschnitt „Dauer des Verstoßes“.

(10) Zu den europäischen Konzerngesellschaften zählen Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hamburg, Deutschland), Ajinomoto Eurolysine (Paris, Frankreich), OmniChem (Louvain-la-neuve, Belgien) und Forum Holdings Ltd (Vereinigtes Königreich).

(11) Im Jahr erwirtschafteten sämtliche zum Ajinomoto-Konzern gehörenden Unternehmen weltweit einen Umsatz von 8,68 Mrd. EUR.

b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LIMITED (JAPAN)

(12) Takeda Chemical Industries Ltd („Takeda“) ist letztendlich die Muttergesellschaft einer Gruppe von Unternehmen, die Arzneimittel, chemische Erzeugnisse, Vitamine für Großabnehmer, Pflanzenschutzprodukte und Nahrungsmittelzusätze, wie z. B. Nucleotide, herstellen.

(13) Der Vertrieb der Nucleotide wird auf den EWR-Märkten von Mitsui & Co. (Japan) organisiert. Es existieren jedoch mehrere lokale Tochtergesellschaften, die für den Absatz in Europa zuständig sind: Mitsui & Co. Deutschland GmbH (für den Absatz in Westeuropa (einschließlich Deutschland, Niederlande, Portugal und Schweiz), Nordeuropa, Osteuropa und Türkei)), Mitsui & Co. UK Plc (für den Absatz im Vereinigten Königreich und in Irland) sowie Mitsui & Co. France SA (für den Absatz in Frankreich).

(14) Im Geschäftsjahr vom 1. April 2001 bis 31. März 2002 erwirtschaftete Takeda weltweit einen Gesamtumsatz in Höhe von 9,247 Mrd. EUR ⁽⁶⁾.

c) DAESANG CORPORATION (SÜDKOREA)

(15) Daesang Corporation („Daesang“) ist letztendlich die Muttergesellschaft einer weltweit operierenden Gruppe, zu deren Aktivitäten die Herstellung von Würzmitteln, Tierfutter und Aminosäuren zählt. Die Gesellschaft wurde im November 1997 durch die Fusion von Daesang Industrial Limited und Miwon Corporation Limited geschaffen. Daesang Industrial Limited war früher unter der Bezeichnung Sewon Corporation Limited und Miwon Corporation unter der Bezeichnung Miwon Foods Corporation Limited („Daesang“ oder „Miwon“) bekannt.

(16) Seit September 1994 ist Daesang Europe BV die europäische Vertriebsgesellschaft der Daesang Corporation für Nucleotide. Die Haupttätigkeit der Daesang Europe besteht im Verkauf von Nucleotiden an unabhängige Händler im EWR.

(17) Der von Daesang 2001 erwirtschaftete Umsatz betrug weltweit 1,382 Mrd. EUR ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Es wurde der folgende Wechselkurs zugrunde gelegt: 1 EUR = 108,682 JPY (Eurostat-Referenzdatenbank — Wechselkurs 2001).

⁽⁷⁾ 1 EUR = 1 154,83 KRW (Eurostat-Referenzdatenbank — Wechselkurs 2001).

d) CHEIL JEDANG CORPORATION (SÜDKOREA)

(18) Cheil Jedang Corporation („Cheil“) ist letztendlich die Muttergesellschaft einer weltweit operierenden Unternehmensgruppe. Sie wurde 1953 als erste produzierende Konzerngesellschaft des südkoreanischen Samsungkonzerns gegründet. 1993 wurde die Cheil Jedang Corporation unabhängig. Bei Cheil handelt es sich um eine diversifizierte Gesellschaft, die sich u. a. auf Arzneimittel und Nahrungsmittel konzentriert. Der Nucleotidmarkt wurde von Cheil 1977 erschlossen.

(19) Cheil ist im EWR über ihre Tochtergesellschaft CJ Europe GmbH, die sich vollständig in ihrem Eigentum befindet, sowie über verschiedene unabhängige Händler tätig.

(20) Im Jahr 2001 erwirtschafteten alle Unternehmen des Cheil-Konzerns zusammen einen Umsatz von 1,976 Mrd. EUR ⁽⁸⁾.

3. DER MARKT

a) ANGEBOTSSSEITIG

1. Produktion

(21) Zu den vier Haupterzeugern der Nucleotide zählen Ajinomoto, Takeda, Cheil und Daesang. Während des Verstoßes wurden Nucleotide auch von den beiden japanischen Unternehmen Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd („Kyowa“) ⁽⁹⁾ und Yamasa Corporation („Yamasa“) erzeugt ⁽¹⁰⁾.

(22) Die weltweite Nucleotidproduktion betrug 1997 etwa 10 700 t, 1992 hatte sie noch etwa 6 660 t betragen.

(23) Weder die japanischen noch die koreanischen Nucleotidhersteller verfügen in der Gemeinschaft über Produktionseinrichtungen. Cheil hat eine Produktionsanlage in Indonesien, Kyowa hat kürzlich eine Produktionsanlage in den USA errichtet.

2. Vertrieb

(24) Die oben genannten japanischen und südkoreanischen Nucleotidhersteller verkaufen das Produkt auf dem EWR-Markt über Vertriebstöchter und unabhängige Händler, die in verschiedenen Mitgliedstaaten angesiedelt sind.

(25) Seit September 1994 verkauft Daesang über ihre Tochtergesellschaft Daesang Europe BV, die sich zur Gänze in ihrem Besitz befindet, Nucleotide in Europa. Daesang Europe BV importiert Nucleotide aus Asien und verkauft sie hauptsächlich an unabhängige Händler im EWR.

⁽⁸⁾ 1 EUR = 1,13404 USD (Eurostat-Referenzdatenbank — Wechselkurs 2001).

⁽⁹⁾ Kyowa Hakko stellte die Ausfuhr von Nucleotiden nach Europa 1992 ein.

⁽¹⁰⁾ Yamasa Corporation stellte die Lieferung von Geschmacksverstärkern nach Europa 1994 ein.

- (26) Ajinomoto organisiert den Verkauf von Nucleotiden im EWR über ihre für den Absatz zuständige Tochtergesellschaft Ajinomoto Europe Sales GmbH, die ihren Sitz in Hamburg, Deutschland, hat, sowie über unabhängige Händler.
- (27) Cheil setzt Nucleotide im EWR über ihre Tochtergesellschaft CJ Europe GmbH ab, die sich zur Gänze in ihrem Eigentum befindet, sowie über unabhängige Händler.
- (28) Bei Takeda erfolgt der Verkauf von Nucleotiden im EWR über einen unabhängigen Händler, der das Erzeugnis über seine in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich angesiedelten Tochtergesellschaften vertreibt.
- b) NACHFRAGESEITIG
- (29) Die Nachfrage nach Nucleotiden hängt direkt mit der Nahrungs- und Genussmittelindustrie zusammen. Wie bereits erwähnt, werden Nucleotide in erster Linie von den wichtigen Nahrungsmittelerzeugern zur Verstärkung des Geschmacks von Nahrungsmitteln verwendet.
- (30) Zwischen 1992 und 1999 wuchs der Nucleotidmarkt rasch: Der Verbrauch lag zwar weltweit noch bei etwa 4 465 t, 1999 lag diese Zahl jedoch bei weit über 9 000 t. Der Nucleotidverbrauch in der Gemeinschaft stieg 1999 schätzungsweise von etwa 200 t auf über 500 t.
- (31) Nach den besten Schätzungen der Kommission hatte der EWR-weite Markt 1997 einen Wert in der Größenordnung von 12 Mio. EUR. Im Jahr 2000 war Nucleotidmarkt im EWR etwa 7,5 Mio. EUR wert.
- (32) Man schätzt, dass die drei Hauptkunden in Europa — [...] (*) (*), [...] (*) (einschließlich [...] *) (*), ein Unternehmen, das von [...] *) während der 90er Jahre erworben wurde) und [...] *) — jährlich zwischen 45 % und 55 % des in Europa verkauften Nucleotidvolumens abnehmen. Betrachtet man die Unternehmen getrennt, so kauft [...] *) etwa 20 % und [...] *) 15 % aller nach Europa eingeführten Nucleotide.
- c) MARKTINFORMATION
- (33) Das Nucleotidgeschäft ist im Grunde weltumspannend. Die wichtigsten Nucleotidhersteller sind große multinationale Gesellschaften, die ihren Sitz in Japan und Südkorea haben. Obwohl die Produktion hauptsächlich in Asien beheimatet ist, erstreckt sich der Absatz über die ganze Welt (im Wesentlichen über die drei großen geografischen Gebiete — Nordamerika, Europa und Asien). Der geografisch relevante Markt für Nucleotide ist daher als weltweit zu beschreiben.
- (34) Sämtliche im EWR verkaufte Nucleotide werden aus Gebieten eingeführt, die außerhalb des EWR liegen.
- (35) Bis zum 30. April 1998 ⁽¹¹⁾ kam den südkoreanischen Erzeugern eine Präferenz Zollregelung der Gemeinschaft zugute.
- (36) Der Stamm, auf dem die Herstellung der gewerblich genutzten Nucleotide im Wesentlichen beruht, ist (wie auch der Produktionsprozess selbst) patentiert worden. Zu den weiteren Faktoren, die die Wahl des Anbieters durch den Abnehmer beeinflussen können, zählen die Qualität des Produkts, der Preis, die Lieferung und die technische Unterstützung.
- (37) Von Anfang 1988 bis Ende 1997 blieben die durchschnittlichen monatlichen Nucleotidpreise im EWR ziemlich stabil (etwa zwischen 22 und 27 EUR/kg). Nach diesem Zeitraum begannen die Nucleotidpreise beträchtlich zu fallen (1999 wurden die Preise durchschnittlich auf 12 bis 16 EUR, im Jahr 2000 auf 8 bis 12 EUR geschätzt).
- d) ZWISCHENSTAATLICHER HANDEL
- (38) Im Zeitraum, der Gegenstand dieser Entscheidung ist, war der Nucleotidmarkt durch wichtige Handelsflüsse zwischen den gegenwärtigen Mitgliedstaaten und auch zwischen den Vertragsparteien des EWR-Abkommens gekennzeichnet.
- (39) Sämtliche Unternehmen vermarkteten das Erzeugnis in nahezu jedem Mitgliedstaat, entweder über mit dem Absatz betraute Tochtergesellschaften oder über in der Gemeinschaft ansässige Händler.
- (40) So verkauft z. B. Daesang Nucleotide in der gesamten Gemeinschaft über die in den Niederlanden gegründete Daesang Europe BV. Cheil und Ajinomoto operieren auf ähnliche Weise. Andererseits vermarktet Takeda seine Nucleotide über einen unabhängigen Händler, der Vertriebsstöchter in Deutschland, dem Vereinigten Königreich und Frankreich hat. Die deutsche Niederlassung ist praktisch für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft verantwortlich, ausgenommen Frankreich, das Vereinigte Königreich und Irland, wo weitere Tochtergesellschaften etabliert sind.

⁽¹¹⁾ 1.1.1989 bis 31.12.1989: 0 % (APS) Verordnung (EWG) Nr. 4257/88 des Rates vom 19. Dezember 1988 zur Anwendung allgemeiner Zollpräferenzen für bestimmte gewerbliche Waren mit Ursprung in Entwicklungsländern im Jahr 1989 (Abl. L 375 vom 31.12.1988, S. 1); 1.1.1990 bis 31.12.1990: 0 % (APS) Verordnung (EWG) Nr. 3896/89 des Rates vom 18. Dezember 1989 zur Anwendung allgemeiner Zollpräferenzen für bestimmte gewerbliche Waren mit Ursprung in Entwicklungsländern im Jahr 1990 (Abl. L 383 vom 30.12.1989, S. 1); 1.1.1991 bis 31.12.1994: 0 % (APS) Verordnung (EWG) Nr. 3831/90 des Rates vom 20. Dezember 1990 zur Anwendung allgemeiner Zollpräferenzen für bestimmte gewerbliche Waren mit Ursprung in Entwicklungsländern im Jahr 1991 (Abl. L 370 vom 31.12.1990, S. 1); 1.1.1995 bis 30.4.1998: 0 % (APS) Verordnung (EG) Nr. 3281/94 des Rates vom 19. Dezember 1994 über ein Mehrjahresschema allgemeiner Zollpräferenzen für bestimmte gewerbliche Waren mit Ursprung in Entwicklungsländern für den Zeitraum 1995-1998 (Abl. L 348 vom 31.12.1994, S. 1).

(*) Vertrauliche Informationen wurden gestrichen; die betreffenden Textstellen sind in eckige Klammern gesetzt und mit einem Sternchen gekennzeichnet.

- (41) Dementsprechend wurde ein beträchtlicher Teil der Nucleotidmengen in der Gemeinschaft im zwischenstaatlichen Handel abgesetzt.
- (42) Während des Zeitraums, in dem der Verstoß begangen wurde, und seit der Schaffung des EWR wurden Nucleotide auch an Abnehmer im EWR verkauft, vor allem über die Vertriebstöchter und die bereits in der Gemeinschaft angesiedelten Händler.

C. VERFAHREN

a) VERFAHREN DER KOMMISSION

- (43) Am 9. September 1999 ließ das japanische Unternehmen Takeda die Kommission auf der Grundlage der Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen⁽¹²⁾ („Kronzeugenregelung“) wissen, dass im Nucleotidmarkt ein Kartell besteht und dass das Unternehmen selbst zur uneingeschränkten mit der Kommission bereit ist. Am 14. September 1999 übergab Takeda der Kommission eine Akte, in der bestimmte für den Fall relevante Dokumente enthalten waren.
- (44) Am 1. Februar 2000 wandte sich Daesang an die Kommission, bestätigte die Existenz eines Kartells für Nucleotide und brachte seine Absicht zum Ausdruck, mit der Kommission bei deren Ermittlungen voll zusammenarbeiten zu wollen.
- (45) Am 21. Februar 2000 richtete die Kommission Auskunftsverlangen an Ajinomoto, Cheil, Daesang und Kyowa, mit dem Ersuchen, die Kontakte zu den Wettbewerbern im Zeitraum 1992 bis 1999 ausführlich zu erläutern.
- (46) Aufgrund der im Laufe des Jahres 2000 eingelangten Informationen wurde klar, dass das Kartell schon vor 1992 bestanden hatte, so dass die Kommission am 11. Juni 2001 zusätzliche Auskunftsverlangen an Takeda, Ajinomoto, Daesang und Cheil betreffend den Zeitraum zwischen 1988 und 1992 richtete.
- (47) In seiner Antwort auf das erste Auskunftsverlangen der Kommission (datiert mit 3. April 2000 und mit 21. April 2000) gab Daesang zu, an Treffen mit Wettbewerbern teilgenommen zu haben, und überließ der Kommission bestimmte Dokumente, aus denen der Zweck, das Datum und die Teilnehmer verschiedener Treffen ersichtlich waren. Am 10. Mai 2001 reichte Daesang eine Ergänzende Darstellung ein.
- (48) Ajinomoto beantwortete das Auskunftsverlangen der Kommission am 3. April 2000 und am 5. Mai 2000 mit der Übergabe gewisser Unterlagen, die sich auf die Treffen bezogen, und der Absichtserklärung, der Kommission in ihrem Verfahren seine volle Zusammenarbeit zuteil werden zu lassen. In seiner Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission mit Eingangsstempel vom 17. April 2000 gab Cheil zu, an den Treffen der Wettbewerber teilgenommen zu haben, teilte der Kommission weitere Einzelheiten mit und übergab weitere Unterlagen über diese Treffen. Außerdem brachte Cheil seine Absicht zum Ausdruck, mit der Kommission bei den Ermittlungen uneingeschränkt zusammenarbeiten zu wollen. Kyowa beantwortete das Auskunftsverlangen der Kommission am 4. Mai 2000 mit der Abgabe einer Erklärung, in der das Unternehmen seine Teilnahme an Treffen der Wettbewerber bis Ende 1993 zugab, und brachte ebenfalls seine Absicht zum Ausdruck, bei den Ermittlungen uneingeschränkt mit der Kommission zusammenarbeiten zu wollen. Kyowa wies auch nach, dass es die Lieferung von Nucleotiden zum Zweck der Geschmacksverstärkung in Europa seit 1992 eingestellt hatte.
- (49) Am 20. Oktober 2000 gab Takeda gegenüber der Kommission eine Erklärung der Geschäftsführung ab, die sich auf bestimmte wettbewerbsfeindliche Maßnahmen von Takeda in der Gemeinschaft bezog und die die am 14. September 1999 übergebenen Unterlagen ergänzte. In der Erklärung der Geschäftsführung macht Takeda ausführliche Angaben zum Kartell, zu seiner Struktur, seinen Grundregeln und den Treffen der Wettbewerber.
- (50) Wie vorstehend erwähnt, übermittelte die Kommission am 11. Juni 2001 ein zweites Auskunftsverlangen, das den Zeitraum 1988-1992 betraf. In seiner Antwort vom 20. Juli 2001 stellte Takeda zusätzliche Informationen über das Funktionieren des Kartells vor 1992 zur Verfügung.
- (51) Hingegen teilte Ajinomoto in seiner Antwort vom 30. Juli 2001 mit, dass es für den Zeitraum 1988-1991 über kein Referenzmaterial für Treffen mit Wettbewerbern im Nucleotidsektor verfüge. Ajinomoto räumte jedoch ein, dass solche Treffen von Zeit zu Zeit stattgefunden haben müssen.
- (52) In seiner Antwort vom 23. Juli 2001 bestätigte Daesang seine Teilnahme am Kartell ab Oktober 1988.
- (53) Cheil stellte in seiner am 14. August 2001 übermittelten Antwort fest, dass nach seinem Dafürhalten der europäische Markt bei den Treffen zwischen 1988 und 1991 nicht besprochen worden sei.
- (54) Am 24. Oktober 2001 und am 20. Dezember 2001 richtete die Kommission ein Auskunftsverlangen an Yamasa. In ihrer Antwort vom 17. Januar 2002 wies Yamasa nach, dass sie die Lieferungen geschmacksverstärkender Nucleotide nach Europa ab Juli 1994 eingestellt hatte.
- (55) Am 24. Oktober 2001 und am 31. Januar 2002 trafen Vertreter von Ajinomoto mit der Kommission zusammen, um die Mitwirkung bei der Aufklärung zu besprechen. Am 17. Dezember 2001 und 31. Januar 2002 wurden von Ajinomoto zusätzliche Memoranden überreicht.
- (56) Am 10. Juli 2002 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Ajinomoto, Takeda, Daesang und Cheil.

(12) ABl. C 207 vom 18.7.1996, S. 4.

D. BESCHREIBUNG DER EREIGNISSE

1. TEILNEHMER UND ORGANISATION DES KARTELLS

- (57) Die Treffen fanden im Allgemeinen auf höchster Ebene (Direktor und Manager) statt, was auch aus dem in der Akte enthaltenen Beweismaterial hervorgeht, in dem Daten, Orte und Teilnehmer der meisten Kartelltreffen aufgeführt sind⁽¹³⁾.
- (58) Kyowa und Yamasa zogen sich vom Verkauf außerhalb Japans 1992 bzw. 1994 zurück, so dass nur Ajinomoto, Takeda, Cheil und Daesang als Akteure auf den Weltmärkten (außerhalb Japans) übrig blieben. Die Treffen waren daher ab Oktober 1994 auf Takeda, Ajinomoto, Cheil und Daesang beschränkt, was auch aus der Akte der Kommission hervorgeht⁽¹⁴⁾.
- (59) Die Teilnehmer trafen sich gewöhnlich in der zweiten August-/Septemberhälfte, bevor die jährlichen Angebote an die drei (anfänglich vier) großen europäischen gewerbsmäßigen Verbraucher von Nucleotiden — [...]*, [...]*, [...]* (und [...]*, die in den 90er Jahren von [...]* erworben wurde) — ausgesendet wurden. Diese Preise wurden dann in der Regel als Maßstab für die Festsetzung der Verkaufspreise für andere Abnehmer⁽¹⁵⁾ und für die gegenseitige Zuweisung dieser Abnehmer verwendet.
- (60) Zwischen dem darauf folgenden Januar und März hielten die Erzeuger dann üblicherweise ein Treffen ab, bei dem die Ergebnisse der jährlichen Vertragsverhandlungen mit den drei großen Abnehmern überprüft und die auf dem Markt allgemein anwendbaren Preise besprochen wurden⁽¹⁶⁾.
- (61) Die Teilnehmer trafen sich auch auf bilateraler Ebene, um die multilateralen Treffen vorzubereiten oder die Umsetzung der Vereinbarungen, z. B. in Bezug auf bestimmte Abnehmer, zu überprüfen.

2. DIE WESENTLICHEN MERKMALE DES KARTELLS

GRUNDSÄTZE

- (62) Struktur, Organisation und der Betrieb des Kartells beruhten auf einer gemeinsamen Einschätzung des Marktes. Wie vorstehend erwähnt, erkannten die Erzeuger, dass der Markt in Europa hauptsächlich aus drei industriellen Nucleotid-Großabnehmern bestand: [...]*, [...]* (das [...]* in den 90er Jahren erworben hatte) und [...]*. Diese drei Unternehmen allein nahmen jährlich etwa 45-55 % der gesamten in Europa abgesetzten Nucleotidmengen ab.

- (63) Der Zweck der Kartelltreffen bestand darin, die allgemeinen Entwicklungen auf dem Nucleotidmarkt zu diskutieren, Informationen über Preise auszutauschen und die Aufteilung der jährlichen Nucleotidkaufverträge, die mit den drei industriellen Großabnehmern in der Gemeinschaft abgeschlossen wurden, zu besprechen. Bei den Treffen wurde auch darüber gesprochen, dass die Preise, zu denen die Nucleotide an diese drei Unternehmen verkauft wurden, auch als Richtschnur für die Festsetzung der Verkaufspreise für andere Abnehmer verwendet werden sollten⁽¹⁷⁾.
- (64) Die japanischen Erzeuger erwarben als Teil der Vereinbarung in der Regel das Produkt der koreanischen Erzeuger, die sich als Gegenleistung dazu bereit erklärten, ihren Absatz auf bestimmte Märkte sowie auf bestimmte Abnehmer zu beschränken (sogenannte „Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte“). Tatsächlich war Takeda für die Kompensationsgeschäfte mit Cheil zuständig, während Ajinomoto ähnliche Geschäfte mit Daesang unterhielt⁽¹⁸⁾.
- (65) Die Grundsätze, auf denen das Kartell beruhte, kommen in Takedas Protokoll eines Treffens sehr klar zum Ausdruck. Bei diesem Treffen, das am 25. Juli 1997 zwischen Takeda und Ajinomoto stattfand⁽¹⁹⁾, wurde der neue [...]* von Ajinomoto vorgestellt. Nach Takedas Aussage sei ihm erklärt worden, dass die regelmäßigen Treffen zwischen den Wettbewerbern auf a) die Aufrechterhaltung und Umgestaltung der internationalen Marktpreise b) die Achtung der gegenseitigen Märkte und c) die Zuweisung der Großabnehmer in Europa abzielten.

a) Festsetzung der Preise

- (66) Die Kartellmitglieder vereinbarten die Umsetzung von „Mindestpreisen“ und „Zielpreisen“. Üblicherweise wurden die Preise für den Nucleotidverkauf an die drei großen europäischen Abnehmer festgesetzt; diese Preise verwendete man dann in der Regel für die Festsetzung der Absatzpreise für andere Abnehmer. Jedes Jahr wurde in Bezug auf die drei großen Abnehmer auch ein Zielpreis für das nächste Jahr besprochen⁽²⁰⁾ (siehe z. B. Randnummern 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112-113, 118-120, 124, 127-129, 139-141).
- (67) Die Preise wurden in den meisten Fällen sowohl in USD als auch in DEM festgesetzt. Auf dem europäischen Markt wurde normalerweise die deutsche Mark als Leitwährung verwendet, die bei der Anbotlegung und Verrechnung an die nationalen Abnehmer in die entsprechende nationale Währung umgerechnet wurde.

⁽¹³⁾ Siehe S. 1931-1947 und 1961-1974, S. 316-319, S. 1995 und S. 2174 f. der Akte der Kommission.

⁽¹⁴⁾ Siehe auch S. 2170 f. der Akte der Kommission.

⁽¹⁵⁾ Ajinomoto bezeichnet die anderen Abnehmer (außer [...]*, [...]*, und [...]*) als „den allgemeinen Markt“.

⁽¹⁶⁾ Siehe S. 2170 f. der Akte der Kommission.

⁽¹⁷⁾ Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2170 der Akte der Kommission.

⁽¹⁸⁾ Siehe S. 303 und 1962 der Akte der Kommission.

⁽¹⁹⁾ Siehe S. 2158-2161 der Akte der Kommission.

⁽²⁰⁾ Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2170 f. der Akte der Kommission; siehe auch Daesangs Erklärung auf S. 1933 der Akte der Kommission; siehe auch Daesangs Ergänzende Darstellung auf S. 1963 der Akte der Kommission; siehe auch Kyowas Erklärung auf S. 870 f. der Akte der Kommission; siehe auch Cheils Erklärung auf S. 304 der Akte der Kommission; siehe auch Ajinomotos Memorandum S. 2, Abs. 3 auf S. 2445 der Akte der Kommission.

b) **Zuweisung der Abnehmer (und Aufteilung des Marktes)**

- (68) [...] und [...] wurden traditionell von Takeda beliefert, während [...] traditionell von Ajinomoto bedient wurde⁽²¹⁾. Laut Daesang habe zwischen Takeda und Ajinomoto eine Absprache bestanden, wonach die Parteien sich verpflichteten, nicht an die entsprechenden europäischen Abnehmer der anderen Partei zu liefern⁽²²⁾.
- (69) Um ihre Verkäufe an diese großen europäischen Nucleotidverbraucher zu schützen, schlossen Takeda und Ajinomoto auch Vereinbarungen mit ihren wichtigsten Wettbewerbern ab, wobei Takeda und Ajinomoto das Erzeugnis ihrer Wettbewerber kauften und diese als Gegenleistung ihren Absatz an die wichtigsten europäischen Nucleotidverbraucher einschränkten⁽²³⁾. Cheil formuliert dies folgendermaßen⁽²⁴⁾, „Die japanischen Unternehmen (Takeda und Ajinomoto) sollten die Nucleotide von Cheil bzw. Miwon (Daesang) kaufen. Als Gegenleistung sollten die koreanischen Hersteller nicht an die ‚großen 3‘ in Europa verkaufen und die für Japan bestimmte Absatzmenge beschränken“ siehe z. B. Randnummern 78, 81, 84, 86, 100-102, 108, 111-112, 114, 116-117, 122-123.
- (70) Diese Kompensationsregelung, die sich logischerweise aus der Zuweisung der Abnehmer ergab, führte weltweit auch zu einer Aufteilung der Märkte, wie von Cheil bestätigt wird⁽²⁵⁾. Es war tatsächlich so, dass japanische Unternehmen die Waren von ihren koreanischen Gegenspielern kauften, weil diese sich verpflichtet hatten, ihre Erzeugnisse nicht an bestimmte Abnehmer zu liefern⁽²⁶⁾. Aufgrund der Tatsache, dass diese Abnehmer nicht auf jenen Märkten beheimatet waren, auf denen die Kompensationsgeschäfte abgeschlossen wurden, kann von einer wirksamen Aufteilung der Märkte gesprochen werden (siehe z. B. Randnummern 81-82, 85, 94-95, 100-102, 110, 112, 122, 124, 134).
- (71) Takeda bestätigt, dass ein wesentlicher Teil der Kartellmodalitäten „die Aufteilung der jährlichen Nucleotidkaufverträge betroffen habe, die mit den drei großen gewerblichen Nucleotidverbrauchern in der Gemeinschaft, nämlich, [...], [...] und [...], abgeschlossen wurden“.

(21) Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2170 der Akte der Kommission.

(22) Siehe Daesangs Ergänzende Darstellung, S. 4, oder S. 1963 der Akte der Kommission.

(23) Siehe Cheils Erklärung, S. 2, Abs. 2 (S. 301 der Akte der Kommission); Kyowa auf S. 5, Abs. 1 (S. 870 der Akte der Kommission); Daesangs Ergänzende Darstellung, S. 1963 f.

(24) S. 5 der Erklärung von Cheil, S. 304 der Akte der Kommission.

(25) Siehe Cheils Erklärung, S. 4 (S. 303 der Akte der Kommission).

(26) Siehe Cheils Erklärung, S. 5 (S. 304 der Akte der Kommission); siehe auch S. 1963 f. der Akte der Kommission.

UMSETZUNG

- (72) Die Abhaltung regelmäßiger und häufiger Treffen zwischen den Adressaten dieser Entscheidung war ein Schlüsselmerkmal der Organisation des Kartells. Zwischen 1989 und 1998 sind über 20 multilaterale Treffen (an denen alle Kartellmitglieder teilnahmen) ermittelt worden. Außerdem hielten die Parteien in diesem Zeitraum regelmäßig bilaterale Treffen ab (es sind über 35 solcher Kontaktaufnahmen festgestellt worden). Bei diesen Treffen ging es beispielsweise um die Vorbereitung der jeweiligen Positionen der Unternehmen für die multilateralen Treffen. Ferner kam es gelegentlich zu telefonischen Kontaktaufnahmen (es sind an die zehn Telefongespräche nachgewiesen worden).
- (73) Die Kartelltreffen wurden zeitlich gewöhnlich knapp vor den jährlichen Vertragsverhandlungen mit den drei „großen europäischen Abnehmern“ angesetzt, damit sowohl die Zielpreise, die genannt werden sollten, als auch die Aufteilung jener Verträge vereinbart werden konnten⁽²⁷⁾. Die Parteien hielten auch Treffen ab, um die Umsetzung der Zielpreise während der Verkaufsverhandlungen zu überprüfen⁽²⁸⁾, auch wenn die Überwachung vergangener Zielpreise und die Gespräche über neue Zielpreise oft bei ein- und demselben Treffen abgehandelt wurden (siehe z. B. Randnummern 93-94, 96, 103, 109, 118, 125-126, 130-131, 141).
- (74) Die Teilnehmer tauschten auch Verkaufspreise und Verkaufsmengen aus, die für ihre Gespräche über die Festsetzung der festzulegenden Zielpreise üblicherweise als Grundlage dienten⁽²⁹⁾ (siehe z. B. Randnummern 80, 96, 98, 103, 115, 133).

3. ERSTE KONTAKTAUFNAHMEN

- (75) Cheil gibt zu, dass zwischen den Wettbewerbern ab Juli 1988 bestimmte Treffen stattgefunden hätten, obwohl es zunächst sagte, dass die Treffen zwischen 1988 und 1991 nicht den EWR betroffen hätten, sondern sich vielmehr auf den japanischen Markt und die asiatischen Märkte konzentriert hätten⁽³⁰⁾.
- (76) In einem Geschäftsreisebericht von Cheil, der das Datum 16.-28. Juli 1988 trägt und als Anhang 5 der Erklärung Cheils aus dem Jahr 2001 beigeheftet wurde, wird erwähnt, dass „Takeda sagte, dass sie für die Nucleotide ein P-Treffen⁽³¹⁾ veranstalteten, um den starken Wettbewerb, der durch Miwons [Daesangs] Markteintritt gegeben wäre, abzuwenden, und ersuchte uns, das P-Treffen zu unterstützen und daran teilzunehmen“.

(27) Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2170 f. der Akte der Kommission.

(28) Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2171 der Akte der Kommission.

(29) Siehe Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 2170 der Akte der Kommission.

(30) Siehe S. 1181 f. der Akte der Kommission.

(31) Bezugnahme auf Treffen zwischen den Produzenten oder Treffen zur Festsetzung der Preise.

- (77) Takeda seinerseits setzt den Beginn der Treffen zwischen den Wettbewerbern hingegen mit 1989 an ⁽³²⁾.
- (78) Andererseits hat Kyowa angegeben, dass die Treffen zwischen den japanischen Nucleotidherstellern spätestens 1986 begonnen hätten, dass aber „[...] sogar schon früher Treffen stattgefunden haben können“ ⁽³³⁾. Kyowa führt außerdem aus, dass seiner Ansicht nach „Takeda und Ajinomoto die treibenden Kräfte hinter den Treffen waren. Takeda war für Cheil und Ajinomoto für [Daesang] zuständig. Takeda war auch der Koordinator der Gruppe“ ⁽³⁴⁾.
- (79) Ajinomoto gibt zu, dass Vertreter von Ajinomoto sich ab 1988 von Zeit zu Zeit mit Cheil, Takeda, Kyowa und Yamasa getroffen hätten. Ursprünglich hatte Ajinomoto behauptet, dass es dem Unternehmen nicht möglich sei, für den Zeitraum 1988-1991 Informationen zum Thema dieser Sitzungen zu sammeln ⁽³⁵⁾, in der Folge übergab Ajinomoto aber in seinem zusätzlichen Memorandum vom 17. Dezember 2001 verschiedene betriebsinterne Unterlagen über die Kontaktaufnahmen in dem betreffenden Zeitraum ⁽³⁶⁾.
- (80) Aus einem von Ajinomoto übermittelten internen Memorandum geht hervor, dass am 8. und 10. November 1988 Zusammenkünfte der Vertreter der japanischen Nucleotidhersteller (Takeda, Ajinomoto, Kyowa und Yamasa) stattfanden, bei denen sie Informationen über den europäischen Markt austauschten und die Preise, die den drei großen Endverbrauchern in Europa, nämlich [...]*, [...]* und [...]* angeboten werden sollten, sowie auch die Zielpreise für den allgemeinen europäischen Markt neben den „drei großen Abnehmern“ für das Kalenderjahr 1989 besprachen bzw. vereinbarten ⁽³⁷⁾.
- (81) Daesang stellt fest ⁽³⁸⁾, dass es zuerst von den japanischen Herstellern kontaktiert worden sei, und zwar kurz nachdem es die Erzeugung von Nucleotiden 1987 aufgenommen hatte: Zwischen den japanischen Erzeugern (Daesang spricht von der „Vereinigung“ japanischer Erzeuger) und den Vertretern von Miwon (heute Daesang) wurde am 5. Oktober 1988 in Tokio eine Zusammenkunft organisiert. Das Treffen verfolgte den Zweck, das Eindringen Miwons in den japanischen Markt zu beschränken und mit den koreanischen Erzeugern eine mögliche Zusammenarbeit zu besprechen. Die bei diesem Treffen geführten Gespräche führten am 19. Dezember 1988 zum Abschluss einer „Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte“ zwischen Ajinomoto und Miwon. Obwohl als „Liefervertrag“ dargestellt, gibt Daesang zu, dass die mündlich vereinbarte Bedingung für diesen Vertrag darin bestanden habe, dass Miwon seinen Absatz in Japan nicht erhöhen und die Zusammenarbeit der japanischen Erzeuger, was die Weltpreise betraf, nicht behindern sollte ⁽³⁹⁾.
- (82) Dies wird durch ein internes Fax von Miwon vom 9. November 1988 bestätigt, in dem auf die Verhandlungen über den Liefervertrag mit Ajinomoto Bezug genommen und festgehalten wird, dass „der Vertrag eine Klausel über das Verbot neuer Verkäufe enthält“. Daesang stellt fest, dass damit gemeint war, dass Ajinomoto zum Kauf der Erzeugnisse von Miwon nur bereit war, wenn Miwon seinen Absatz in Japan nicht erhöhte ⁽⁴⁰⁾.
- (83) Darüber hinaus argumentiert Daesang, dass Ajinomoto bei diesem Treffen am 5. Oktober 1988 klargestellt habe, dass die Kompensationsgeschäfte mit Miwon durch Ajinomoto erfolgen würden, während die Kompensationsgeschäfte mit Cheil durch Takeda abgewickelt würden. Ajinomoto kaufte bei Miwon über Takedas Vertriebsgesellschaft, die sie als Deckmantel verwendete ⁽⁴¹⁾.
- (84) In diesem Zusammenhang weist Daesang darauf hin, dass die Initiative für die Vereinbarung von den japanischen Erzeugern ausgegangen sei ⁽⁴²⁾, was Kyowas oben erwähnte Feststellungen bestätigt („Takeda und Ajinomoto waren die treibenden Kräfte hinter den Treffen. [...] Takeda war auch der Koordinator der Gruppe.“ ⁽⁴³⁾). Die Ansicht, dass das Kartell von den japanischen Erzeugern geführt wurde, teilt auch Cheil, die feststellt, dass „der allgemeine geschäftliche Hintergrund für die Ereignisse darin besteht, dass einer der führenden Akteure ein wirksames Duopol vor dem sich herausbildenden Wettbewerb schützen will“ ⁽⁴⁴⁾.
- (85) Ajinomoto stellt in dieser Hinsicht fest ⁽⁴⁵⁾, dass seine Rolle im Vergleich zu Takeda als untergeordnet zu betrachten sei, von dem es heißt, dass es die Kartellmaßnahmen initiiert und inszeniert habe: „Angesichts der Tatsache, dass Takeda im EWR über kein gut organisiertes Absatznetz verfügte [...] und zusätzlicher Wettbewerb von Seiten koreanischer Unternehmen ins Haus stand, war Takeda daran interessiert, seine führende Stellung gegenüber [...]* und [...]* durch die Zuweisung der Abnehmer und die Festsetzung der Preise zu schützen. Die Treffen zwischen den Wettbewerbern wurden von [Vertreter von Takeda]* initiiert. [Vertreter von Takeda]* übernahm bei den Treffen den Vorsitz und hielt die Eröffnungs- und Schlussrede. Während der Treffen leitete er üblicherweise die Diskussion und zeichnete Netzkarten an eine weiße Tafel. Takeda beschwerte sich immer lautstark, wenn ihm zu Ohren kam, dass andere Unternehmen den vorher für [...]* und [...]* festgelegten Preis unterschritten hatten.“ ⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁰⁾ Siehe S. 1962 und 990 ff. der Akte der Kommission.

⁽⁴¹⁾ Daesangs Ergänzende Darstellung, S. 3; siehe auch beigefügte Anhänge K und L.

⁽⁴²⁾ Siehe S. 1961 f. der Akte der Kommission.

⁽⁴³⁾ Siehe S. 4 von Kyowas Erklärung, S. 869, der Akte der Kommission.

⁽⁴⁴⁾ Siehe Cheils Erklärung auf S. 2, Absatz 2, S. 301, der Akte der Kommission.

⁽⁴⁵⁾ Siehe S. 2557 f. der Akte der Kommission.

⁽⁴⁶⁾ Dies steht in Widerspruch zum Sachverhalt der Akte der Kommission. In einer internen Notiz Ajinomotos (siehe Anhang 11 zu Ajinomotos Memorandum vom 30. Juni 2000 oder S. 2496-2499 der Akte der Kommission) heißt es, dass „wir [Ajinomoto] als führender Erzeuger und auch Takeda die Führung im Rennen um die Preiserhöhungen übernehmen müssen, und es ist daher wahrscheinlich, dass uns Gegenwind entgegenbläst. Es ist jedoch unvermeidlich, dass wir Risiken eingehen“; siehe auch Anhänge 7 und 8 zu Ajinomotos Memorandum auf S. 2483-2488 der Akte der Kommission).

⁽³²⁾ Siehe S. 2170 der Akte der Kommission.

⁽³³⁾ Siehe S. 869 der Akte der Kommission.

⁽³⁴⁾ Ebd.

⁽³⁵⁾ Siehe S. 2030 der Akte der Kommission.

⁽³⁶⁾ Siehe S. 2256-2299 der Akte der Kommission.

⁽³⁷⁾ Siehe S. 2264-2269 der Akte der Kommission.

⁽³⁸⁾ Ergänzende Darstellung, siehe S. 2, Punkt 1.

⁽³⁹⁾ Siehe S. 1962 der Akte der Kommission; siehe auch S. 986-989 der Akte der Kommission.

(86) Laut Daesang wurde Anfang März 1989 ein weiterer Vertrag über Kompensationsgeschäfte zwischen Takeda und Miwon abgeschlossen. Nach Aussage von Daesang war dieser Vertrag von Ajinomoto im Namen von Miwon ausgehandelt worden. Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass Ajinomoto in seiner Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bestreitet, mit Takeda über einen Vertrag zugunsten von Miwon verhandelt zu haben. Zu den Bedingungen dieses Vertrags mit Takeda gehörte, dass Miwon (nunmehr Daesang) seinen Absatz in Japan nicht erhöhen sollte, dass Miwon mit den japanischen Erzeugern bei der Erhöhung der Weltpreise für Nucleotide mitmachen sollte und dass Miwon mit den „großen Drei“ ([...]*, [...]* und [...]*) zusammenarbeiten (d. h. auf den Verkauf an sie verzichten) sollte.

4. FUNKTIONIEREN DER KARTELLVEREINBARUNG

(87) Aus einem Bericht über eine Geschäftsreise⁽⁴⁷⁾ geht hervor, dass es zwischen dem 7. und 23. März 1989 zwischen den Nucleotiderzeugern zu einem Treffen (an dem Cheil teilnahm) kam. Aus dem gleichen Bericht geht hervor, dass die Teilnehmer vereinbarten, sich erneut am 7. Juni 1989 in Kyung Ju, Korea, zu treffen (laut Daesang handelt es sich dabei um das Treffen, bei dem die Zielpreise für 1989 vereinbart wurden).

(88) In einem internen Fax von Miwon Japan an Mitra⁽⁴⁸⁾, das mit 30. Mai 1989⁽⁴⁹⁾ datiert ist, wird neben der Lieferung der Erzeugnisse an Ajinomoto auch ein bevorstehendes, für den 6. und 7. Juni 1989 in Kyung Ju, Korea, angesetztes Treffen des Nucleotiderzeugers mit den Wettbewerbern erwähnt, an dem Vertreter Takedas, Ajinomotos, Miwons sowie Vertreter von zwei anderen Erzeugern teilnehmen sollten.

(89) Daesang stellt fest, dass die Zielpreise für 1989 nach seiner Ansicht bei diesem Erzeugertreffen am 6. und 7. Juni 1989 festgelegt worden seien⁽⁵⁰⁾.

(90) In einem internen Fax von Ajinomoto, das mit 9. Juni 1989 datiert ist, wird dieses Treffen bestätigt und festgestellt, dass „bei einem Treffen, das vorgestern in Korea stattfand, Takeda den Koreanern sagte, dass [...]* das Ersuchen geäußert habe, den CIF-Preis von 27,50 USD auf den herrschenden Marktpreis herabzusetzen“⁽⁵¹⁾.

(91) Aus einem internen Fax von Ajinomoto, das mit 13. Juli 1989 datiert ist, geht hervor, dass Ajinomotos europäisches Verkaufsbüro gebeten wurde, Informationen über den Nucleotidverkaufspreis von Takeda für [...]* und [...]* nachzugehen und Angaben zu einem niedrigen Verkaufspreis und den Absatzmengen von Takeda und anderen Erzeugern in Westdeutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, der Schweiz und Spanien im Vorfeld zu einem für den 7. August 1989 in Taiwan

geplanten Treffen zwischen 4 japanischen und 2 koreanischen Nucleotiderzeugern zu bestätigen. Zur Frage, ob dieses Treffen am 7. August 1989 tatsächlich stattgefunden hat, liegen keine Informationen vor.

(92) Am 5. Oktober 1989 trafen sich Vertreter von Takeda, Ajinomoto, Cheil, Miwon und zwei anderen Erzeugern im ANA-Hotel in Tokio, um die Preise für die bevorstehenden Verhandlungen mit den Großabnehmern, einschließlich des europäischen Markts für 1990, zu besprechen und die Umsetzung der Vereinbarung über die Festsetzung der Preise aus dem Jahr 1989 zu überprüfen⁽⁵²⁾.

(93) Es sollte jedoch festgestellt werden, dass das Treffen vom 5. Oktober 1989 laut Daesang tatsächlich aus verschiedenen Treffen bestand. So wurden die Preise für die europäischen Abnehmer für 1989 und 1990 bilateral zwischen Takeda und Miwon bzw. Takeda und Cheil besprochen. Miwon wurde von Takeda informiert, dass „Cheil sich grundsätzlich beteiligt, was darauf hinweist, dass Takeda mit Cheil zu einem früheren Zeitpunkt zusammengetroffen war“⁽⁵³⁾. Am selben Tag fand um 17 Uhr noch ein Abschlusstreffen statt, bei dem es aber im Wesentlichen um Fragen betreffend den [...]* Markt ging.

(94) Es wurde die Schlussfolgerung gezogen, dass zwischen dem Zielpreis und dem tatsächlichen Nucleotidpreis ein großer Unterschied bestanden haben muss. Die Zielpreise (einschließlich Europa) für 1990 wurden auf der Grundlage der „Richtlinien für die Festsetzung der Preise auf dem europäischen Markt im Jahr 1990“ diskutiert, die von Takeda übermittelt worden waren und je nach der vom Abnehmer geordneten Menge drei Zielpreise vorsahen (Großabnehmer, mittlere oder kleine Abnehmer). Darüber hinaus stellt Daesang fest, dass angesichts eines erwarteten Besuchs eines Einkäufers von [...]* Takeda Miwon anwies, [...]* einen Preis im Einklang mit den Richtlinien anzubieten (Wiedergabe dieser Richtlinien s. u.).

(A) Markt Europa — (1) für 1990 vorgeschlagene Richtlinien

Preis (CIF)	Zielabnehmer	Bemerkungen
30 USD/kg	Über 1 000 kg (Großabnehmer)	Menge einer Partie
31 USD/kg	500-1 000 kg (mittlerer Abnehmer)	Menge einer Partie
32 USD/Kg	Unter 500 kg (Kleinabnehmer)	Menge einer Partie

Quelle: Anhänge J & L zu Ergänzender Darstellung von Daesang⁽⁵⁴⁾.

(95) Während des Treffens am 5. Oktober 1989 stellte Takeda auch fest, dass „Europa Takeda-Land ist“⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁷⁾ Siehe Anhang 5 von Cheils Erklärung aus dem Jahr 2001, S. 2616-2619 der Akte der Kommission.

⁽⁴⁸⁾ Miwon Trading and Shipping Company, eine Tochtergesellschaft von Miwon.

⁽⁴⁹⁾ Siehe S. 1963 ff. der Akte der Kommission.

⁽⁵⁰⁾ Siehe S. 1965 der Akte der Kommission.

⁽⁵¹⁾ Siehe S. 2259 und 2270 ff. der Akte der Kommission (S. 3 und Anhang 2 von Ajinomotos Ergänzender Erklärung vom 17.12.2001).

⁽⁵²⁾ Siehe S. 2174, 1009-1015, 1016-1024 und 1025-1032 der Akte der Kommission.

⁽⁵³⁾ Siehe S. 1965 der Akte der Kommission.

⁽⁵⁴⁾ Siehe Ajinomotos Ergänzende Erklärung vom 17.12.2001, S. 4, bzw. S. 2260 der Akte der Kommission.

⁽⁵⁵⁾ Siehe S. 1009 der Akte der Kommission.

- (96) Bei Anhang M zur Ergänzenden Darstellung von Daesang⁽⁵⁶⁾ handelt es sich um ein internes Fax von Miwon, das als Follow-up zum Treffen vom 5. Oktober 1989 versendet wurde und in dem es heißt, dass die Grundposition der Zentrale (von Miwon) darin bestehe, dass man dem grundlegenden Kooperationsrahmen der japanischen Unternehmen zu folgen versuche. Es wird ferner festgestellt, dass „die japanischen Erzeuger (1989) auf dem europäischen Markt [...] zu einem Preis verkauften, der weit unter dem Zielpreis liegt. Es ist daher fraglich, ob die obige Preisrichtlinie während des Vertragszeitraums 1990 von den japanischen Unternehmen eingehalten wird“.
- (97) Die oben genannten Richtlinien werden durch ein internes, mit 6. Oktober 1989 datiertes Fax von Ajinomoto bestätigt, aus dem hervorgeht, dass die genannten Richtlinien den koreanischen Erzeugern übergeben wurden. Für die japanischen Erzeuger wurden jedoch eigene Richtlinien für die für 1990 anzubietenden „Richtlinienpreise“ ausgetauscht: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) für die Großabnehmer und 30 USD/kg (55,80 DEM/kg) für die anderen Abnehmer (Großkunden auf dem allgemeinen Markt)⁽⁵⁷⁾.
- (98) In einem internen Fax von Ajinomoto vom 19. Dezember 1989 wird von einem Treffen berichtet, das am gleichen Tag zwischen den japanischen Erzeugern zum Thema Nucleotidpreise in Europa für 1990 stattgefunden habe. Laut diesem Fax habe Takeda verlauten lassen, dass die Verhandlungen mit [...] und [...] im Laufe von zwei vor kurzer Zeit stattgefundenen Europareisen aufgenommen worden seien, dass es jedoch zu keiner Einigung gekommen sei. Takeda habe [...] ein Angebot in Höhe von 27,50 USD/kg unterbreitet, wolle dieses Angebot jedoch revidieren und auf 26 USD/kg abändern. Takedas Verhandlungen mit [...] seien noch nicht abgeschlossen⁽⁵⁸⁾.
- (99) Wie bereits erwähnt, setzten sich die Kartellmitglieder gelegentlich auch auf bilateraler Basis in Verbindung. Die in den Anhängen N und O der Ergänzenden Darstellung Daesangs enthaltenen Unterlagen sind hierfür gute Beispiele.
- (100) In Anhang N von Daesangs Ergänzender Darstellung⁽⁵⁹⁾ ist ein internes Fax von Mitra an Miwon Japan, datiert mit 22. November 1989, enthalten, in dem ausdrücklich ein Vorschlag Takedas festgehalten wird, wonach Takeda im Rahmen der Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte von Miwon eine geringere Qualität der Erzeugnisse in Kauf nehmen würde, wenn Miwon seinen Verkauf an [...] und [...] beschränken würde.
- (101) Anhang O von Daesangs Ergänzender Darstellung⁽⁶⁰⁾ betrifft ein mit 28. November 1989 datiertes Telex von Takeda, das nur ein paar Tage später bei Miwon einging, in dem Takeda die Bedingungen auflistet, zu denen von Miwon 1990 gekauft wird, und auch das an Miwon gerichtete Ersuchen enthält, [...] und [...] einen bestimmten Preis anzubieten und in der Folge die Erfüllung dieser Bitte zu bestätigen.
- (102) Nach Darstellung von Daesang sei Daesang 1991 zu einer weiteren Mitarbeit bei der Preisfestsetzung für [...] und [...] nur unter der Bedingung bereit gewesen, dass Takeda einem Kauf einer Nucleotidmenge von mindestens 20 t zustimmt, außerdem habe Daesang in Bezug auf [...] nur dann auf eine Zusammenarbeit bei der Preisfestsetzung Wert gelegt, wenn Takeda mit einem Kauf von insgesamt 40 t einverstanden sein würde. In seinem Fax vom 10. November 1990⁽⁶¹⁾ heißt es, dass diese Angelegenheit mit [...] von Takeda anlässlich dessen Besuchs bei Mitra, der am 7. November 1990 erfolgte, besprochen worden sei. Es wird erwähnt, dass „Mitra völlig einverstanden ist, mitzumachen, um den Marktpreis [weltweit] in die Höhe zu treiben“. „In Zukunft müsste das Unternehmen jedoch einige Abnehmer frei nach Europa beliefern können und werde daher 1991 nur in Bezug auf [...] und [...] mitmachen“. „Außerdem ersuchen [...] und andere Abnehmer dauernd um Angebote und wollen Verträge nach Möglichkeit fixieren. Wenn wir Takedas Ersuchen [weiterhin] nachgehen und zu einem höheren Preis anbieten, dann steht fest, dass wir am Ende [überhaupt] ohne Verträge dastehen werden“. Ein mit 19. November 1990⁽⁶²⁾ datiertes Fax betrifft dieselbe Frage. Die genauen Bedingungen der Vereinbarungen über Kompensationsgeschäfte waren auch das Hauptthema bei einem Treffen zwischen Ajinomoto, Takedas Vertriebsfirma und Miwon in Tokio am 1. Mai 1991⁽⁶³⁾.
- (103) Laut Kyowas Erklärung⁽⁶⁴⁾ gab der [...] von Takeda die Preise von Takeda für [...] und [...] Kyowa bei einem Treffen im Januar 1991 nach einem Telefongespräch, das er mit seinem Kollegen bei Kyowa führte, bekannt, der berichtete, dass Takeda diese Preise ab Oktober 1991 bis zu einem gewissen Niveau anheben wollte.
- (104) Ajinomoto legte ein internes Memorandum über Takedas Nucleotidverhandlungen für 1992 vor, das angeblich am 21. November 1991 geschrieben worden war. Laut diesem Memorandum wurde Ajinomoto von Takeda über den Vertrag für 1992 informiert, wonach „Takeda versuchte, den Preis um zwei Dollar auf USD-Basis zu erhöhen (auf 28,50 USD, die Verhandlungen aber sehr schwierig seien, weil die Preiserhöhung auf Basis Lokalwährung wegen des Wechselkurses sehr deutlich ausfallen würde“. Außerdem beschwerte sich Takeda darüber, dass [...] von Ajinomoto niedrigere Angebote erhielt (17,20 USD anstatt Takedas 17,70 US), und ersuchte Ajinomoto, 1992 um 18 USD zu verkaufen, ein Preis, der über dem Preis von Takeda liegen würde⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁶⁾ Siehe S. 1033-1036 der Akte der Kommission.

⁽⁵⁷⁾ Siehe S. 2260 der Akte der Kommission.

⁽⁵⁸⁾ Siehe Ajinomotos Ergänzendes Memorandum vom 17.12.2001, S. 4, bzw. S. 2260 der Akte der Kommission.

⁽⁵⁹⁾ Siehe S. 1037 f. der Akte der Kommission.

⁽⁶⁰⁾ Siehe S. 1039 f. der Akte der Kommission.

⁽⁶¹⁾ Siehe S. 1041-1044 der Akte der Kommission.

⁽⁶²⁾ Siehe S. 1045-1050 der Akte der Kommission.

⁽⁶³⁾ Siehe S. 1051-1054 der Akte der Kommission.

⁽⁶⁴⁾ Siehe S. 871 der Akte der Kommission.

⁽⁶⁵⁾ Siehe Anhang 7 zu Ajinomotos Ergänzendem Memorandum vom 17.12.2001 auf S. 2285 ff. der Akte der Kommission; siehe auch Anhang 8 oder S. 2288 ff. Das erste Preisangebot (28,50 USD) betrifft I&G — Produkt (Mischung aus IMP und GMP), wohingegen das zweite Preisangebot (17,20-18 USD) IMP betrifft.

- (105) Um das Risiko, entdeckt zu werden, zu beschränken, waren die Treffen zwischen den Wettbewerbern manchmal nur auf ein paar Unternehmen beschränkt, die dann im Namen bestimmter anderer Wettbewerber handelten. Daesang stellt zum Beispiel fest⁽⁶⁶⁾, dass am 27. und 28. April 1992 zwischen den Präsidenten von Daesang, Cheil und Ajinomoto ein zweitägiges hochrangiges Treffen stattfand, bei dem Ajinomoto für andere japanische Erzeuger auftrat, weil, wie Ajinomoto feststellte, „es verdächtig wäre, wenn sämtliche japanische Erzeuger gemeinsam einen koreanischen Erholungsort aufsuchten“.
- (106) Bei diesem Treffen wurde die Zusammenarbeit im Bereich der Nucleotide besprochen. Daesang vertritt die Ansicht, dass Ajinomoto dem Treffen auch im Namen der anderen japanischen Erzeuger beiwohnte, u. a. auch im Namen von Takeda⁽⁶⁷⁾.
- (107) Daesang hält fest, dass Vertreter von Miwon am 30. Juni 1992 bei einem Treffen in Korea auf Vertreter von Takeda trafen. Über das Thema der Sitzung liegen allerdings keine Informationen vor⁽⁶⁸⁾.
- (108) Die Zielpreise für 1993 wurden bei einem am 20. August 1992 in Tokio abgehaltenen Treffen besprochen. Laut der Erklärung von Daesang enthielt die Tagesordnung die folgenden Punkte: Zusammenarbeit bei der Festsetzung des internationalen Marktpreises für Nucleotide, „Kompensationsgeschäfte“ und Absatzbeschränkungen für den [...] Markt. Letztliches Ziel sollte nach den Worten Takedas ein einziger Weltpreis — einschließlich des japanischen Marktes — sein und der Anreiz, dass die japanischen Erzeuger den koreanischen Erzeugern umfangreiche Mengen abnehmen. Der bei dem Treffen genannte weltweite Zielpreis ([...]) lag zwischen 30 und 32 USD. Nach einer Sitzungsunterbrechung wurde über den weltweiten Zielpreis Einigung erzielt. Laut Daesang „war klar, dass die japanischen Unternehmen vor dem Treffen untereinander alle Fragen besprochen und sich auf eine einheitliche Linie geeinigt hatten“⁽⁶⁹⁾. Zur Unterstützung dieser Feststellung hat Daesang eine Kopie einer Zielpreislise vorgelegt, die von Takeda im Hinblick auf das Treffen am 20. August 1992 vorbereitet worden war. Aus dieser Liste geht hervor, dass die Zielpreise für Europa für die drei großen Abnehmer 48 bzw. 45 DEM/kg betragen würden⁽⁷⁰⁾. Cheil zufolge äußerten die japanischen Erzeuger bei diesem Treffen den Wunsch, die Preise für Europa nur in lokalen Währungen anzubieten⁽⁷¹⁾.
- (109) Am 28. Januar 1993 trafen sich die Teilnehmer erneut in Tokio, um die Umsetzungsbemühungen im Zusammenhang mit der Erzielung des am 20. August festgesetzten Zielpreises zu überprüfen. Während dieses Treffens wurde von den Parteien darüber entschieden, ob der 1992 festgesetzte Zielpreis angepasst werden sollte bzw. wie diese Anpassung vorzunehmen sei. Daesang trägt vor, dass eine Preiserhöhung von den zwei koreanischen Erzeugern als zu schwierig erachtet worden sei und sie ihre japanischen Kollegen um Erlaubnis gebeten hätten, unter dem Zielpreis verkaufen zu dürfen. Die japanischen Erzeuger hätten abgelehnt und unter anderem damit argumentiert, dass die Koreaner nach Europa deswegen zu einem niedrigeren Preis verkaufen könnten, weil sie aufgrund des allgemeinen Präferenzsystems der Gemeinschaft (APS) keinen Zoll zu zahlen hätten. Obwohl die Parteien offensichtlich keine Einigung darüber erreichten, wie der Zielpreis zu erreichen sei, wurde der Zielpreis erneut von allen bestätigt⁽⁷²⁾.
- (110) Darüber hinaus wurden regionale Preise besprochen, um zu sehen, ob die Unternehmen den am 20. August 1992 vereinbarten weltweiten Zielpreis einhielten. Konkret wurden die Preise in [...]*, [...]* und Europa besprochen. Es fand auch eine allgemeine Diskussion über die Zusammenarbeit in Bezug auf die drei großen europäischen Abnehmer statt⁽⁷³⁾.
- (111) Am 2. März 1993 kam es zwischen Ajinomoto, Takeda, Miwon und Cheil zu einem erneuten Treffen in Fukuoka (Japan). Bei diesem Treffen wurden die Zielpreise für die verschiedenen Regionen für 1993 angepasst. Außerdem wurden Gespräche zur Klärung der Vereinbarungen über Kompensationsgeschäfte geführt, da die Zusammenarbeit nicht immer so reibungslos klappte, wie sich die japanischen Erzeuger dies gewünscht hatten. Cheil stellt fest, dass der bei dem Treffen unternommene Versuch, den Preis in der Gemeinschaft festzulegen, scheiterte, weil die koreanischen Hersteller einen anderen Preis anbieten wollten, da sie Nutznießer des APS waren. Cheil kommt zu dem Schluss, dass es „am Verhalten der koreanischen Unternehmen lag, dass die Modalitäten nicht wirksamer zur Entfaltung gelangten“⁽⁷⁴⁾.
- (112) Daesangs Protokoll dieses Treffens⁽⁷⁵⁾ ermöglicht jedoch einen ausführlicheren Einblick in die Ereignisse. Laut Daesang sei das Treffen anfänglich vom stellvertretenden Geschäftsführer von Ajinomoto geleitet worden; dieser drohte mit einer Beendigung der Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte, wenn die Zusammenarbeit mit den koreanischen Unternehmen in Bezug auf die Großen Drei weiterhin zu wünschen übrig lässt und diese der Aufrechterhaltung des vereinbarten Weltpreises sowie der Einschränkung ihres Absatzes in Japan nicht nachkämen. Cheil und Daesang waren sich dahin gehend einig, dass die Kompensationsgeschäftspraxis aufrechterhalten werden musste, und so kamen sie in der Folge mit den japanischen Erzeugern überein, ihre Bemühungen zur Zusammenarbeit zu verbessern. Daesang hält fest, dass es sich in Bezug auf die Großen Drei zur Zusammenarbeit bereit erklärte, jedoch den Wunsch nach einer Erhöhung des von Ajinomoto und Takeda von Daesang gekauften Nucleotidvolumens äußerte. Schließlich wurde darüber gesprochen, wie die Zusammenarbeit umgesetzt, geregelt und durchgeführt werden könnte.

⁽⁶⁶⁾ Siehe S. 1970 f. der Akte der Kommission.

⁽⁶⁷⁾ Siehe S. 1061-1066 der Akte der Kommission.

⁽⁶⁸⁾ Siehe S. 1067 f. der Akte der Kommission.

⁽⁶⁹⁾ Siehe S. 1069 ff. der Akte der Kommission; siehe auch S. 392 f. der Akte der Kommission.

⁽⁷⁰⁾ Daesang erklärt, dass sich diese Zahlen auf I&G beziehen. In derselben Zielpreistabelle unten ist gesondert ein Umrechnungssatz für die Preise von IMP und GMP aufgeführt.

⁽⁷¹⁾ Siehe Cheils Erklärung auf S. 4, Nr. 2.

⁽⁷²⁾ Siehe S. 1072 f. der Akte der Kommission.

⁽⁷³⁾ Siehe S. 1072 f. der Akte der Kommission.

⁽⁷⁴⁾ Siehe Cheils Erklärung auf S. 5, Nr. 5.

⁽⁷⁵⁾ Siehe S. 395 f. der Akte der Kommission.

- (113) Im Laufe der restlichen Monate des Jahres 1993 wurde Miwon mehrmals von Vertretern Takedas und Ajinomotos aufgesucht. Während dieser Besuche wurden die gleichen Themen besprochen, so z. B. die Zusammenarbeit mit den „großen Drei“ und die Weltmarktpreise ⁽⁷⁶⁾.
- (114) In Seoul und Tokio wurden weitere Treffen organisiert, und es fanden zwischen den Parteien regelmäßige telefonische Kontaktaufnahmen statt (z. B. Treffen zwischen Takeda und Cheil am 7. und 26. Mai 1993 und 30. August 1993; Treffen zwischen Ajinomoto, Takeda, Cheil und Miwon am 7. Juli 1993). Bei den meisten dieser Kontaktaufnahmen ging es entweder um die Durchführung der Vereinbarungen über Kompensationsgeschäfte (z. B. Preise und Mengen) oder um Beschwerden über die Nichteinhaltung der Zielpreise durch einen der (koreanischen) Teilnehmer.
- (115) Die Preise für bestimmte Abnehmer wurden ebenfalls besprochen: Bei dem Treffen am 13. September 1993 beispielsweise rief Takeda Cheil an, um das Unternehmen über die Preise zu informieren, die den drei großen europäischen Abnehmern ([...]*, [...]* und [...]*) angeboten werden sollten. Außerdem wurde das Verhältnis der Preise für IMP, GMP und I&G besprochen (siehe Erklärung von Cheil).
- (116) Am 25. Januar 1994 wurde zwischen Cheil und Takeda ein Treffen organisiert, bei dem die Verlängerung der Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte besprochen wurde. Man kam überein, Menge und Preis gegenüber 1993 unverändert zu lassen. Laut Cheil beschwerte sich Takeda darüber, dass Cheil die für Europa, [...]* und [...]* bestehenden Vereinbarungen nicht einhielte. So soll sich Takeda gegenüber Cheil z. B. darüber beschwert haben, dass [...]* Takeda ersucht hatte, den Preis für IMP auf 16,5 USD/kg zu senken, nachdem Cheil [...]* ein Angebot auf diesem Preisniveau unterbreitet hatte.
- (117) Cheil trägt vor, dass aus dem bei diesem Treffen geführten Protokoll klar hervorgehe, dass die japanischen Erzeuger die führende Rolle spielten. Nach Gesprächen zwischen Cheil und Takeda betreffend die „Kompensationskäufe“ durch die japanische Industrie soll Takeda gesagt haben, dass die endgültige Entscheidung in dieser Angelegenheit bei einer Zusammenkunft zwischen Ajinomoto und Takeda fallen würde ⁽⁷⁷⁾.
- (118) Am 25. August 1994 ⁽⁷⁸⁾ fand in Tokio ein Treffen statt. Aus den Unterlagen von Cheil und Miwon über dieses Treffen geht hervor, dass bei diesem Treffen die internationalen Markt- & Verkaufspreise für Nucleotide besprochen wurden. Die Parteien tauschten ihre Meinung über die anzubietenden neuen Zielpreise aus. Die Japaner wollten die internationalen Preise erhöhen. Laut dem Bericht Cheils über diese Sitzung ⁽⁷⁹⁾ schlug Takeda vor, dass die Parteien den Preis schlagartig auf 30 USD/kg erhöhen, während die anderen die Preise schrittweise um 1-2 USD/kg anheben wollten. Cheil trägt vor, dass sich die Japaner über die mangelnde Einhaltung durch die koreanischen Unternehmen beschwerten.
- (119) Schließlich besprachen die Parteien ihre Zusammenarbeit im Hinblick auf die drei großen europäischen Abnehmer. Insbesondere wurden Cheil und Daesang von Ajinomoto aufgefordert, nicht an [...]* zu verkaufen. Abschließend wurde bei dem Treffen vereinbart, sich Mitte September 1994 zu einem weiteren Treffen in Seoul einzufinden, bei dem vor allem die folgenden Fragen zur Sprache kommen würden: a) Preiserhöhung; Festsetzung des Zielpreises bei 30 USD/kg, b) Cheil und Miwon würden ihre Haltung gegenüber den großen Drei (insbesondere gegenüber [...]*⁸⁰) darlegen ⁽⁸⁰⁾.
- (120) Bereits vorher, nämlich am 7. und 8. Juli 1994, hatte ein Treffen zwischen den japanischen und koreanischen Erzeugern stattgefunden, bei dem es um die Preisangebote für Europa für das Jahr 1995 ging. Aus Cheils Protokoll des Treffens ergibt sich, dass die japanischen Erzeuger nachhaltig darauf bestanden, die Preise 1995 anzuheben. Die koreanischen Erzeuger wurden ersucht, einen Preis anzubieten, der um 2 USD/kg unter dem Preis der japanischen Erzeugnisse liegen würde. Das Protokoll wird mit einem internen Memo fortgesetzt, das eine klare Botschaft enthält: „Bitte versucht, den Preis aufgrund der geringen Zahl koreanischer Erzeuger und der Aufwertung des Yen zu erhöhen.“ ⁽⁸¹⁾
- (121) Laut Cheil fand am 6. Oktober 1994 zwischen Ajinomoto, Takeda und Cheil im Hotel Lotte in Seoul ein weiteres Treffen statt, bei dem die Zusammenarbeit mit den Koreanern in Bezug auf die „großen Drei“ in Europa besprochen wurde. Zu den weiteren Tagesordnungspunkten zählten die koreanische Zusammenarbeit auf dem [...]* Markt und ein Überblick über den [...]* Markt (einschließlich der Verkäufe von Cheil an einen [...]* Kunden, der bereits Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Cheil und den japanischen Herstellern war). Cheil trägt vor, dass es sich bei diesem Treffen auf nichts habe festlegen lassen, mit der Ausrede, dass Miwon nicht anwesend sei ⁽⁸²⁾.
- (122) In einem internen Fax von Ajinomoto, das mit 17. Oktober 1994 datiert ist, wird von einem Telefongespräch zwischen Miwon, Cheil und Ajinomoto berichtet, aus dem hervorgeht, dass Ajinomoto eine Woche vor dem eigenen Angebot an [...]* Europe Cheil um ein Angebot an dasselbe Unternehmen ersuchte. Cheil antwortete, dass man diesem Ersuchen nachkommen werde, vorausgesetzt, dass Miwon vorher seine Zustimmung gäbe. In Bezug auf das Preisangebot sagte Cheil, dass Cheil seine Leute anweisen würde, ein Angebot mit 49,50 DEM/kg zu unterbreiten, dass Cheil ein Angebot zu einem Preis von 50 DEM/kg jedoch ablehne. Miwon forderte Ajinomoto auf, eine zusätzliche Warenmenge von Miwon zu kaufen; unter dieser Bedingung sei Miwon bereit, der Aufforderung Ajinomotos nachzukommen und [...]* ein Angebot zu einem hohen Preis zu legen.
- (123) Takeda und Miwon trafen sich am 6. Februar 1995 ⁽⁸³⁾ in Seoul, um sowohl die Weltpreise für Nucleotide als auch die Bedingungen für die Kompensationsgeschäfte zu besprechen.

⁽⁷⁶⁾ Siehe S. 1935 der Akte der Kommission.

⁽⁷⁷⁾ Siehe S. 306 der Akte der Kommission.

⁽⁷⁸⁾ Daesang trägt vor, dass sich die japanischen Erzeuger bereits am 24. August 1994 zur Vorbereitung des Treffens mit den zwei koreanischen Erzeugern, das am 25. August 1994 stattfand, getroffen hatten (siehe S. 5 seiner Erklärung auf S. 1935 der Akte der Kommission).

⁽⁷⁹⁾ Siehe S. 392 f. der Akte der Kommission.

⁽⁸⁰⁾ Siehe S. 397-404 der Akte der Kommission.

⁽⁸¹⁾ Siehe Cheils Erklärung auf S. 6 und in Anhang 5.

⁽⁸²⁾ Siehe S. 307 der Akte der Kommission.

⁽⁸³⁾ Siehe S. 1937 und 405-410 der Akte der Kommission.

- (124) Am 16. und 17. Oktober 1995 fand in Takedas Zentrale in Tokio ein Treffen statt. Es waren Ajinomoto, Takeda, Cheil und Daesang vertreten. Laut Daesang wurden bei diesem Treffen die Nucleotidweltmärkte und die Situation betreffend die „großen Drei“ besprochen. Es wurden die in verschiedenen Ländern und Regionen (einschließlich Europa) gültigen Preise besprochen, um zu sehen, ob die Zielpreise eingehalten wurden oder angepasst werden sollten. Ajinomoto nannte Preise, die die anderen Erzeuger [...] anbieten sollten, und die anderen Erzeuger stimmten zu. Takeda soll dasselbe in Bezug auf [...] und [...] getan haben, und die anderen, einschließlich Ajinomoto, waren einverstanden⁽⁸⁴⁾.
- (125) Vor dieser Zusammenkunft fanden zwischen den Parteien bilaterale Zusammenkünfte und zwischen den vier Erzeugern verschiedene andere Treffen statt. Daesang trägt vor, dass es zwischen April 1995 und 16. Oktober 1995 in Mitras Zentrale in Seoul an etwa 3 oder 4 Treffen mit Ajinomoto und in den gleichen Räumlichkeiten an etwa 1 oder 2 Treffen mit Takeda teilgenommen habe. In einem Konferenzraum des Lotte-Hotels fanden etwa 2 oder 3 Treffen statt, an denen alle vier Erzeuger teilnahmen. Bei jedem dieser Treffen überprüften die Parteien die Preise in verschiedenen Regionen, um zu sehen, ob die vorher vereinbarten Zielpreise eingehalten wurden oder aufrechterhalten, gesenkt oder erhöht werden sollten. Einige Richtpreise wurden erhöht (der Zielpreis für [...] wurde z. B. aufrechterhalten, obwohl er sich nicht mehr auf Kilogramm, sondern auf Pfund bezog). Die Parteien diskutierten und vereinbarten ferner ein Konzept, das als Voraussetzung für die Anhebung der Preise für die drei großen europäischen Abnehmer die Anhebung der Marktpreise in verschiedenen Regionen vorsah, ein Konzept, das auch angenommen wurde⁽⁸⁵⁾.
- (126) Die Kartellteilnehmer trafen sich im Dezember in Seoul, um die Zusammenarbeit im Jahr 1995 zu überprüfen. Laut dem Sitzungsbericht⁽⁸⁶⁾ leitete Ajinomoto die Sitzung und dankte allen für ihre Zusammenarbeit im Jahr 1995, die zu einer wirksamen Umsetzung der Nucleotidpreiserhöhungen geführt habe, und ersuchte alle, die Zusammenarbeit 1996 fortzusetzen, damit die Nucleotidpreise weiter erhöht werden könnten. Herr C.H. Kim von Daesang soll diese Zusammenarbeit zugesagt haben, die anderen Teilnehmer „brachten ihre Zustimmung durch Kopfnicken oder entsprechende Bemerkungen zum Ausdruck“.
- (127) Laut Erklärung von Daesang⁽⁸⁷⁾ trafen sich die vier Erzeuger (Takeda, Ajinomoto, Daesang und Cheil) am 7. März 1996 in Seoul, um den Zielpreis 1996 für die Verkäufe an die „großen Drei“ festzusetzen. Ajinomoto schlug einen internationalen Zielpreis von 35 USD/kg vor. Was den europäischen Markt im Allgemeinen betrifft, schlug Takeda vor, bis Ende August 1996 einen neuen Preis anzuwenden. Ajinomoto meinte, dass dieser Preis mit 51 DEM/kg festgesetzt werden sollte. Takeda legte der Kommission eine Kopie seines Berichts über dieses Treffen vor⁽⁸⁸⁾.
- (128) Laut diesem Sitzungsmemo herrschte unter den Teilnehmern allgemeines Einverständnis, was die Durchführung einer Preiserhöhung im Jahr 1996 betraf. Jedes Unternehmen bestätigte, dass es die laufenden Liefermengen nicht ändern würde, und war damit einverstanden, dass die Preiserhöhung Priorität genießen würde. Aus dem Memo über das Treffen geht hervor, dass die Teilnehmer die Preiserhöhungen für 1996 besprachen, wobei sie bereits den Preisplan für die drei großen (europäischen) Abnehmer für 1997 im Sinne hatten. Man kam überein, den Zielpreis für die drei großen Unternehmen mit 35 USD/kg auf USD-Basis festzusetzen (eine Erhöhung von etwa 10 %). Um diesen Preis zu erzielen, würden die Nucleotidherzeuger einen Preiserhöhungsplan für die allgemeinen Marktpreise ausarbeiten, die bis September/Oktober [1996] ein Niveau von 35 USD/kg erreichen sollten.
- (129) Am 21. Mai 1996 wandte sich Ajinomoto um ein Treffen an Miwon, das Ajinomoto gewährt wurde und bei dem es um die Verkäufe von Miwon in Europa ging, die zu einem niedrigen Preis erfolgt waren. Was Europa betraf, teilte Ajinomoto Miwon mit, dass der Preis für die zweite Hälfte 1996 mit den europäischen Abnehmern gerade ausgehandelt werde, dass eine Preiserhöhung in Deutschland und Spanien aber sehr schwierig sein würde. Ajinomoto stellte fest, dass das Preisniveau in Spanien bei 44-45 DEM/kg liege, dass es aber auf Grundlage des Preises vom Jahr 1995 bei 49 DEM/kg hätte liegen müssen. Es wurde ein europäischer Zielpreis in Höhe von 50 DEM ab Juni 1996 vereinbart, der jedoch nicht für Verkäufe an die „großen Drei“ galt⁽⁸⁹⁾.
- (130) Am gleichen Tag kam es auch zu einem Treffen zwischen Ajinomoto und Cheil, um die Umsetzung der vereinbarten Preiserhöhungen zu besprechen. Cheil soll gesagt haben, dass derartige Preiserhöhungen in Europa nicht vor Juli 1996 möglich seien. Ajinomoto bestand auf der Umsetzung der vereinbarten Preiserhöhungen bis Ende August 1996⁽⁹⁰⁾.
- (131) Nach Daesangs ergänzender Darstellung⁽⁹¹⁾ begannen die Gespräche über die Preise, die den „großen Drei“ 1997 verrechnet werden sollten, während eines Treffens, das am 3. Juli 1996 stattfand. Takeda schlug einen neuen europäischen Zielpreis vor, und die anderen Partner gaben im Laufe des Treffens zu diesem Vorschlag ihre Meinungen ab.

⁽⁸⁴⁾ Siehe S. 1075 der Akte der Kommission.

⁽⁸⁵⁾ Siehe S. 1937 ff. und S. 405-423 der Akte der Kommission.

⁽⁸⁶⁾ Siehe S. 1076 der Akte der Kommission.

⁽⁸⁷⁾ Siehe S. 10 seiner Erklärung oder S. 1940 der Akte der Kommission; siehe auch Anhang 12 zu seiner Erklärung auf S. 426 f. der Akte der Kommission.

⁽⁸⁸⁾ Takeda bemerkt zu Recht in ihrer Erwiderung auf die Beschwerdepunkte, dass sie bestätigt hatte, dass, obwohl das Memo sich auf den 17. März 1996 und nicht auf den 7. März bezieht, tatsächlich auf das am 7. März abgehaltene Treffen Bezug genommen wird (in dem Memo, das am 12. März abgefasst wurde, werden auch die bei dem Treffen gezogenen Schlussfolgerungen erwähnt).

⁽⁸⁹⁾ Siehe S. 1941 der Akte der Kommission.

⁽⁹⁰⁾ Siehe Anhang 5 zu Cheils Erklärung, S. 2610-2612 der Kommissionsakte.

⁽⁹¹⁾ Siehe S. 12 f. von Daesangs Erklärung auf S. 1942 f. der Akte der Kommission.

- (132) Miwon und Takeda trafen am 9. Juli 1996 erneut in New Jersey, USA, zusammen und besprachen den weltweiten Marktpreis für Nucleotide. Takeda ersuchte Daesang um Zusammenarbeit bei der Preisgestaltung⁽⁹²⁾.
- (133) Irgendwann im Sommer 1996 kam es zu einem erneuten Treffen zwischen Ajinomoto, Takeda, Miwon und Cheil, bei dem die auf den Nucleotidmärkten herrschende Situation, einschließlich Europa, besprochen und Informationen über Verkaufspreise ausgetauscht wurden⁽⁹³⁾.
- (134) Bei einem Treffen am 29. August 1996 in Seoul informierte Takeda die anderen⁽⁹⁴⁾ über den Preis, den Takeda [...] für 1997 anzubieten beabsichtigte, und ersuchte sie, zu einem höheren Preis anzubieten (54 DEM/kg). Takeda bat die anderen auch, von ihnen informiert zu werden, falls [...] sie um ein Angebot ersuchte. Takeda schlug auch verschiedene Gründe vor, die den Abnehmern zur Rechtfertigung einer Preiserhöhung genannt werden könnten⁽⁹⁵⁾.
- (135) Weiterhin ist festzuhalten, dass auch bilaterale Treffen dazu dienten, das Ergebnis der „allgemeinen“ Treffen der Wettbewerber zu beeinflussen. So hielten Ajinomoto und Miwon am 28. August 1996, also einen Tag vor dem eigentlichen Treffen der Wettbewerber, ein Treffen ab, bei dem Ajinomoto für eine Preiserhöhung beim Abnehmer [...] für das Jahr 1997 eintrat. Laut Daesang wollte Ajinomoto vor dem eigentlichen Treffen der Wettbewerber die Unterstützung Miwons sicherstellen⁽⁹⁶⁾.
- (136) Takeda bringt in diesem Zusammenhang vor, dass Ajinomoto im Zuge der US-amerikanischen Ermittlungen über Ajinomotos Verwicklung in ein weltweites Lysinkartell (seit August 1996) den 4-Parteien-Treffen mit den anderen Nucleotidherzeugern auswich, obwohl das Unternehmen an den Nucleotidabmachungen weiterhin beteiligt war. Stattdessen hielt Ajinomoto gewöhnlich vor oder nach solchen Treffen direkte bilaterale Kontakte mit Takeda aufrecht. Laut Takeda erwartete Ajinomoto, dass Takeda die von Ajinomoto zur Verfügung gestellten Informationen als Grundlage für die Gespräche mit den koreanischen Erzeugern⁽⁹⁷⁾ verwenden würde. In der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte teilt Ajinomoto mit, dass diese Anschuldigungen falsch seien und durch keinerlei Beweise erhärtet würden. Die genaue Dauer der Beteiligung Ajinomotos am Kartell wird nachstehend ausführlicher erörtert (siehe Abschnitt „Dauer des Verstoßes“).
- (137) Laut Daesang sei ihm von Takeda mitgeteilt worden, dass sich alle Parteien bei einem Golfspiel, das für Vertreter von Miwon und Takeda am 10. September 1996 in New Jersey organisiert wurde, auf die Preise für die „großen Drei“ geeinigt hätten.
- (138) Gemäß einem von Takeda übermittelten Bericht fand im März 1997 ein Treffen zwischen Takeda, Cheil und Daesang statt, bei dem man sich auf Zielpreise in Höhe von 30 USD einigte⁽⁹⁸⁾.
- (139) Es schien schwierig, die für 1997 festgesetzten Zielpreise aufrechtzuerhalten. Zwischen dem 26. und 28. Mai 1997 wurde in Seoul ein Treffen organisiert. Laut Takedas Bericht über dieses Treffen⁽⁹⁹⁾ kam man überein, die laufenden Überseepreise für 1997 mit 25 USD/kg festzusetzen, „ein Preisniveau, das hinter dem im März 1997 bei einem Treffen festgesetzten Preis von 30 USD zurückblieb“. Im Bericht heißt es weiter, dass „aufgrund der Einschätzung, dass Preiserhöhungen vor den für Herbst angesetzten Verhandlungen über die nächstjährigen Verträge mit den verschiedenen europäischen Unternehmen notwendig sind, von uns mit den zwei Unternehmen (Cheil und Daesang) ein Meinungsaustausch über das Ausmaß und den Zeitpunkt (Zeitpläne) der Preiserhöhung gepflegt wurde“.
- (140) Schließlich einigten sie sich auf eine Preiserhöhung von bis zu 29-31 USD/kg für das folgende Jahr. Auch in Bezug auf [...] einen der europäischen Abnehmer, wurde eine Vereinbarung über die Festsetzung des Preises getroffen. Laut Takedas Bericht über dieses Treffen⁽¹⁰⁰⁾ lag der für [...] vereinbarte Vertragspreis bei 48 DEM/kg bzw. 32 USD/kg. Man würde eine Erhöhung von etwa 6 % (51 DEM/kg) anstreben, Takeda räumte jedoch ein, dass eine solche Erhöhung schwierig durchzusetzen sei.
- (141) Am 3. Juni 1997 suchte Takeda Miwon in Amsterdam auf. Bei diesem Treffen wurden die folgenden Punkte besprochen: der Nucleotidmarkt in Europa, die Verkäufe von Miwon an [...], [...] und [...]. Ferner fand ein Informationsaustausch über die Preise in Europa und die Möglichkeit von Preiserhöhungen statt. Ein ähnliches Treffen fand am 9. Juni 1997 zwischen Takeda und Cheil in Frankfurt statt, bei dem es ebenfalls zu einem Informationsaustausch über die Preise in Europa und die Möglichkeit einer „Verbesserung“ dieser Preise kam⁽¹⁰¹⁾.
- (142) Erneute Treffen zwischen Takeda und Miwon fanden am 10. Juli 1997 und am 16. September 1997 in New Jersey, USA, statt, bei denen der Nucleotidmarkt im Allgemeinen besprochen wurde⁽¹⁰²⁾.
- (143) Gemäß Takedas Erklärung kam es am 25. Juli 1997 zum ersten Mal zu einem Treffen zwischen Takedas [...] und dessen neuem Kollegen bei Ajinomoto. Bei diesem Treffen, das in einem Restaurant in Tokio stattfand, wurde darüber gesprochen, wie der Nucleotidmarkt in den vergangenen Jahren zwischen den Erzeugern organisiert gewesen sei und es kam zu einem Meinungsaustausch über die Haltung ihrer Unternehmen zur Preisstrategie. Ajinomoto stellt andererseits fest, dass bei diesem und späteren Treffen nach Ajinomotos bestem Wissen „europäische Zielpreise oder Abnehmer nicht zur Sprache kamen“.

⁽⁹²⁾ Siehe Daesangs Erklärung auf S. 1943 der Akte der Kommission.

⁽⁹³⁾ Siehe Daesangs Erklärung auf S. 1944 der Akte der Kommission.

⁽⁹⁴⁾ Cheil, Daesang und Ajinomoto.

⁽⁹⁵⁾ Siehe S. 1945 der Akte der Kommission.

⁽⁹⁶⁾ Siehe S. 1944 der Akte der Kommission.

⁽⁹⁷⁾ Siehe S. 2171 f. der Akte der Kommission.

⁽⁹⁸⁾ Siehe S. 2146 der Akte der Kommission.

⁽⁹⁹⁾ Ebd.

⁽¹⁰⁰⁾ Siehe S. 1946 der Akte der Kommission.

⁽¹⁰¹⁾ Siehe S. 2217-2220 der Akte der Kommission.

⁽¹⁰²⁾ Siehe Daesangs Erklärung auf S. 1947 der Akte der Kommission.

- (144) Die von Takeda in Bezug auf dieses Treffen und das im September 1997 abgehaltene Treffen gemachten Angaben ergeben ein etwas anderes Bild. So wird in Takedas Bericht über dieses Treffen⁽¹⁰³⁾ klar erwähnt, dass Ajinomoto Takeda u. a. darüber informiert habe, „dass Ajinomoto seinen Händlern für das nächste Jahr bereits eine Erhöhung von 10 % auf DEM-Basis (auf etwa 51 DEM?) vorgeschlagen hatte [...]“. Takeda erwähnte gegenüber Ajinomoto, dass „sie bei der Erhöhung ihrer DEM-Preise bereits an eine Änderung der Dollarpreisgestaltung dachten, dass [dies] aber davon abhängig ist, wie dies den anderen Unternehmen, nämlich Takeda, Cheil und Miwon, vermittelte würde“. Takeda teilte Ajinomoto auch mit, dass Takeda seine Preisgestaltung [...] und [...] von der für Anfang Oktober geplanten europäischen Marktforschungsstudie abhängig machen würde⁽¹⁰⁴⁾.
- (145) Etwa einen Monat später traf Takeda Vertreter von Cheil und Miwon getrennt bei bilateralen Treffen, die zwischen 27. und 29. August 1997 stattfanden. Laut Takeda ging es bei den Treffen vor allem um die Vereinbarungen über die Kompensationsgeschäfte, es sei aber möglich, dass die Unternehmen bei diesem Treffen auch die bevorstehenden jährlichen Vertragsverhandlungen mit den drei großen Abnehmern erwähnten. Daesang trägt vor, dass es auch am 10. Juli 1997 und am 16. September 1997 mit Takeda zusammengetroffen sei und mit Takeda den Nucleotidmarkt im Allgemeinen besprochen habe⁽¹⁰⁵⁾.
- (146) Im September 1997 traf Takeda erneut mit Ajinomoto zusammen. Laut Takeda teilte Ajinomoto mit, dass Ajinomoto für 1998 eine Preiserhöhung von 15 %, mindestens jedoch eine Preiserhöhung im Ausmaß von 10 % anstrebte⁽¹⁰⁶⁾. In einem Dokument, das aus der gleichen Zeit stammt, von Takeda übergeben wurde und sich auf dieses Treffen bezieht⁽¹⁰⁷⁾, heißt es, dass „sich die Zentrale eines jeden Unternehmens [für] den von A[jinomoto], C[heil] und MW (Miwon/Daesang) dem [...] und den von T[akeda] [...] und [...] angebotenen Preis für Vertragsverhandlungen für das nächste Jahr entschieden zu haben scheint. Wir gingen davon aus, dass die Erzeugnisse von C[heil] und MW (Miwon) in Europa unter die APS-Regelung fallen würden“⁽¹⁰⁸⁾.
- (147) Laut Daesang organisierte Miwon im Oktober 1997 ein Treffen mit Takeda, das in Seoul stattfand. Bei diesem Treffen kam es zu einer allgemeinen Diskussion über die weltweit sinkenden Nucleotidpreise⁽¹⁰⁹⁾.
- (148) Cheil trägt vor, dass Cheil mit Takeda am 24. und 26. März 1998 in Seoul zusammengetroffen sei und dass bei diesen Gelegenheiten⁽¹¹⁰⁾ der weltweite Nucleotidmarkt und die Erzeugung erörtert worden seien. Ein weiteres Treffen zwischen Cheil und Takeda ist für den 2. Juni 1998 ermittelt worden, wobei Cheil vorträgt, dass es bei den besprochenen Punkten um den Preisrückgang bei Nucleotiden und Cheils Verkäufe auf dem japanischen Markt, der zu niedrigen Preisen erfolgte, gegangen sei.
- (149) Es sind keine weiteren, mit dem Kartell zusammenhängenden Treffen ermittelt worden.

TEIL II — RECHTLICHE WÜRDIGUNG

A. ZUSTÄNDIGKEIT (ANWENDUNG DES EG-VERTRAGS UND DES EWR-ABKOMMENS)

1. VERHÄLTNIS ZWISCHEN EG-VERTRAG UND EWR-ABKOMMEN

- (150) Die vorstehend beschriebenen Vereinbarungen wurden in den meisten EG-Mitgliedstaaten und dem EWR (Norwegen und — vor dem Beitritt zur EG — Österreich) angewendet.
- (151) Das EWR-Abkommen, das analog zum EG-Vertrag Wettbewerbsvorschriften enthält, trat am 1. Januar 1994 in Kraft. Diese Entscheidung umfasst daher auch die Anwendung dieser Vorschriften (in erster Linie Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen) ab diesem Datum auf die Vereinbarungen, gegen die Einwand erhoben wird.
- (152) Soweit die Kartellhandlungen Wettbewerb und Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten betrafen, gelangt Artikel 81 EG-Vertrag zur Anwendung. Für die Fälle, in denen sich die Vereinbarungen auf den Handel zwischen EG- und EFTA-Ländern oder unter EFTA-Ländern auswirkten, die Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens sind, gilt Artikel 53 EWR-Abkommen.
- (153) Wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise nur den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten beeinträchtigt, ist die Kommission zuständig, und Artikel 81 gelangt Absatz 1 EG-Vertrag zur Anwendung. Beeinträchtigt dagegen eine Vereinbarung nur den Handel zwischen EFTA-/EWR-Staaten, ist ausschließlich die EFTA-Überwachungsbehörde zuständig und die Wettbewerbsvorschriften des EWR, insbesondere Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen, kommen zur Anwendung⁽¹¹¹⁾.
- (109) Siehe Daesangs Erklärung auf S. 1947 f. der Akte der Kommission.
- (110) Siehe S. 309 der Akte der Kommission.
- (111) Gemäß Artikel 56 Absatz 1 Buchstabe b) EWR-Abkommen und unbeschadet der Zuständigkeit der EG-Kommission, wenn der Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, ist die EFTA-Überwachungsbehörde auch in Fällen zuständig, in denen der Umsatz der betreffenden Unternehmen im Hoheitsgebiet der EFTA-Staaten 33 % oder mehr ihres Umsatzes im räumlichen Geltungsbereich des EWR-Abkommens ausmacht.

⁽¹⁰³⁾ Siehe S. 2223 der Akte der Kommission.

⁽¹⁰⁴⁾ In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission, widerspricht Ajinomoto Takedas Beschreibung dieser Treffen, wie detailliert im Abschnitt „Dauer des Verstoßes“ besprochen.

⁽¹⁰⁵⁾ Siehe S. 1947 und 1974 der Akte der Kommission.

⁽¹⁰⁶⁾ Siehe S. 2176 der Akte der Kommission; Ajinomoto diese Beschreibung des Ereignisses, wie weiter unten in Verbindung mit der Dauer der Beteiligung Ajinomotos an der Zuwiderhandlung besprochen wird.

⁽¹⁰⁷⁾ Siehe S. 2224 der Akte der Kommission.

⁽¹⁰⁸⁾ Die von Ajinomoto in der Stellungnahme vom 29. November 2002 bereitgestellte Übersetzung liest sich wie folgt: „Seems that the head office of each company has studied and tentatively decided on the price to be proposed at the negotiation for the next year contract scheduled for October and November by A, C, MW with CPC and by T with NES and UNI groups. On the premise that C's and MW's product will continue to enjoy GSP in Europe next year.“

(154) Im vorliegenden Fall ist die Kommission gemäß Artikel 56 EWR-Abkommen für die Anwendung von sowohl Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag als auch Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen zuständig, da sich das Kartell spürbar auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ausgewirkt hat ⁽¹¹²⁾.

B. ANWENDUNG VON ARTIKEL 81 EG-VERTRAG UND ARTIKEL 53 EWR-ABKOMMEN

1. ARTIKEL 81 ABSATZ 1 EG-VERTRAG UND ARTIKEL 53 ABSATZ 1 EWR-ABKOMMEN

(155) Gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung und des Absatzes oder die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen.

(156) Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen (der in Anlehnung an Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag formuliert wurde) enthält das gleiche Verbot betreffend Vereinbarungen usw., ersetzt die Formulierung a) Handel zwischen Mitgliedstaaten jedoch durch „Handel zwischen den Vertragsparteien“ (in diesem Zusammenhang sind mit „Vertragsparteien“ die Europäische Gemeinschaft und die einzelnen (damaligen) EFTA-Staaten gemeint), und b) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes durch „im räumlichen Geltungsbereich dieses [EWR-]Abkommens“.

2. VEREINBARUNGEN UND AUFEINANDER ABGESTIMMTE VERHALTENSWEISEN

(157) Laut Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen sind Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten.

(158) Eine Vereinbarung kann als bestehend betrachtet werden, wenn die Parteien einen gemeinsamen Plan verfolgen, der ihre individuelle kommerzielle Verhaltensweise einschränkt oder aller Wahrscheinlichkeit nach einschränkt, indem die Grenzen ihres gegenseitigen Aktionsradius oder der Verzicht auf Maßnahmen auf dem Markt festgelegt werden. Eine Vereinbarung bedarf nicht der Schriftform, es sind keine Formalitäten notwendig und es sind keine vertraglichen Sanktionen oder Durchsetzungsmaßnahmen erforderlich. Die Tatsache der Vereinbarung kann aus der Verhaltensweise der Parteien ausdrücklich oder implizit abzulesen sein.

(159) In dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-305/94 usw., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. u. a./Kommission (PVC II) ⁽¹¹³⁾, stellte das Gericht erster Instanz fest, dass „es nach ständiger Rechtsprechung für

eine Vereinbarung im Sinne des Artikels [81 Absatz 1 EG-Vertrag] ausreicht, dass die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten“.

(160) Eine „Vereinbarung“ im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag erfordert nicht dieselbe Gewissheit, wie sie für die Durchsetzung eines geschäftlichen Vertrags im Zivilrecht erforderlich wäre. Außerdem kann der Ausdruck „Vereinbarung“ im Fall eines komplexen Kartells von langer Dauer nicht nur auf jeden beliebigen Gesamtplan oder die ausdrücklich vereinbarten Bedingungen angewendet werden, sondern auch auf die Umsetzung dessen, was auf der Grundlage der gleichen Mechanismen und in Verfolgung des gleichen gemeinsamen Ziels vereinbart wurde.

(161) Wie vom Gerichtshof in der Rechtssache C-49/92P, Kommission/Anic Partecipazioni SpA (Bestätigung des Urteils des Gerichts erster Instanz) ⁽¹¹⁴⁾, bestätigt, ergibt sich aus den ausdrücklichen Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag, dass sich diese Vereinbarung nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern aus einer Reihe von Handlungen oder auch aus einem fortlaufenden Verhalten ergeben kann.

(162) Ein komplexes Kartell kann daher als ein einzelner fortlaufender Verstoß auf die Dauer seines Bestehens gesehen werden. Die Vereinbarung kann von Zeit zu Zeit abgeändert werden, ihre Mechanismen angepasst oder verstärkt werden, wenn auf neue Entwicklungen Rücksicht genommen wird. Die Gültigkeit dieser Beurteilung wird nicht von der Möglichkeit berührt, dass eine Komponente oder mehrere Komponenten einer Reihe von Handlungen oder einer fortdauernden Verhaltensweise einzeln und für sich eine Verletzung von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen könnte.

(163) Obwohl ein Kartell ein gemeinsames Unterfangen darstellt, kann jeder Teilnehmer der Vereinbarung seine eigene spezifische Rolle spielen. Ein oder mehrere Teilnehmer kann (können) eine beherrschende Rolle als Rädelsführer ausüben. Es kann zu internen Konflikten und Rivalitäten kommen, es kann sogar geschwindelt werden, was jedoch nicht verhindert, dass es sich bei der Vereinbarung um eine Vereinbarung/abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag handelt, wenn ein einzelnes gemeinsames und kontinuierliches Ziel gegeben ist.

(164) Die bloße Tatsache, dass jeder Kartellteilnehmer die Rolle spielen kann, die für seine spezifischen Umstände geeignet ist, enthebt ihn nicht seiner Verantwortung für die Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit, einschließlich der Handlungen anderer Teilnehmer, die das gleiche rechtswidrige und wettbewerbswidrige Ziel verfolgen. Ein Unternehmen, das sich an dem gemeinsamen rechtswidrigen Unterfangen mit Handlungen beteiligt, die zur Verwirklichung des gemeinsamen Ziels beitragen, ist für die Gesamtdauer der Verfolgung des gemeinsamen Ziels auch für das Verhalten verantwortlich, das andere Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung an den Tag legen. Dies ist sicherlich der Fall, wenn das betreffende Unternehmen nachweislich von dem rechtswidrigen Verhalten der anderen Beteiligten wusste oder es vernünftigerweise hätte vorhersehen können oder darüber hätte informiert sein müssen und bereit war, das Risiko einzugehen (Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kommission/Anic, Rdnr. 83).

⁽¹¹²⁾ Siehe Kapitel 5 „Auswirkungen auf den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten und zwischen Vertragsparteien des EWR“.

⁽¹¹³⁾ Slg. 1999, II-931, Rdnr. 715.

⁽¹¹⁴⁾ Slg. 1999, I-4125, Rdnr. 81.

(165) Artikel 81 EG-Vertrag⁽¹¹⁵⁾ unterscheidet zwischen „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“, „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ und „Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen“, um durch eine Verbotsvorschrift jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen zu erfassen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt. Sogar wenn sich die Parteien nicht ausdrücklich auf einen gemeinsamen Plan für ihr Marktverhalten geeinigt haben, sie aber Absprachen treffen oder sich an Absprachen beteiligen, die die Koordinierung ihrer Geschäftspolitik erleichtern, kann die Verhaltensweise als „abgestimmte Verhaltensweise“ in den Anwendungsbereich von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag fallen⁽¹¹⁶⁾.

(166) Es ist insbesondere im Fall einer länger anhaltenden, komplexen Zuwiderhandlung nicht notwendig, dass die Kommission diese als ausschließlich eine dieser Formen von ungesetzlicher Verhaltensweise qualifiziert⁽¹¹⁷⁾. Die Begriffe „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ sind fließend und können einander überschneiden. Es kann realistischerweise sogar unmöglich sein, eine solche Unterscheidung zu treffen, da eine Zuwiderhandlung gleichzeitig die Merkmale jeder Form von verbotener Verhaltensweise aufweisen kann, während ihre Erscheinungsformen einzeln für sich betrachtet eher als die eine Zuwiderhandlung und nicht als die andere beschrieben werden könnten. Es wäre daher eine künstliche Sache, wollte man ein fortdauerndes gemeinsames Unterfangen mit ein- und demselben Gesamtziel in mehrere unterschiedliche Formen der Zuwiderhandlung unterteilen. Ein Kartell kann daher gleichzeitig eine Vereinbarung und eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen. Artikel 81 legt für eine komplexe Zuwiderhandlung der vorliegenden Art keine spezifische Kategorie fest⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Die Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz, die in diesem Abschnitt zur Auslegung der in Artikel 81 EG-Vertrag verwendeten Begriffe „Vereinbarungen“ und „abgestimmte Verhaltensweisen“ herangezogen wurde, bringt Grundsätze zum Ausdruck, die bereits vor der Unterzeichnung des EWR-Abkommens feststanden. Sie ist daher ebenfalls auf die Begriffe anzuwenden, die in Artikel 53 EWR-Abkommen verwendet werden. Bezugnahmen auf Artikel 81 gelten daher auch für Artikel 53.

⁽¹¹⁶⁾ Siehe Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-7/89, Hercules/Kommission, Slg. 1991, II-1711, Rdnr. 256. Siehe auch Rechtssache 48/69, Imperial Chemical Industries/Kommission, Slg. 1972, 619, Rdnr. 64, und verbundene Rechtssachen 40-48/73 usw., Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663.

⁽¹¹⁷⁾ Siehe auch das Urteil in der Sache PVC II, in dem es heißt, dass „bei einer komplexen Zuwiderhandlung, an der mehrere Hersteller mehrere Jahre beteiligt waren und deren Ziel die gemeinsame Regulierung des Marktes war, von der Kommission nicht verlangt werden kann, dass sie die Zuwiderhandlung für jedes Unternehmen zu den einzelnen Zeitpunkten entweder als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert, da jedenfalls beide Formen der Zuwiderhandlung von Artikel 81 EG-Vertrag umfasst werden“.

⁽¹¹⁸⁾ Siehe EuGII-Urteil in der Sache Hercules, a.a.O., Rdnr. 264.

3. EINZELNER FORTDAUERNDER VERSTOSS

(167) Im vorliegenden Fall verfolgten die Nucleotidherzeuger über einen langen Zeitraum ein gemeinsames Unterfangen, das ihren Aktionsradius auf dem Markt bestimmte und ihre individuelle geschäftliche Verhaltensweise einschränkte. Die Modalitäten weisen an und für sich die Merkmale einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag auf, obwohl einige Sachverhaltselemente des rechtswidrigen Verhaltens treffend als abgestimmte Verhaltensweise beschrieben werden könnten, wenn eine solche Beschreibung angemessen wäre.

(168) Es gibt hinreichendes Beweismaterial dafür, dass diese einem Ziel gewidmeten, fortdauernden Absprachen auf dem EWR-Markt für Nucleotide von Ende 1988 bis Juni 1998 zwischen Takeda⁽¹¹⁹⁾, Ajinomoto⁽¹²⁰⁾, Daesang⁽¹²¹⁾ und Cheil⁽¹²²⁾, die gemeinsam praktisch den gesamten Markt ausmachten, stattgefunden haben. Die Parteien brachten ihre gemeinsame Absicht zum Ausdruck, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten, und verfolgten einen gemeinsamen Plan, der ihr individuelles geschäftliches Verhalten einschränkte. Die Vereinbarung über die Verfolgung dieses Plans kann daher mindestens bis 1988 zurückdatiert werden. Diese Absprachen verfolgten ein wettbewerbswidriges wirtschaftliches Ziel: die Verhinderung des Preiswettbewerbs durch die Vereinbarung von Zielpreisen und Preiserhöhungen.

(169) Angesichts des gemeinsamen Plans und des gemeinsamen Ziels, das die Erzeuger ständig verfolgten, nämlich die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Nucleotidmarkt, vertritt die Kommission die Ansicht, dass das in Frage stehende Verhalten einen einzelnen fortdauernden Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, für den jeder Beteiligte für die Dauer der Einhaltung der gemeinsamen Regelung die Verantwortung tragen muss. Diese Vereinbarungen werden im Sachverhaltsteil dieser Entscheidung ausführlich beschrieben. Diese Beschreibung wird durch umfangreiches und eindeutiges Beweismaterial, auf das im gesamten Wortlaut systematisch Bezug genommen wird, unterstützt.

4. EINSCHRÄNKUNG DES WETTBEWERBS

(170) Im vorliegenden Fall wurde mit den Vereinbarungen die Einschränkung des Wettbewerbs in der Gemeinschaft und im EWR bezweckt und bewirkt.

⁽¹¹⁹⁾ Vom 8. November 1988 bis 2. Juni 1998.

⁽¹²⁰⁾ Vom 8. November 1988 bis September 1997.

⁽¹²¹⁾ Vom 19. Dezember 1988 bis 31. Dezember 1997.

⁽¹²²⁾ Von (Ende) März 1989 bis 2. Juni 1998.

(171) In Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen werden Wettbewerbsvereinbarungen ausdrücklich als wettbewerbsbeschränkend bezeichnet, wenn sie

„a) An- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen unmittelbar oder mittelbar festsetzen, b) die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung einschränken oder kontrollieren oder c) Märkte oder Versorgungsquellen aufteilen“.

Diese Aufzählung ist nicht erschöpfend.

(172) In dem Geflecht von Vereinbarungen und Absprachen, die Gegenstand dieser Entscheidung sind, sind folgende Tatbestandsmerkmale von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen erfüllt:

- Zuweisung von Kunden,
- Aufteilung von Märkten,
- Festsetzung von Ziel- oder Mindestpreisen,
- Vereinbarung gemeinsamer Preiserhöhungen,
- Austausch von Informationen und Absatzzahlen zum Zwecke der Durchsetzung der Zielpreise,
- Teilnahme an regelmäßigen Treffen und andere Kontaktaufnahmen zum Zwecke der Absprache, Durchsetzung und/oder erforderlichenfalls Änderung der vorgenannten Einschränkungen.

(173) Vereinbarungen dieser Art haben das Ziel, den Wettbewerb im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen einzuschränken. Da der Preis das Hauptinstrument des Wettbewerbs darstellt, hatten die verschiedenen Absprachen und Mechanismen der Erzeuger letztlich den Zweck, den Preis zu ihren Gunsten so stark in die Höhe zu treiben, dass dieser über dem durch die Bedingungen des freien Wettbewerbs erzielten Preis zu liegen kam.

(174) Für die Schlussfolgerung, dass Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen anzuwenden sind, ist es nicht erforderlich, die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen, sobald feststeht, dass die Vereinbarungen die Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten⁽¹²³⁾.

⁽¹²³⁾ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. März 2000 in der den verbundenen Rechtssachen T-25/95 usw., *Cimenteries CBR u. a./Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 3927. Siehe auch Urteil des Gerichts erster Instanz in den verbundenen Rechtssachen T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, *European Night Services u. a./Kommission*, Slg. 1998, II-3141, Rdnr. 136, in dem das Gericht dies speziell in Bezug auf Preisfestsetzungsvereinbarungen bestätigt hat.

(175) Das Kartell hatte jedoch auch eine einschränkende Wirkung auf den Wettbewerb. Die Kartellvereinbarungen betrafen die weltweit wichtigsten Nucleotidhersteller und wurden in jedem beteiligten Unternehmen auf hoher Ebene vorbereitet, geleitet und gefördert⁽¹²⁴⁾. Die Zielpreise, die Preiserhöhungen und die Aufteilung der Abnehmer, die die Hauptziele des Kartells darstellten, wurden vereinbart, den Abnehmern bekannt gegeben und im gesamten EWR umgesetzt.

(176) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte behaupten Cheil und Ajinomoto, dass die einschränkende Wirkung auf den Wettbewerb sehr begrenzt gewesen sei. Ajinomoto argumentiert außerdem, dass die Schlussfolgerung der Kommission auf Beweisen beruhe, die nicht stichhaltig sind, und dass es nicht gelungen sei, die Auswirkung der Vereinbarungen auf den Markt in ausreichender Form nachzuweisen. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der betreffenden Absprachen wird in den Randnummern 224-238 in größerer Ausführlichkeit beschrieben.

5. AUSWIRKUNG AUF DEN HANDEL ZWISCHEN EG-MITGLIEDSTAATEN UND DEN VERTRAGSPARTEIEN DES EWR-ABKOMMENS

(177) Die fortlaufenden Vereinbarungen zwischen den Erzeugern haben sich spürbar auf den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten und zwischen Vertragsparteien des EWR-Abkommens ausgewirkt.

(178) Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zielt auf Vereinbarungen ab, die die Schaffung eines Binnenmarkts zwischen den EG-Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten, sei es durch Aufteilung einzelstaatlicher Märkte oder durch Beeinträchtigung der Wettbewerbsstruktur innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Analog ist Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen auf Vereinbarungen ausgerichtet, die die Verwirklichung eines homogenen Europäischen Wirtschaftsraums untergraben.

(179) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „ist eine Vereinbarung geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand der Gesamtheit objektiver rechtlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann“⁽¹²⁵⁾. Jedenfalls ist es laut Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag „nicht erforderlich, die tatsächliche beeinträchtigende Wirkung der betreffenden Vereinbarungen auf den Handel nachzuweisen, sondern es genügt der Nachweis, dass diese Vereinbarungen geeignet sind, eine derartige Wirkung zu entfalten“⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ Siehe Abschnitt „Teilnehmer“.

⁽¹²⁵⁾ Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-215/96 und C-216/96, *Bagnasco/Banca popolare di Novale u. a.*, Slg. 1999, I-135, Rdnrn. 47 f.

⁽¹²⁶⁾ Urteil in der Rechtssache C-306/96 *Javico/Yves Saint Laurent*, Slg. 1998, I-1983, Rdnrn. 16 f.; siehe auch Urteil in der Sache *European Night Services, a.a.O.*, Rdnr. 136.

- (180) Wie im Abschnitt „zwischenstaatlicher Handel“ nachgewiesen, handelt es sich beim Nucleotidmarkt um einen Markt, der durch ein umfangreichen Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist. Obwohl keiner der Nucleotidherzeuger in dem maßgebenden Zeitraum über Produktionskapazitäten im EWR verfügte, wurden die Nucleotide praktisch in allen Staaten des EWR-Gebiets verkauft, entweder über Absatztöchter, die sich zur Gänze im Eigentum der Erzeuger befanden, oder über Vertriebsgesellschaften, die nur in wenigen EG-Mitgliedstaaten eingerichtet wurden. Auch der Handel zwischen der Gemeinschaft und den EFTA-Ländern, die Mitglieder des EWR sind, war beträchtlich. Norwegen führt 100 % seines Bedarfs vor allem aus der Gemeinschaft ein, und vor dem Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden deckten auch diese Länder ihren gesamten Nucleotidbedarf durch Einfuhren.
- (181) Die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und von Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen auf ein Kartell ist jedoch nicht auf jenen Teil der Verkäufe der Mitglieder beschränkt, die tatsächlich die Verbringung von Waren von einem Staat in einen anderen betreffen. Für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen muss auch nicht nachgewiesen werden, dass das individuelle Verhalten eines jeden Mitglieds, im Gegensatz zum Kartell in seiner Gesamtheit, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt hat⁽¹²⁷⁾.
- (182) Im vorliegenden Fall war praktisch der gesamte Handel weltweit, einschließlich EG und EWR, von dem Kartell betroffen. Die Existenz von Preisfestsetzungs- und Kundenzuweisungsmechanismen bewirkte mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit eine automatische Verlagerung der Handelsströme⁽¹²⁸⁾.
6. AUF ÖSTERREICH, FINNLAND, ISLAND, LIECHTENSTEIN, NORWEGEN UND SCHWEDEN ANWENDBARE BESTIMMUNGEN DER WETTBEWERBSREGELN
- (183) Das EWR-Abkommen trat am 1. Januar 1994 in Kraft. Für den Zeitraum der Tätigkeit des Kartells vor diesem Datum kann in diesem Verfahren nur Artikel 81 EG-Vertrag zur Anwendung gelangen; die Einschränkung des Wettbewerbs durch die fraglichen Kartellvereinbarungen in Österreich, Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen und Schweden (damals Mitgliedstaaten der EFTA) vor diesem Zeitpunkt wird dadurch nicht erfasst.
- (184) In der Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 1994 galten die Bestimmungen des EWR-Abkommens in Österreich, Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen und Schweden; das Kartell verstieß damit sowohl gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen als auch gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag. Für die Anwendung beider Artikel ist die Kommission zuständig. Die Ein-

schränkung des Wettbewerbs in den sechs EFTA-Ländern während dieses Jahres fällt unter die Bestimmungen von Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen.

- (185) Nach dem am 1. Januar 1995 erfolgten Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden zur Europäischen Gemeinschaft gelangte Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag auf das Kartell zur Anwendung, sofern der Wettbewerb auf diesen Märkten beeinträchtigt wurde. In Norwegen, Island und Liechtenstein stellte die Tätigkeit des Kartells unverändert einen Verstoß gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen dar.
- (186) Praktisch bedeutet dies, dass die Tätigkeit des Kartells in Österreich, Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen und Schweden ab dem 1. Januar 1994 einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EWR-Abkommens und/oder des EG-Vertrags darstellte.

C. ADRESSATEN

1. ANWENDBARE GRUNDSÄTZE

- (187) Um die Adressaten dieser Entscheidung ermitteln zu können, muss bestimmt werden, welcher Rechtspersönlichkeit der Verstoß zugeschrieben werden soll.
- (188) Gegenstand der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft und des EWR ist das „Unternehmen“, ein Konzept, das mit der Auffassung von einer Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit im einzelstaatlichen Unternehmensrecht oder Steuerrecht nicht identisch ist. Der Ausdruck „Unternehmen“ wird im Vertrag nicht definiert. Er kann sich aber auf jedes Gebilde beziehen, das mit einer kommerziellen Tätigkeit befasst ist.
- (189) Wenn ein Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und/oder gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen nachgewiesenermaßen in einem bestimmten Zeitraum stattgefunden hat, muss die natürliche oder juristische Person ermittelt werden, die für das Funktionieren des Unterfangens im Zeitraum, in dem der Verstoß stattgefunden hat, verantwortlich war, so dass sie zur Rechenschaft gezogen werden kann.
- (190) Eine Änderung der Rechtsform oder der Unternehmensidentität enthebt ein Unternehmen jedoch nicht seiner Haftung für Strafen, die für wettbewerbschädigendes Verhalten auferlegt werden. Die Haftung für die Geldbuße kann daher auf den Nachfolger übergehen, wenn die Rechtspersönlichkeit, die den Verstoß begangen hat, rechtlich nicht länger existiert.

2. ADRESSATEN DER ENTSCHEIDUNG

- (191) In diesem Verfahren ist die Ermittlung der Adressaten der Entscheidung problemlos; die Entscheidung wird an die Rechtspersönlichkeiten gerichtet, die direkt in den Verstoß verwickelt sind.

⁽¹²⁷⁾ Urteil in der Rechtssache T-13/89, Imperial Chemical Industries/Kommission, Slg. 1992, II-1021, Rdnr. 304.

⁽¹²⁸⁾ Urteil in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Van Landewyck u. a./Kommission, Slg. 1980, 3125, Rdnr. 170.

(192) Im Fall der Miwon Corporation (¹²⁹), die ihre Rechtsform im November 1997 geändert hat, steht diese Beurteilung im Einklang mit der üblichen Vorgangsweise der Kommission und der herrschenden Rechtsprechung (¹³⁰). Die Fusion von Miwon Corporation Limited und Sewon Co. Ltd, die zur Gründung der Daesang Corporation (¹³¹) geführt hat, bedeutet, dass die Verantwortung auf die neue Rechtspersönlichkeit übergeht. Zwischen Miwon und dem neuen Rechtssubjekt, dem das Unternehmen einverleibt wurde, besteht offensichtlich Kontinuität. Miwon hat rechtlich zu existieren aufgehört; sowohl ihre Rechtspersönlichkeit als auch ihre Vermögensgegenstände und ihre Belegschaft sind auf die Daesang Corporation übergegangen.

D. DAUER DES VERSTOSSES

(193) Obwohl bestimmte der Kommission übergebene Beweise (siehe Randnummer 77) darauf hinweisen, dass die ersten Kontakte zwischen den japanischen Erzeugern bis 1986 zurückreichen, wird die Kommission zum Zweck des vorliegenden Verfahrens ihre Beurteilung nach Maßgabe der Wettbewerbsregeln und die Anwendung von Geldbußen auf den Zeitraum ab 8. November 1988 begrenzen, da es sich bei diesem Zeitpunkt um das erste bekannte Treffen zwischen den japanischen Erzeugern handelt, bei dem die Preise für die bevorstehenden Verhandlungen mit den drei Großabnehmern besprochen und vereinbart wurden (siehe Randnummer 79). Der Beginn des Verstoßes wird in Bezug auf Takeda und Ajinomoto daher mit 8. November 1988 angesetzt.

(194) Was Daesang betrifft, gibt das Unternehmen zu, mit Ajinomoto am 19. Dezember 1988 eine Vereinbarung über Kompensationsgeschäfte abgeschlossen zu haben, bei dem mündlich als Bedingung für diesen Vertrag vereinbart wurde, dass Miwon seinen Absatz in [...] nicht erhöhen und die Zusammenarbeit der [...] Erzeuger in Bezug auf die Weltpreise nicht behindern sollte (¹³²). Die Kommission geht daher vom 19. Dezember 1988 als dem Beginn des Verstoßes durch Daesang aus.

(195) Gemäß einem Geschäftsreisebericht (¹³³) fand das erste Treffen der Nucleotidhersteller, an dem Cheil teilnahm, zwischen dem 7. und dem 23. März 1989 statt. Im gleichen Geschäftsbericht wird darauf hingewiesen, dass die Teilnehmer für den 7. Juni 1989 ein erneutes Treffen in Kyung Ju, Korea, vereinbarten (laut Daesang handelt es sich dabei um das Treffen, bei dem die Zielpreise für 1989 vereinbart wurden).

(196) In Bezug auf die gleichen „P-Treffen“ wird in einem dritten Bericht über eine Geschäftsreise, die mit 3. bis 10. Oktober 1989 (¹³⁴) datiert ist, erklärt, dass der Zweck des Treffens darin bestand, „zu besprechen, wie der Preisrückgang auf dem Weltmarkt verhindert werden kann,“ und „ein vorbereitendes Treffen mit Takeda zu organisieren, um die für 1990 vorgesehenen Nucleotidlieferungen an Takeda zu besprechen“.

(197) Die vor 1991 erfolgte Beteiligung Cheils am Verstoß wird auch durch das Protokoll eines Treffens bestätigt, das am 5. Oktober 1989 zwischen Ajinomoto, Takeda, Daesang und Cheil abgehalten wurde, bei dem die Zielpreise für 1990 besprochen wurden und die Umsetzung der Zielpreise für 1989 überprüft wurde (¹³⁵).

(198) Cheil bestätigt dieses Treffen, obwohl das Unternehmen zunächst behauptete, dass es in Bezug auf den Inhalt dieses Treffens wenig Beweismaterial gefunden habe (¹³⁶).

(199) In seiner Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission bestätigt Cheil jedoch, dass zwischen den Wettbewerbern ab Juli 1988 bestimmte Treffen stattgefunden hätten, und gibt zu, ab März 1989 am Verstoß beteiligt gewesen zu sein, obwohl Cheil hinzufügt, dass es sich vor 1992 hauptsächlich auf andere Märkte und nicht den EWR konzentriert hätte und dass es zwischen 1989 und Ende 1991 auf dem europäischen Markt jedenfalls nur unbedeutende Aktivitäten entfaltet habe (¹³⁷).

(200) Auf der Grundlage des genannten Beweismaterials vertritt die Kommission die Ansicht, dass Cheil am Verstoß seit März 1989 beteiligt war.

(201) Es ist natürlich festzuhalten, dass das Kartell im Hinblick auf seine Tätigkeit in Österreich, Finnland, Norwegen und Schweden vor dem 1. Januar 1994, als das EWR-Abkommen noch nicht in Kraft getreten war, keinen Verstoß des EWR-Abkommens darstellt.

(202) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte argumentiert Ajinomoto, dass es seine Beteiligung am Kartell nach August 1996 beendet habe. Zur Untermauerung dieser Feststellung trägt Ajinomoto vor, dass es nach August nicht nur die Teilnahme an den Treffen der Erzeuger, sondern auch die Kompensationsgeschäfte mit Daesang eingestellt habe. Ajinomoto argumentiert, dass das Beweismaterial in der Akte der Kommission darauf hinweise, dass sein Rückzug aus den Nucleotidabsprachen vollständig, echt und auf Dauer erfolgt ist: Es gebe keinen Beweis dafür, dass Ajinomoto nach August 1996 noch irgendwelchen Treffen der Erzeuger beigewohnt habe, Kontakte mit Takeda seien auf erfolglose Versuche Takedas, Ajinomoto in die Absprachen erneut einzubeziehen, beschränkt gewesen.

(¹²⁹) Miwon Corporation Limited war an dem Verstoß sowohl indirekt über die Tochterunternehmen Miwon Japan Inc. und Mitra (Miwon Trading & Shipping Company) als auch direkt (siehe z. B. Anhänge T und U von Daesangs Ergänzender Darstellung) beteiligt.

(¹³⁰) Rechtssache C-49/92 P, Kommission/Anic Partecipazioni SpA, Rdnr. 145.

(¹³¹) Siehe Abschnitt „Die Erzeuger“.

(¹³²) Siehe S. 1962 und S. 986-989 der Akte der Kommission.

(¹³³) Siehe Anhang 5 der von Cheil 2001 abgegebenen Erklärung, S. 2617 der Kommissionsakte.

(¹³⁴) Siehe Anhang 5 der von Cheil 2001 abgegebenen Erklärung, S. 2618 der Kommissionsakte.

(¹³⁵) Siehe Anhänge I, J, K, L und M im Anhang zu Daesangs Ergänzender Darstellung; siehe auch Daesangs Ergänzende Darstellung, S. 6, und Takedas Erklärung der Geschäftsführung, S. 7.

(¹³⁶) Siehe Anhang 5 der von Cheil 2001 abgegebenen Erklärung.

(¹³⁷) Siehe S. 5 f., letzter Absatz der 2001 abgegebenen Erklärung von Cheil, sowie S. 9 f. ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission.

- (203) Takeda argumentiert seinerseits, dass die Kommission den Zeitpunkt des letzten bekannten Treffens, bei dem Zielpreise vereinbart wurden, als Ende des Verstoßes betrachten sollte.
- (204) Die Dauer des Verstoßes, die in dieser Entscheidung festgesetzt wurde, wird von Daesang und Cheil nicht bestritten.
- (205) Was Ajinomoto betrifft, stimmt die Kommission zu, dass es keinen hinreichenden Beweis dafür gibt, dass Ajinomoto an der Vereinbarung über die Zielpreise für 1997 teilgenommen hat. Nichtsdestoweniger kann die Kommission Ajinomotos Behauptung, wonach Ajinomoto nach dem Treffen vom August 1996 am Verstoß nicht mehr teilgenommen habe, nicht akzeptieren.
- (206) Tatsächlich geht aus dem von Takeda übermittelten, aus der gleichen Zeit stammenden Beweismaterial über die bilateralen Treffen mit Ajinomoto eindeutig hervor, dass der Nucleotidmarkt und die Preise bei diesen Kontaktaufnahmen von beiden Unternehmen besprochen wurden. In den Aufzeichnungen über das Treffen vom Juli 1997 stellt Takeda z. B. fest, dass Takeda von Ajinomoto mitgeteilt worden sei, dass Mitarbeiter Ajinomotos im August und September nach Europa reisen und seinen Händlern eine zehnprozentige Preiserhöhung vorschlagen würden, gegen die sie von Seiten der Händler einen starken Protest erwarteten. In der folgenden Notiz über das Treffen vom September stellt Takeda z. B. fest, dass „[A]jinomoto grundsätzlich für eine Erhöhung von 15 % (Mindestausmaß 10 %) eintritt. Im August stießen sie bei einem Treffen mit den europäischen Filialen, wie erwartet, auf starken Widerstand, sie beschlossen jedoch, bei 53 DEM zu beginnen, um mindestens 51 DEM (eine Erhöhung von 10 %) zu erreichen“⁽¹³⁸⁾. Aus den beiden Notizen zusammen geht eindeutig hervor, dass Ajinomoto nicht nur die Preiserhöhung, die in Europa angestrebt wurde, bekannt gegeben hat, sondern auch Feedback über die abgelaufenen Besprechungen und die weitere Vorgangsweise geliefert hat. Dies geht eindeutig über erfolglose Versuche Takedas, Ajinomoto in die Absprachen erneut einzubeziehen, hinaus⁽¹³⁹⁾.
- (207) Die Kommission vertritt daher die Ansicht, dass Ajinomoto an dem Verstoß nach dem Treffen vom August 1996 weiterhin beteiligt war, da Ajinomoto mit Takeda weiterhin zur Besprechung von Nucleotidpreisen zusammentraf.
- (208) Selbst wenn Ajinomoto nach dem August 1996 die Kompensationsgeschäfte eingestellt und nach August 1996 an keinen multilateralen Treffen mehr teilgenommen hat, nahm das Unternehmen weiterhin an dem rechtswidrigen

⁽¹³⁸⁾ Die von Ajinomoto mit Brief vom 29. November 2002 bereitgestellte Übersetzung liest sich wie folgt: „A's head office's basic policy about DM price is 15 % (minimum 10 %) up adjustment. Met with strong opposition, as expected, at the meeting with European branches in August, but for the time being will start with DM 53 and attempt to achieve minimum DM 51 (10 % up)“.

⁽¹³⁹⁾ Mit Schreiben vom 29. November 2002 bestätigt Ajinomoto, dass es die Tatsachen aus Takedas Dokumenten bestreitet, und stellt den Wert der beiden Takeda-Dokumente als Beweis für eine andauernde Teilnahme von Takeda an dem Verstoß in Frage.

System teil, indem es durch den Austausch von Preisinformationen einen aktiven Beitrag leistete. Obwohl sich die Form vielleicht geändert hat, und zwar von der Teilnahme an multilateralen Treffen zur Aufrechterhaltung bilateraler Kontakte mit Takeda, muss der Schluss gezogen werden, dass Ajinomoto mindestens bis zu dem letzten bekannten Treffen, bei dem die Nucleotidpreise besprochen wurden, nämlich dem Treffen im September 1997 mit Takeda, am Verstoß beteiligt war.

- (209) In Bezug auf die anderen Parteien, die sich an der Vereinbarung über die Zielpreise für 1997 beteiligten, wird die Kommission davon ausgehen, dass der Verstoß bis Ende 1997 andauert hat, sofern nicht über Ende 1997 hinaus rechtswidrige Kontaktaufnahmen zwischen den Teilnehmern festgestellt wurden. Im Fall von Takeda und Cheil fand das letzte Treffen, bei dem Nucleotidpreise besprochen wurden, am 2. Juni 1998⁽¹⁴⁰⁾ statt. Die Kommission vertritt daher die Ansicht, dass der Verstoß in Bezug auf Takeda und Cheil bis zum 2. Juni 1998 andauerte.
- (210) Die Kommission vertritt daher die Meinung, dass der Verstoß durch Ajinomoto bis September 1997, durch Daesang bis Ende 1997 und durch Cheil und Takeda bis zum 2. Juni 1998 andauert hat.

E. ABHILFEMASSNAHMEN

1. ARTIKEL 3 DER VERORDNUNG Nr. 17

- (211) Stellt die Kommission einen Verstoß gegen 81 Absatz 1 EG-Vertrag oder Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung im Einklang mit Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 abzustellen.
- (212) Im vorliegenden Fall wies die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hin, dass die Teilnehmer beträchtliche Anstrengungen unternahmen, um ihre Maßnahmen zu verbergen, und dass sie in Bezug auf den Zeitraum, in dem der Verstoß stattgefunden hatte, auch widersprüchliche Angaben gemacht hatten. In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte geben alle Unternehmen an, dass sie ihre Beteiligung beendet hatten, bevor die Kommission ihre Ermittlungen aufnahm. Ajinomoto bringt vor, seine Beteiligung im August 1996 eingestellt zu haben.
- (213) Ungeachtet dieser Beobachtungen, und um jeden Zweifel auszuschließen, muss die Kommission die Unternehmen, die auf dem Nucleotidmarkt tätig bleiben und die die Adressaten der Entscheidung sind, dazu anhalten, den Verstoß zu beenden, wenn sie dies nicht bereits getan haben, und in Zukunft von jeglichen Vereinbarungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen Abstand zu nehmen, die dasselbe oder Ähnliches bezwecken oder bewirken.
- (214) Das Verbot erstreckt sich auf alle geheimen Treffen und multilateralen oder bilateralen Kontakte zwischen den Wettbewerbern, die den Wettbewerb unter ihnen einschränken oder es ihnen ermöglichen, ihr Marktverhalten, insbesondere ihre Preisgestaltung, aufeinander abzustimmen.

⁽¹⁴⁰⁾ Siehe S. 309 der Akte der Kommission.

2. ARTIKEL 15 ABSATZ 2 DER VERORDNUNG Nr. 17

Art der Zuwiderhandlung

a) ALLGEMEINE ÜBERLEGUNGEN

- (215) Gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission gegen Unternehmen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis zu einer Million EUR oder über diesen Betrag hinaus bis zu zehn von Hundert des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen verstoßen.
- (216) Bei der Festsetzung der Höhe einer Geldbuße muss die Kommission alle relevanten Umstände, insbesondere die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung, berücksichtigen; dies sind die zwei Kriterien, die in Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ausdrücklich genannt werden.
- (217) Die Rolle, die von jedem Unternehmen bei der Zuwiderhandlung gespielt wird, wird individuell beurteilt. Insbesondere wird die Kommission bei der Festsetzung der Geldbuße erschwerende oder mildernde Umstände berücksichtigen und gegebenenfalls die Kronzeugenregelung.
- (218) Bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes wird die Kommission die Art des Verstoßes, die tatsächliche Auswirkung des Verstoßes auf den Markt, sofern diese gemessen werden kann, und die Größe des relevanten Marktes berücksichtigen. Die Rolle, die von jeder an dem Verstoß beteiligten Partei gespielt wurde, wird individuell beurteilt.

b) HÖHE DER GELDBUßE

- (219) Das Kartell stellte einen vorsätzlichen Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen dar: Die führenden Nucleotidhersteller, die sich der wettbewerbseinschränkenden und außerdem widerrechtlichen Natur ihrer Handlungen zur Gänze bewusst waren, taten sich zusammen und schufen ein geheimes und fortdauerndes System, das auf die Einschränkung des Wettbewerbs ausgerichtet war.

1. Grundbetrag der geldbuße

- (220) Der Geldbußengrundbetrag wird je nach Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung festgesetzt.

Schwere

- (221) In ihrer Einschätzung der Schwere des Verstoßes berücksichtigt die Kommission die Art des Verstoßes, seine tatsächliche Auswirkung auf den Markt, sofern diese gemessen werden kann, sowie die Größe des räumlich relevanten Marktes.

- (222) Es ergibt sich aus dem beschriebenen Sachverhalt, dass der vorliegende Verstoß in der Aufteilung des Marktes und der Festsetzung von Preiserhöhungen bestand, Praktiken, die aufgrund ihrer Natur zu den schwersten Verstößen gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen zählen.
- (223) Die Kartellvereinbarungen betrafen wichtige weltweit operierende Akteure und wurden von allen beteiligten Unternehmen auf höchster Ebene konzipiert, geleitet und gefördert⁽¹⁴¹⁾. Aufgrund ihres Wesens führt die Umsetzung einer Kartellvereinbarung der beschriebenen Art zu einer bedeutenden Wettbewerbsverfälschung, die ausschließlich den am Kartell beteiligten Erzeugern zugute kommt und die für die Abnehmer und letztendlich für die breite Öffentlichkeit schädlich ist.
- (224) Die Kommission vertritt daher die Ansicht, dass die vorliegende Zuwiderhandlung aufgrund ihres Charakters einen sehr schweren Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen darstellt.
- (225) Ajinomoto zufolge geht aus einer Reihe von Elementen in diesem Fall hervor, dass der Verstoß nicht nur eine begrenzte Auswirkung auf den Markt hatte, sondern dass der Verstoß auch nicht so schwer war, wie dies von der Kommission festgestellt wird. Dazu zählten die Tatsache, dass der europäische Nucleotidsektor ein begrenztes Ausmaß hat, die Tatsache, dass die Zuwiderhandlung nicht zur Gänze umgesetzt wurde, die Tatsache, dass die Nucleotide an den Kosten des Endproduktes nur einen sehr geringen Anteil haben und der Schaden für die Verbraucher daher begrenzt war, sowie die Tatsache, dass die Möglichkeit, die Anbieter gegeneinander auszuspielen, den Schaden für die direkten Abnehmer in Grenzen hielt.

- (226) Die Kommission muss diese Argumente zurückweisen. Es steht fest, dass Preis- und Marktaufteilungskartelle aufgrund ihres Wesens das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes gefährden. Es wäre falsch, aufgrund der geringen Größe des Marktes die Schlussfolgerung zu ziehen, dass dieser Verstoß nicht sehr schwerwiegend ist. Was hier zählt, ist die Tatsache, dass das übliche Wettbewerbsmuster, das auf dem Binnenmarkt für Nucleotide ausschlaggebend gewesen wäre, in Bezug auf das Erzeugnis, dem wesentlichen Element des Wettbewerbs, systematisch durch verbotene Zusammenarbeit ersetzt wurde. Wie in den nachstehenden Randnummern nachgewiesen wird, wurden die Vereinbarungen tatsächlich umgesetzt, und sie hatten konkrete Auswirkungen auf den Nucleotidmarkt im EWR⁽¹⁴²⁾. Der Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen wird als sehr schwer eingestuft. Auf das Argument „geringe Größe des Marktes“ geht die Kommission in den Randnummern 241-242 ein.

⁽¹⁴¹⁾ Siehe Randnummern 57 ff.

⁽¹⁴²⁾ Die übrigen Argumente Ajinomotos werden auch im Abschnitt „Auswirkungen auf den Markt“ behandelt.

Die tatsächliche Auswirkung des Verstoßes auf den Nucleotidmarkt im EWR

- (227) Der Verstoß wurde von Unternehmen begangen, die im maßgebenden Zeitraum den Löwenanteil des Weltmarkts und des europäischen Markts für Nucleotide innehatten. Außerdem zielten die Absprachen spezifisch darauf ab, die Preise in einem stärkeren Ausmaß zu erhöhen, als dies sonst der Fall gewesen wäre, und die Absatzmengen einzuschränken. Da diese Vereinbarungen umgesetzt wurden, waren sie mit wesentlichen Auswirkungen auf den Markt verbunden.
- (228) Es besteht keine Notwendigkeit, das Ausmaß zu quantifizieren, in dem die Preise sich von jenen Preisen unterscheiden, die bei Nichtvorhandensein dieser Regelungen angewendet worden wären. Dies kann tatsächlich nicht immer verlässlich gemessen werden, da verschiedene externe Faktoren die Preisentwicklung des Erzeugnisses gleichzeitig beeinflusst haben könnten, so dass es äußerst schwer ist, in Bezug auf die relative Bedeutung aller möglichen kausalen Auswirkungen Schlussfolgerungen zu ziehen.
- (229) Die Kartellvereinbarungen wurden jedoch umgesetzt. Während der Gesamtdauer des Kartells tauschten die Parteien Informationen über ihre Verkaufspreise und Verkaufsmengen aus und vereinbarten aufgrund dieser Zahlen die Zielpreise (siehe z.B. Randnummern 80, 89, 91, 92-94, 97-98, 104, 108-111, 115-116, 118-131, 133, 135, 138-141). Wie im Sachverhaltsteil dieser Entscheidung nachgewiesen wurde, wurden Zielpreise und Preiserhöhungen vereinbart, den Abnehmern bekannt gegeben und im gesamten EWR umgesetzt (siehe z. B. Randnummern 86, 104, 118-120, 122, 124, 126, 128, 134, 139-141, 144). Die Parteien überwachten die Umsetzung ihrer Vereinbarungen genau, indem sie regelmäßig multi- und bilaterale Treffen organisierten. Dabei tauschten sie ihre Verkaufszahlen aus, besprachen Marktpreise (was es den Parteien ermöglichte, zu überprüfen, ob die vereinbarten Zielpreise eingehalten wurden) und kamen überein, die Zielpreise gegebenenfalls anzupassen (siehe z. B. Randnummern 92, 109, 111, 124, 128-130).
- (230) In Anbetracht dessen und angesichts der Bemühungen, die jeder Beteiligte bei der komplexen Organisation des Kartells auf sich nahm, besteht kein Zweifel, dass die wettbewerbsschädigende Vereinbarung während des gesamten maßgebenden Zeitraums umgesetzt wurde. Eine derart kontinuierliche Umsetzung über einen Zeitraum von neun Jahren muss sich auf den Markt ausgewirkt haben.
- (231) Ajinomoto macht geltend, die Kommission gehe von nicht stichhaltigem Beweismaterial aus, wenn sie nachweise, dass der Verstoß eine wesentliche Auswirkung auf den Markt hatte. Laut Ajinomoto waren die Auswirkungen des Verstoßes auf den Markt nur von begrenzter Natur. Vielmehr trägt Ajinomoto vor, dass es nicht nur sehr schwer gewesen sei, sich auf Zielpreise zu einigen, sondern dass diese Vereinbarungen, sofern man sich überhaupt darauf einigte, auch nie zur Gänze eingehalten worden seien: Es sei häufig zu Abweichungen gekommen, die nicht bestraft worden seien, und es hätte auch keine wirksame Überwachung gegeben. Laut Ajinomoto wurde der Verstoß daher nicht zur Gänze umgesetzt.
- (232) Darüber hinaus trägt Ajinomoto vor, dass die Nucleotidkosten durchschnittlich bei unter 0,1 % des Preises des Endprodukts lägen und dass die Möglichkeit, die Anbieter gegeneinander auszuspielen, den Schaden für die direkten Verbraucher ebenfalls in Grenzen gehalten habe. Schließlich argumentiert Ajinomoto, dass eine Analyse der wirtschaftlichen Bedingungen während des der Betrachtung unterzogenen Zeitraums bestätige, dass die Preisentwicklung mit dem Wettbewerbsverhalten im Einklang stand. Zur Untermauerung dieser Feststellung hat Ajinomoto einen von RBB Economics erstellten Bericht übermittelt, in dem festgestellt wird, dass die Schlussfolgerung, wonach die Preise im Zeitraum 1988-1997 ungewöhnlich stabil waren oder der Preisrückgang Ende 1998/Anfang 1999 die Beendigung des Verstoßes widerspiegelte, jeder Grundlage entbehre. Laut Bericht kann bezweifelt werden, dass die Vereinbarungen zwischen den Nucleotidherstellern über die Kundenzuweisungen effizient waren; zweitens ist der Preisrückgang Ende 1998/Anfang 1999 das Ergebnis wichtiger Änderungen bei den externen Marktfaktoren, die die Preisbedingungen in Europa grundlegend änderten, und nicht durch das Ende des Kartells bedingt: Eine wesentliche Erhöhung der Kapazitäten, die durch die Inbetriebnahme von Cheils Produktionsanlage in Indonesien hervorgerufen wurde, sowie die stagnierende Nachfrage ab 1997 führten zu hohen Überkapazitäten. Die Abwertung der koreanischen und der indonesischen Währung brachten die europäischen Preise zusätzlich unter Druck. In einer Beilage zur Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bringt Ajinomoto außerdem vor, dass die durchschnittlichen Schätzungen der der Kommission von den Unternehmen zur Verfügung gestellten (und zugänglich gemachten) Kapazitätsangaben bestätigen, dass die Preisentwicklung während des gesamten maßgebenden Zeitraums mit den Wettbewerbsbedingungen im Einklang stand und dass sich die Auswirkungen des Verstoßes auf den Markt in Grenzen hielten.
- (233) In der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zieht Cheil die gleichen Schlüsse und betont, dass es Cheils Entscheidung war, die Kapazitäten zu erhöhen, was Ende 1998/Anfang 1999 schließlich zu einem wesentlichen Preisrückgang führte. Cheil führt auch ins Treffen, dass die geringe Größe des Marktes bedeutet, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen des rechtswidrigen Verhaltens geringer sind, was die Festsetzung eines niedrigeren Grundbetrags der Geldbuße rechtfertigt. Außerdem argumentiert Cheil, das dabei von Daesang⁽¹⁴³⁾ unterstützt wird, dass die Kommission bei der Bestimmung der Schwere des Verstoßes die Tatsache berücksichtigen sollte, dass die Auswirkung des Verstoßes auf die Verbraucher vernachlässigbar sei und dass die Koreaner in ein bereits bestehendes System hineingezogen worden seien.
- (234) Ähnlich bringt Takeda vor, dass sogar die maximal mögliche Auswirkung auf die Endverbraucher aufgrund der geringen Größe des europäischen Marktes, aufgrund der Tatsache, dass Nucleotide eher von großen Lebensmittelherstellern gekauft werden als von Endverbrauchern, und aufgrund des Umstands, dass die Nucleotide im Endprodukt nur einen geringen Kostenfaktor ausmachen, sehr beschränkt sei. Takeda behält sich ferner seine Rechte in Bezug auf die Tatsache vor, dass die Kommission nicht versucht hat, das Ausmaß genau zu quantifizieren, in dem die durch den Verstoß verursachten Preiserhöhungen über dem Preisniveau lagen, das sonst erreicht worden wäre.

⁽¹⁴³⁾ Siehe sowohl Daesangs Antwort vom 20. September 2002 als auch die mit Schreiben vom 27. November 2002 übermittelte Zusammenfassung.

- (235) Keines der von den Parteien vorgebrachten Argumente zur Widerlegung der Erkenntnisse der Kommission, wonach das Kartell tatsächliche Auswirkungen auf den Markt hatte, ist schlüssig. Die Erklärungen betreffend die Preisstabilität zwischen 1988 und 1997 und den Preisrückgang Ende 1998/Anfang 1999 haben eine gewisse Gültigkeit (insbesondere was die Kapazitätsausweitung betrifft, die durch die Gründung der neuen Anlage von Cheil in Indonesien gegen Ende des Kartells hervorgerufen wurde), sie verabsäumen es jedoch, überzeugend darzustellen, dass die Umsetzung der Kartellvereinbarung bei der Festsetzung der Preise auf dem Nucleotidmarkt und den Preisschwankungen keine Rolle gespielt haben könnte. Aufgrund der Tatsache, dass die Parteien die unsichere Lage des freien Wettbewerbs durch die fortdauernde verbotene Zusammenarbeit ersetzten, wurden die Preise selbstverständlich auf einem Niveau festgesetzt, das bei Wettbewerbsbedingungen anders ausgesehen hätte.
- (236) Die von Ajinomoto und Cheil betonte Tatsache, dass die Produktionskapazität gegen Ende des Kartells zu einem Zeitpunkt beträchtlich ausgeweitet wurde, als die Nachfrage bereits zurückging, was zu einem Rückgang der Preise (und der Kapazitätsauslastung der betreffenden Erzeuger) führte, weist sicherlich auf die Schwierigkeiten hin, denen sich die Parteien gegen Ende des Kartells bei der Beeinflussung der Preise in einer schwierigen Marktsituation gegenübersehen, und zeigt vielleicht sogar die Gründe für den Zusammenbruch des Kartells auf. Ganz sicher ist die genannte Tatsache kein Beweis dafür, dass die rechtswidrigen Praktiken während des neunjährigen Bestehens des Kartells keinen Einfluss auf den Markt hatten, und sie beweist auch nicht, dass die Preise nicht über dem im freien Wettbewerb erzielten Niveau gehalten wurden.
- (237) Im Gegenteil, wenn man die gemeinsamen Bemühungen der Kartellmitglieder (siehe Randnummern 75-149) prüft, kann daraus vernünftigerweise der Schluss gezogen werden, dass es den Kartellmitgliedern während der gesamten Dauer des Kartells gelang, die Preise auf einem Niveau zu halten, das ohne die rechtswidrigen Vereinbarungen nicht erreicht worden wäre.
- (238) Auch wenn die von den Kartellteilnehmern angestrebten Ziele nicht zur Gänze erreicht wurden, so ist damit noch keineswegs bewiesen, dass das Kartell den Markt nicht beeinträchtigte. Außerdem ist es in Anbetracht der u. a. damit verbundenen Risiken unvorstellbar, dass die Parteien sich im Zeitraum des Verstoßes wiederholt an Orten in der ganzen Welt zur Festsetzung von Zielpreisen getroffen hätten, wenn sie der Ansicht gewesen wären, dass das Kartell wenig oder keinen Einfluss auf den Nucleotidmarkt hatte. Als Beispiel kann in diesem Zusammenhang auf die spezielle Gratulation verwiesen werden, die Ajinomoto allen Kartellmitgliedern gegenüber während eines Kartelltreffens im Zusammenhang mit der erfolgreichen Umsetzung der Zielpreise für 1995 aussprach (siehe Randnummer 126 oder Anhang Z, der der Ergänzenden Darstellung Daesangs beigeheftet ist ⁽¹⁴⁴⁾).
- (239) In ihrer Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte haben Ajinomoto, Cheil und Daesang auch geltend gemacht, dass das Beweismaterial der Kommission selbst zeige, dass sie die Vereinbarungen oft nicht eingehalten und oft autonom auf dem Markt agiert hätten. Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Kommission verfügt nicht nur über ausführliches Beweismaterial, aus dem hervorgeht, dass Ajinomoto, Daesang und Cheil an dem Verstoß tatsächlich weiterhin während der gesamten Dauer des Verstoßes beteiligt waren (was von den Parteien auch nicht bestritten wird, mit Ausnahme von Ajinomoto in Bezug auf die Beteiligung nach August 1996), sondern auch die Tatsache, dass jede Partei über eine „geheime Tagesordnung“ verfügt haben könnte, die sie zu einer gewissen Nichtbeachtung der gegenüber dem Kartell eingegangenen Verpflichtungen veranlasste, impliziert nicht, dass die Teilnehmer die Kartellvereinbarung nicht umsetzten. Wie der Gerichtshof Erster Instanz in der Rechtssache Cascades erkannte, „versuchen Unternehmen, die trotz Absprache mit ihren Mitbewerbern eine mehr oder weniger unabhängige Marktpolitik verfolgen, vielleicht nur, das Kartell zum eigenen Vorteil auszunützen“ ⁽¹⁴⁵⁾.

Die Größe des räumlich relevanten Marktes

- (240) Das Kartell erstreckte sich über den gesamten Gemeinsamen Markt und nach der Schaffung des EWR über den gesamten EWR. Jeder Teil des Gemeinsamen Marktes und des EWR wurde von der verbotenen Zusammenarbeit beeinflusst. Bei der Feststellung der Schwere des Verstoßes geht die Kommission daher davon aus, dass die Gesamtheit der Gemeinschaft und nach der Schaffung des EWR die Gesamtheit des EWR vom Kartell beeinträchtigt gewesen sind.

Erkenntnisse der Kommission betreffend die Schwere der Zuwiderhandlung

- (241) Unter Berücksichtigung der Art des geprüften Verhaltens, seiner tatsächlichen Auswirkung auf den Nucleotidmarkt und der Tatsache, dass der gesamte Gemeinsame Markt und nach der Schaffung des EWR der gesamte EWR davon betroffen war, vertritt die Kommission die Ansicht, dass die von dieser Entscheidung betroffenen Unternehmen einen sehr schweren Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen begangen haben.
- (242) Zwischen der Frage der Größe des Produktmarkts und jener der tatsächlichen Auswirkung des Verstoßes auf diesen Produktmarkt muss klar unterschieden werden. Es ist nicht Praxis der Kommission, bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes die Größe des Produktmarkts als relevanten Faktor in Betracht zu ziehen.
- (243) Nichtsdestoweniger wird die Kommission, unbeschadet der sehr schweren Art des Verstoßes, im vorliegenden Fall das begrenzte Ausmaß des Produktmarktes berücksichtigen.

⁽¹⁴⁴⁾ Siehe S. 1076 der Akte der Kommission.

⁽¹⁴⁵⁾ Rechtssache T-308/94, Cascades/Kommission, Slg. 1998, II-925, Rdnr. 230.

Klassifizierung der Kartellteilnehmer

- (244) Innerhalb der Klasse der sehr ernststen Verstöße ermöglicht die vorgeschlagene Skala wahrscheinlicher Geldbußen die Anwendung unterschiedlicher Möglichkeiten im Umgang mit den Unternehmen, so dass die tatsächliche wirtschaftliche Kapazität der Zuwiderhandelnden im Hinblick auf die Zufügung eines beträchtlichen Schadens für den Wettbewerb berücksichtigt und die Geldbuße in einem Ausmaß festgesetzt wird, das eine hinreichend abschreckende Wirkung sicherstellt. Dies scheint insbesondere notwendig, wenn es, wie in diesem Fall, beträchtliche Unterschiede im Marktanteil der am Verstoß beteiligten Unternehmen gibt.
- (245) Im vorliegenden Fall, an dem verschiedene Unternehmen beteiligt sind, wird es notwendig sein, bei der Festsetzung des Grundbetrages der Geldbußen das spezifische Gewicht der Zuwiderhandlung eines jeden Unternehmens und damit die tatsächliche Auswirkung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.
- (246) Zu diesem Zweck können die betroffenen Unternehmen je nach ihrer relativen Bedeutung auf dem betroffenen Markt in verschiedene Kategorien eingeteilt werden, wobei zum Zweck der Berücksichtigung anderer Faktoren, z. B. der Notwendigkeit einer wirksamen Abschreckung, gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen sind.
- (247) Als Grundlage für den Vergleich der relativen Bedeutung der Unternehmen auf dem betreffenden Markt hält es die Kommission für angemessen, in diesem Fall von den jeweiligen Weltmarktanteilen des Erzeugnisses auszugehen. Aufgrund der globalen Natur des Marktes ergeben diese Zahlen das am besten geeignete Bild der Fähigkeit des beteiligten Unternehmens, anderen Wirtschaftsteilnehmern im Gemeinsamen Markt und/oder dem EWR wesentlichen Schaden zuzufügen. Außerdem liefert der Weltmarktanteil eines jeden Kartellmitglieds einen Hinweis auf dessen Beitrag zur Wirksamkeit des Kartells in seiner Gesamtheit oder umgekehrt einen Hinweis auf die Instabilität, die für die Kartellmitglieder gegeben gewesen wäre, hätten sie sich nicht am Kartell beteiligt. Der Vergleich beruht auf den Weltmarktanteilen für das Erzeugnis im letzten vollen Kalenderjahr des Verstoßes (1997).
- (248) Ajinomoto war im räumlich relevanten Markt immer der größte Nucleotidhersteller. 1997 lag der geschätzte Weltmarktanteil des Unternehmens zwischen 40 und 50 %.
- (249) Takeda, Cheil und Daesang waren auf dem Weltmarkt für Nucleotide weniger bedeutende Akteure. 1997 betrug ihr Marktanteil schätzungsweise zwischen 10 und 20 %, mindestens zweimal weniger als der Marktanteil des führenden Anbieters, Ajinomoto.
- (250) Ajinomoto bildet daher eine erste Kategorie von Unternehmen, während Takeda, Cheil und Daesang einer zweiten Kategorie zuzuordnen sind.
- (251) In Anbetracht dessen werden die Grundbeträge der Geldbußen aufgrund der Schwere des Verstoßes wie folgt festgesetzt:
- Ajinomoto: 6 Mio. EUR,
 - Takeda, Daesang und Cheil: 2,4 Mio. EUR.

Ausreichende Abschreckung

- (252) Um sicherzustellen, dass die Geldbuße eine ausreichend abschreckende Wirkung erzielt und die Tatsache berücksichtigt, dass große Unternehmen über rechtliche und wirtschaftliche Kenntnisse verfügen, die es ihnen leichter ermöglichen zu erkennen, dass ihr Verhalten eine Zuwiderhandlung darstellt, und sich bewusst sind über die wettbewerbsrechtlichen Folgen, wird die Kommission im Folgenden prüfen, ob eine weitere Anpassung des Grundbetrages für eines der Unternehmen notwendig ist.
- (253) Mit ihren weltweiten Umsätzen (2001) von 8,7 Mrd. EUR bzw. 9,2 Mrd. EUR sind Ajinomoto und Takeda wesentlich größere Marktteilnehmer als Daesang (1,4 Mrd. EUR) und Cheil (1,9 Mrd. EUR). Die Kommission hält es daher für angemessen, dass der Grundbetrag für eine der Marktstellung entsprechende Geldbuße nach oben angepasst wird, um der Größe und den Gesamtresourcen von Ajinomoto und Takeda Rechnung zu tragen.
- (254) Wegen des nötigen Abschreckungseffekts ist der in Randnummer 251 festgesetzte Grundbetrag der Geldbußen daher für Ajinomoto um 100 % auf 12 Mio. EUR Mio. und für Takeda um 100 % auf 4,8 Mio. EUR zu erhöhen.

Dauer des Verstoßes

- (255) Die Kommission vertritt die Ansicht, dass Daesang vom 19. Dezember 1988 bis Ende 1997 gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und vom 1. Januar 1994 bis Ende 1997 gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen verstoßen hat.
- (256) Cheil hat nach Ansicht der Kommission von März 1989 bis zum 2. Juni 1998 gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und vom 1. Januar 1994 bis zum 2. Juni 1998 gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Vertrag verstoßen.
- (257) Takeda hat vorgebracht, dass die Kommission den Zeitpunkt des letzten bekannten Kartelltreffens als Ende des Verstoßes ansehen sollte. Wie im Abschnitt „Dauer des Verstoßes“ nachgewiesen wurde, geht aus dem Beweismaterial in der Akte hervor, dass am 2. Juni 1998 tatsächlich der letzte bekannte rechtswidrige Kontakt zwischen Takeda und einem Kartellmitglied stattgefunden hat. Die Kommission ist folglich der Ansicht, dass Takeda vom 8. November 1988 bis zum 2. Juni 1998 gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und vom 1. Januar 1994 bis zum 2. Juni 1998 gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen verstoßen hat.

- (258) Ajinomoto schließlich bestreitet die Dauer des Verstoßes und gibt seine Beteiligung am Verstoß nur bis August 1996 zu. Die Dauer der Kartellbeteiligung Ajinomotos wird in den Randnummern 202-210 erörtert. Nach Auffassung der Kommission hat Ajinomoto vom 8. November 1988 bis mindestens September 1997 gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und vom 1. Januar 1994 bis mindestens September 1997 gegen Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen verstoßen.
- (259) Zusammenfassend stellt die Kommission fest, dass die Unternehmen den Verstoß über eine Dauer von neun Jahren und sechs Monaten (Takeda), acht Jahren und neun Monaten (Ajinomoto), neun Jahren (Daesang) sowie neun Jahren und zwei Monaten (Cheil) begangen haben, was einer langen Dauer entspricht (über fünf Jahre). Die für die Schwere des Verstoßes festgesetzten Grundbeträge (siehe Randnummern 251, 254 und 259) erhöhen sich daher um 10 % pro Jahr und 5 % pro sechs Monate, also um 95 % für Takeda, 90 % für Cheil und Daesang sowie 85 % für Ajinomoto.
- (260) Cheil macht in seiner Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte jedoch geltend, dass die Bestimmung in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 § 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden⁽¹⁴⁶⁾, wonach ein Verstoß von „langer Dauer“ eine Erhöhung um 10 % jährlich rechtfertigt, nicht bedeutet, dass jeder Verstoß Gegenstand einer solchen „jährlichen“ Erhöhung sein sollte. Insbesondere trägt Cheil vor, dass die Kommission wegen der geringen Beteiligung des Unternehmens an dem Verstoß in der Zeit von März 1989 bis Anfang 1992 (und der sich daraus ergebenden geringen Auswirkung auf den Markt) für die Dauer des Verstoßes eine weniger starke Erhöhung — d. h. unter 10 % jährlich — in Bezug auf diesen Zeitraum zugrunde legen sollte. Diese Vorgehensweise sei außerdem auch in Bezug auf die Ereignisse nach 1996 gerechtfertigt, und zwar aufgrund der Tatsache, dass die Intensität dieser Ereignisse viel geringer gewesen sei und das Unternehmen 1996 die Ausweitung der Kapazitäten (wirksam bis Ende der 90er Jahre) beschlossen habe.
- (261) Die Kommission muss dieses Argument zurückweisen. Cheils Beteiligung an dem Verstoß während der Gesamtdauer der Zuwiderhandlung ist im Sachverhaltsteil der vorliegenden Entscheidung festgestellt worden. Es steht auch fest, dass der Verstoß auf den EWR-Markt eine Auswirkung hatte. Die bloße Tatsache, dass jeder Teilnehmer an einem Kartell die Rolle spielen kann, die je nach den spezifischen Umständen geeignet ist, enthebt ihn nicht seiner Verantwortung für die Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit. Ein Unternehmen, das sich an der gemeinsamen rechtswidrigen Zuwiderhandlung mit Handlungen beteiligt, die zur Verwirklichung des gemeinsamen Ziels beitragen, ist für die gesamte Zeit seiner Beteiligung auch für das Verhalten verantwortlich, das andere Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung an den Tag legen⁽¹⁴⁷⁾. Die Kommission vertritt daher die Meinung, dass Cheil für die Gesamtdauer der Zuwiderhandlung an dem Verstoß in gleicher Weise beteiligt war.

⁽¹⁴⁶⁾ ABl. C 9 vom 14.1.1998, S. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Anic, a.a.O., Rdnr. 83.

Beschluss zu den Grundbeträgen

- (262) Die Grundbeträge der Geldbußen werden wie folgt festgesetzt:
- Takeda: 9,36 Mio. EUR,
 - Ajinomoto: 22,2 Mio. EUR,
 - Daesang: 4,56 Mio. EUR,
 - Cheil: 4,56 Mio. EUR.

2. Erschwerende umstände

- (263) Die Kommission hat keine erschwerenden Umstände ermittelt, die in der vorliegenden Entscheidung zu berücksichtigen sind.

3. Mildernde umstände

Ausschließlich passive Rolle bei dem Verstoß

- (264) Cheil und Daesang stellen in ihrer Erwiderung fest⁽¹⁴⁸⁾, dass sie bei dem Verstoß immer eine passive oder Mitläuferrolle („follow my leader“) gespielt hätten. Sie seien in ein bereits bestehendes Kartell hineingezogen worden, das von Takeda und, in geringerem Maße, von Ajinomoto angeführt wurde, die ihre eigenen Märkte schützen und den Wettbewerb durch Kompensationsgeschäfte einschränken wollten. Ajinomoto bemerkt hierzu, dass es gegenüber dem Unternehmen Takeda, das als wirklicher Anführer des Kartells anzusehen sei, eine untergeordnete Rolle gespielt habe. Außerdem bringen die koreanischen Erzeuger vor, dass sie viel kleiner sind als ihre japanischen Kollegen, was die begrenzte Auswirkung ihres Verhaltens auf den Markt ebenfalls beweise.
- (265) Bei der Bemessung des Grundbetrages der Geldbuße ist die tatsächliche wirtschaftliche Kapazität der Unternehmen zur Beeinflussung des EWR-Markts aufgrund ihrer wirtschaftlichen Größe berücksichtigt worden (siehe Randnummern 244-251).
- (266) Auch wenn auf der Grundlage dieser Feststellungen gewisse Elemente darauf hindeuten, dass die japanischen Unternehmen das Kartell eingerichtet und die Initiative zur Abhaltung bestimmter Besprechungen übernommen haben, hat die Kommission keinen Grund zur Annahme, dass die koreanischen Unternehmen bei der Zuwiderhandlung eine rein passive oder Mitläuferrolle innehatten. Beide Unternehmen wohnten den meisten ermittelten Kartelltreffen bei und beteiligten sich direkt und aktiv an dem Verstoß. Cheil und Daesang waren während der Gesamtdauer ihrer Beteiligung an dem Kartell bei den Treffen anwesend und tauschten Absatzdaten aus. Sie können daher nicht behaupten, eine „rein passive Rolle“ gespielt zu haben⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Siehe auch Daesangs zusammenfassende Stellungnahme vom 27. November 2002.

⁽¹⁴⁹⁾ Siehe z. B. Randnummer 365 der Entscheidung 2001/418/EG der Kommission in der Sache COMP/36.545/F3 — Aminosäuren (ABl. L 152 vom 7.6.2001, S. 24).

- (267) Beispielsweise zeigt Daesangs eigener Bericht über das im Dezember 1995 abgehaltene Treffen, bei dem die Zusammenarbeit 1995 einer Überprüfung unterzogen wurde⁽¹⁵⁰⁾, deutlich, dass alle Parteien bei der Umsetzung der Preiserhöhungen für 1995 zusammengearbeitet hatten und dass sich alle Parteien auf die Fortsetzung der Zusammenarbeit für 1996 einigten. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, machten Cheil und Daesang ihrerseits Vorschläge zu den Zielpreisen und hielten untereinander Treffen ab, um eine gemeinsame Position für die Erzeugertreffen vorzubereiten.
- (268) In Anbetracht der Gesamtheit der Beweise in dieser Sache, wie sie im Tatsachenteil dieser Entscheidung beschrieben wurden, ergibt sich das Bild eines Kartells, in dem alle Parteien durch den Austausch ihrer Verkaufszahlen und die Besprechung und Erörterung von Zielpreisen aktiv und direkt an der Zuwiderhandlung teilnahmen. Alle Beteiligten hatten ein gemeinsames Interesse an den Vereinbarungen. Alle Kartellmitglieder wurden überführt, an den meisten der Kartelltreffen teilgenommen und diese abwechselnd organisiert zu haben. Keines der Unternehmen kann als solches als Führer im Sinne der Leitlinien angesehen werden.

Nichtumsetzung der wettbewerbsschädigenden Vereinbarungen in die Praxis

- (269) Wie unter Randnummer 229 erörtert wurde, vertritt die Kommission die Ansicht, dass die wettbewerbsschädigenden Vereinbarungen umgesetzt wurden. Dieser mildernde Umstand ist daher auf keinen der von der vorliegenden Entscheidung Betroffenen anzuwenden. Die Kommission stellt fest, dass eine wettbewerbseinschränkende Vereinbarung grundsätzlich umgesetzt wird, wenn das Verhalten der Kartellmitglieder auf dem Markt durch die gemeinsamen zum Ausdruck gebrachten Absichten bestimmt wird. Im Fall wiederholter Vereinbarungen, die über einen langen Zeitraum abgeschlossen wurden, kann davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarungen von jedem Beteiligten umgesetzt worden sind, da sie sonst nicht wiederholt über einen so langen Zeitraum Treffen in der ganzen Welt zur Festsetzung von Preisen und Zuweisung der Abnehmer vereinbart hätten. Keines der von den Parteien vorgebrachten Argumente ist geeignet, die von der Kommission geltend gemachten Beweise stichhaltig zu widerlegen.
- (270) Wie in Randnummer 239 dargelegt, versucht ein Unternehmen, das trotz Absprache mit seinen Mitbewerbern eine mehr oder weniger unabhängige Marktpolitik verfolgt, vielleicht nur, das Kartell zum eigenen Vorteil auszunützen⁽¹⁵¹⁾. Der von den Parteien behauptete Umstand, dass sie die vereinbarten Absprachen regelmäßig nicht einhielten, kann daher nicht als ausreichender Beweis für die Nichtumsetzung der Vereinbarungen gewertet werden.

Sonstige mildernde Umstände

- (271) In seiner Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bringt Ajinomoto vor, dass die Kommission Ajinomotos einseitige und freiwillige Beendigung der Beteiligung am Verstoß, die erfolgt sei bevor die Kommission aktiv wurde, sowie die Tatsache, dass dieser einseitige Rückzug zur Aufdeckung des Verstoßes beigetragen hätte, als mildernden Umstand werten sollte.
- (272) Zur Untermauerung dieser Argumentation bezieht sich Ajinomoto auf Takedas interne Memoranden vom 28. Mai 1997 und 9. Juni 1997⁽¹⁵²⁾ sowie auf Takedas Erklärung der Geschäftsführung⁽¹⁵³⁾, in denen auf die Bedenken der Kartellmitglieder in Bezug auf Ajinomotos Entscheidung, an den multilateralen Treffen nach August 1996 nicht mehr teilzunehmen, und auf die Auswirkungen, die ein solcher Schritt auf diese Treffen haben würde, Bezug genommen wird.
- (273) Dieses Argument ist zurückzuweisen. Es ist unter dem Abschnitt „Dauer des Verstoßes“ nachgewiesen worden, dass Ajinomotos Entscheidung, an den multilateralen Treffen nach August 1996 nicht mehr teilzunehmen, nicht als Beweis dafür gewertet werden kann, dass das Unternehmen seine Beteiligung am Verstoß ab diesem Zeitpunkt einseitig einstellte. Die Kommission ist im Gegenteil vielmehr der Ansicht, dass Ajinomoto an dem Verstoß weiterhin beteiligt war, da Ajinomoto bilaterale Kontakte mit Takeda aufrechterhielt, bei denen der Nucleotidmarkt und die Preise erörtert wurden. Unter diesen Umständen vertritt die Kommission die Meinung, dass die mangelnde Teilnahme von Ajinomoto an den multilateralen Treffen bei der „Aufdeckung“ des Kartells, wenn überhaupt, so nur eine unbedeutende Rolle gespielt haben kann.
- (274) Cheil bringt vor, dass die Kommission die Tatsache berücksichtigen sollte, dass Cheil für diesen Verstoß in den Vereinigten Staaten bereits mit einer Geldstrafe belegt worden sei, und macht geltend, dass Unternehmen nicht einem „doppelten Risiko“ ausgesetzt sein sollten und die Kommission das Ausmaß der Geldbuße ausschließlich von den Auswirkungen des Verstoßes auf den relativ kleinen Markt der Gemeinschaft abhängig machen sollte.
- (275) Diese Argumentation ist zurückzuweisen. Geldstrafen, die von dritten Staaten, einschließlich der Vereinigten Staaten, auferlegt werden, haben keinerlei Einfluss auf die Geldbußen, die für den Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft aufzuerlegen sind. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch die Vereinigten Staaten (oder ein anderes Drittland) im Zusammenhang mit Kartellverhalten kann die Zuständigkeit der Kommission im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft in keiner Weise einschränken. Ausgehend vom Gebietsgrundsatz erfasst Artikel 81 EG-Vertrag nur Wettbewerbsbeschränkungen im Gemeinsamen Markt und Artikel 53 EWR-Abkommen nur Wettbewerbsbeschränkungen im EWR-Markt. In gleicher Weise sind die Kartellbehörden der Vereinigten Staaten nur in dem Maße zuständig, als das Verhalten eine direkte und beabsichtigte Auswirkung auf die Vereinigten Staaten hat.

⁽¹⁵⁰⁾ Siehe Anhang Z der Ergänzenden Darstellung von Daesang, S. 1076 der Akte der Kommission.

⁽¹⁵¹⁾ Rechtssache Cascades, a.a.O., Rdnr. 230.

⁽¹⁵²⁾ Siehe S. 2147 bzw. S. 2151 der Akte der Kommission.

⁽¹⁵³⁾ Erklärung von Takeda, S. 2173 der Akte der Kommission.

(276) Laut Takeda sollte die Kommission die Tatsache berücksichtigen, dass das Unternehmen bereits in der Vitamin-Kartellsache ⁽¹⁵⁴⁾ eine beträchtliche Geldbuße bezahlt hat. Ajinomoto bringt eine ähnliche Argumentation hinsichtlich der Geldbuße vor, die es im Fall Lysin ⁽¹⁵⁵⁾ gezahlt hat. Die Kommission weist dieses Argument zurück. Bei den beiden genannten Kartellsachen ging es nicht um die Zuwiderhandlungen von Takeda und Ajinomoto auf dem Nucleotidmarkt, so dass sie in dieser Entscheidung nicht berücksichtigt werden können.

(277) Cheil und Daesang machen außerdem geltend, dass sie die Kartellabmachungen regelmäßig nicht eingehalten und sogar im Widerspruch zu diesen gehandelt hätten, indem sie z. B. die Produktionskapazität ausweiteten oder die Zielpreise unterschritten.

(278) Die Kommission betont einmal mehr, dass die Tatsache, dass ein Unternehmen, dem Preisabsprachen mit den Wettbewerbern nachgewiesen wurden, sich nicht immer an die mit den Wettbewerbern vereinbarte Verhaltensweise hielt, bei der Bemessung der aufzuerlegenden Geldbuße nicht unbedingt als mildernder Umstand berücksichtigt werden muss. Wie bereits festgestellt wurde, versucht ein Unternehmen, das trotz Absprache mit seinen Mitbewerbern eine mehr oder weniger unabhängige Marktpolitik verfolgt, vielleicht nur, das Kartell zum eigenen Vorteil auszunützen ⁽¹⁵⁶⁾.

(279) Ajinomoto, Cheil und Takeda weisen auch darauf hin, dass sie Maßnahmen zur Verhinderung zukünftiger Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften ergriffen haben. Sie haben in diesem Zusammenhang Programme zur Sicherstellung der Übereinstimmung eingeführt oder solche Programme verstärkt. Die Kommission begrüßt die Tatsache, dass diese Unternehmen Maßnahmen ergriffen haben, die sicherstellen sollen, dass die Kartellgesetze nicht verletzt werden. Nichtsdestoweniger ist sie der Ansicht, dass diese Initiative zu spät ergriffen wurde und als Verhütungsmaßnahme die Kommission nicht ihrer Pflicht enthebt, einen von diesen Unternehmen in der Vergangenheit begangenen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln zu bestrafen. In Anbetracht dessen ist die Einführung eines Programms, das die Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht sicherstellen soll, nicht als mildernder Umstand zu werten, der eine Herabsetzung der Geldbuße rechtfertigt.

(280) Aus den dargelegten Gründen können bei dem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln im Nucleotidmarkt keine mildernden Umstände zugunsten der beteiligten Unternehmen berücksichtigt werden.

4. Anwendung der Kronzeugenregelung

(281) Die Adressaten dieser Entscheidung haben in verschiedenen Phasen der Ermittlungen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften mit der Kommission zusammengearbeitet, um in den Genuss der Rechtsvorteile der Kronzeugenregelung zu gelangen. Um die berechtigten

Erwartungen der betroffenen Unternehmen in Bezug auf die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen aufgrund ihrer Zusammenarbeit erfüllen zu können, prüft die Kommission im folgenden Abschnitt, ob die betroffenen Parteien die in der Kronzeugenregelung festgelegten Bedingungen erfüllt haben.

Nichtfestsetzung oder wesentlich niedrigere Festsetzung einer Geldbuße („Abschnitt B“)

(282) Takeda hat die größtmögliche Ausschöpfung der Kronzeugenregelung beantragt. In diesem Zusammenhang führt Takeda ins Treffen, dass es in den Genuss der 2002 veröffentlichten Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen ⁽¹⁵⁷⁾ („Kronzeugenregelung 2002“) kommen sollte und argumentiert damit, dass es keine Schritte unternommen habe, um andere Unternehmen zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung zu zwingen. Takeda bringt daher vor, dass es im Rahmen der neuen Vorschriften für die maximale Ausschöpfung der Kronzeugenregelung in Frage kommen könnte. Takeda macht geltend, dass die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft den Grundsatz anerkennen, dass unter bestimmten Umständen die Handhabung von Strafen mit abschreckender Wirkung mit rückwirkender Kraft geändert werden sollte und dass dieser Grundsatz in allgemeinerer Form für Verwaltungsentscheidungen gelten kann, wie dies in einer Reihe von Mitgliedstaaten gehandhabt wird.

(283) In der Kronzeugenregelung 2002 ist klar festgehalten, dass sie nicht auf Fälle anwendbar ist, in denen sich die Unternehmen mit der Kommission bereits in Verbindung gesetzt haben, um die Rechtsvorteile der früheren Kronzeugenregelung in Anspruch zu nehmen. Die Kommission wird daher alle Anträge auf Anwendung der Kronzeugenregelung gemäß der Kronzeugenregelung aus dem Jahr 1996 behandeln, die zum Zweck dieser vorliegenden Entscheidung ihre Gültigkeit behält.

(284) Die Kommission erkennt an, dass Takeda als erstes Unternehmen entscheidende Beweismittel für das Bestehen des Kartells vorgelegt hat und mit der Kommission während der gesamten Ermittlungen in vollem Umfang kontinuierlich zusammengearbeitet hat. Takeda informierte die Kommission erstmalig am 9. September 1999 über die Existenz des Kartells; am 14. September 1999 übergab sie eine Akte mit entsprechenden Beweisen. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Kommission noch keinerlei Informationen über das Kartell von anderer Seite erhalten.

(285) Zur Würdigung von Takedas Zusammenarbeit stellt die Kommission fest, dass die von dem Unternehmen zunächst beigebrachten Beweismittel keine Aktivitäten des Kartells vor 1992 betrafen. Dennoch wies Takeda in ihrer Erklärung der Geschäftsführung darauf hin, dass das Kartell tatsächlich 1989 ins Leben gerufen wurde. Es gibt keine Hinweise darauf, dass Takeda über andere Informationen oder Dokumente in Bezug auf das Kartell verfügt. Demnach muss geschlussfolgert werden, dass Takedas uneingeschränkt mit der Kommission zusammengearbeitet hat.

⁽¹⁵⁴⁾ Kartellsache 37.512, noch nicht veröffentlicht.

⁽¹⁵⁵⁾ Kartellsache 36.545, ABl. L 152 vom 7.6.2001, S. 24.

⁽¹⁵⁶⁾ Siehe Rechtssache Cascades SA, a.a.O., Rdnr. 230.

⁽¹⁵⁷⁾ ABl. C 45 vom 19.2.2002, S. 3.

(286) Trotz einiger Hinweise in der Akte, nach denen Takeda bei bestimmten Gelegenheiten möglicherweise eine koordinierende Rolle im Kartell gespielt hat, hat das Unternehmen weder andere Firmen zur Teilnahme am Kartell genötigt noch als Kartellanführer agiert oder eine maßgebliche Rolle bei den illegalen Aktivitäten im Sinne der Kronzeugenregelung gespielt. Darüber hinaus ist festgestellt worden, dass Takeda seine Beteiligung an dem Verstoß vor der Kontaktaufnahme mit der Kommission beendet hatte.

(287) Angesichts der Zusammenarbeit bei den Ermittlungen erfüllt Takeda die in Abschnitt B der Kronzeugenregelung festgelegten Bedingungen, weshalb dem Unternehmen eine Ermäßigung der Geldbuße, die ihm auferlegt worden wäre, wenn es nicht mit der Kommission zusammengearbeitet hätte, um 100 % gewährt werden sollte.

Erheblich niedrigere Festsetzung der Geldbuße („Abschnitt C“)

(288) Daesang, Cheil und Ajinomoto beantragen eine Herabsetzung der Geldbuße gemäß Abschnitt C der Kronzeugenregelung. Zu dem Zeitpunkt, als Daesang, Cheil und Ajinomoto begannen, mit der Kommission zusammenzuarbeiten, hatte Takeda bereits hinreichende Informationen vorgelegt, mit denen sich die Existenz des Kartells nachweisen ließ. Infolgedessen haben Daesang, Cheil und Ajinomoto der Kommission nicht als erste entscheidendes Beweismaterial über das Bestehen des Nucleotidkartells geliefert, wie in Abschnitt B Buchstabe b) der Kronzeugenregelung festgelegt. Die in Abschnitt C genannten Bedingungen werden daher von keinem der genannten Unternehmen erfüllt.

Spürbar niedrigere Festsetzung der Geldbuße („Abschnitt D“)

(289) Daesang argumentiert, es habe bei den Ermittlungen der Kommission nicht nur seine Zusammenarbeit angeboten, bevor die Kommission das erste Auskunftsverlangen stellte, sondern habe mit der Kommission während der gesamten Dauer der Ermittlungen in vollem Umfang kontinuierlich zusammengearbeitet. Das Unternehmen macht außerdem geltend, dass es der Kommission die Feststellung der Gesamtdauer des Verstoßes ab Oktober 1988 ermöglicht habe und daher als erstes entscheidendes Beweismaterial für die gesamte in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegte Zuwiderhandlung geliefert habe.

(290) Daesang hat sich mit der Kommission zwar erst in Verbindung gesetzt, nachdem Takeda bereits Kontakt mit ihr aufgenommen hatte, doch erfolgte diese Kontaktaufnahme aus eigenem Antrieb vor Eingang eines Auskunftsverlangens. Darüber hinaus arbeitete Daesang mit der Kommission während der gesamten Untersuchung uneingeschränkt zusammen. Weiterhin lieferte Daesang Informationen, die wesentlich zur Feststellung des Sachverhalts in Bezug auf das Bestehen der Kartellvereinbarungen vor 1992 beitrugen.

(291) Die Informationen, die Daesang übermittelte, bevor die Kommission ein Auskunftsverlangen an das Unternehmen richtete, waren ausführlich und wurden von der Kommission im Laufe der Ermittlungen umfassend verwendet. Insbesondere lieferte Daesang, wenn auch nicht

ausschließlich, wertvolle Informationen zum Bestehen des Kartells vor 1992. Nach Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte hat Daesang den Sachverhalt, auf den die Kommission ihre Erkenntnisse stützt, auch nicht wesentlich bestritten. Daesang erfüllt somit die in Abschnitt D Absatz 2 erster und zweiter Gedankenstrich genannten Bedingungen der Kronzeugenregelung, weshalb ihm eine Herabsetzung der Geldbuße um 50 % gewährt werden sollte.

(292) Cheil lieferte viele zeitgleich abgefasste Berichte über Treffen und Kontaktaufnahmen, womit es wesentlich zu den Beweisen für das Bestehen des Kartells beigetragen hat. Die von Cheil zur Verfügung gestellten Informationen wurden von der Kommission umfassend verwendet. Der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellte Sachverhalt wird von Cheil auch nicht bestritten. Infolgedessen erfüllt Cheil die in Abschnitt D Absatz 2 erster und zweiter Gedankenstrich festgelegten Bedingungen der Kronzeugenregelung, wie von dem Unternehmen selbst geltend gemacht wird. Für die allgemeine Zusammenarbeit, die Cheil im Laufe der Ermittlungen der Kommission an den Tag legte, sollte dem Unternehmen eine Verringerung der Geldbuße, die ihm auferlegt worden wäre, wenn es nicht mit der Kommission zusammengearbeitet hätte, um 40 % gewährt werden.

(293) Ajinomoto hat mit der Kommission während der gesamten Dauer der Untersuchung uneingeschränkt zusammengearbeitet und der Kommission in entscheidender Weise geholfen hat, das Bestehen der Zuwiderhandlung nachzuweisen, indem das Unternehmen sowohl aktuelle Dokumente, die umfassend von der Kommission genutzt wurden, als auch Erläuterungen zum Ablauf der Absprachen übermittelte. Damit erfüllt Ajinomoto die Bedingungen von Abschnitt D Absatz 2 erster Gedankenstrich der Kronzeugenregelung.

(294) Ajinomoto bestreitet jedoch den Sachverhalt, wie er in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt wird, in Bezug auf die Dauer des Kartells. Das Unternehmen kommt daher nicht für eine Herabsetzung der Geldbuße gemäß Abschnitt D Absatz 2 zweiter Gedankenstrich der Kronzeugenregelung in Betracht. Aus den dargelegten Gründen erfüllt Ajinomoto die Bedingungen von Abschnitt D Absatz 2 erster Gedankenstrich der Kronzeugenregelung, wofür ihm eine Verringerung der Geldbuße um 30 % gewährt werden sollte.

Beschluss zur Anwendung der Kronzeugenregelung

(295) Die gegen die Adressaten dieser Entscheidung festgesetzten Geldbußen wegen der Art der Zusammenarbeit der Unternehmen mit der Kommission nach Maßgabe der Kronzeugenregelung sind wie folgt zu ermäßigen:

- Takeda: Ermäßigung um 100 %,
- Ajinomoto: Ermäßigung um 30 %,
- Daesang: Ermäßigung um 50 %,
- Cheil: Ermäßigung um 40 %.

5. Endgültige Höhe der in diesem Verfahren auferlegten Geldbußen

(296) Für die gemäß Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 17 festgelegten Geldbußen ergeben sich somit folgende Gesamtbeträge:

- Takeda: 0 EUR,
- Ajinomoto: 15 540 000 EUR,
- Daesang: 2 280 000 EUR,
- Cheil: 2 736 000 EUR —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Ajinomoto Company Incorporated, Takeda Chemical Industries Limited, Daesang Corporation und Cheil Jedang Corporation haben gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Vereinbarung verstoßen, indem sie sich an einer Reihe von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Nucleotidsektor beteiligt haben; Art und Weise sowie Ausmaß ihrer Beteiligung wurden in den Erwägungsgründen ausführlich beschrieben.

Die Zuwiderhandlung hatte folgende Dauer:

- a) Ajinomoto Company Inc.: 8. November 1988 bis September 1997,
- b) Takeda Chemical Industries Ltd: 8. November 1988 bis Juni 1998,
- c) Daesang Corporation: 19. Dezember 1988 bis Ende 1997,
- d) Cheil Jedang Corporation: März 1989 bis Juni 1998.

Artikel 2

Die in Artikel 1 aufgeführten Unternehmen stellen die genannte Zuwiderhandlung ab, sofern sie dies nicht bereits getan haben.

Sie nehmen künftig von allen Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Nucleotidgeschäft Abstand, die denselben oder den gleichen Zweck oder dieselbe oder die gleiche Wirkung wie der Verstoß haben.

Artikel 3

Für den in Artikel 1 genannten Verstoß werden den darin aufgeführten Unternehmen folgende Geldbußen auferlegt:

- Ajinomoto Company Inc.: 15 540 000 EUR,
- Daesang Corporation: 2 280 000 EUR,

— Cheil Jedang Corporation: 2 376 000 EUR.

Die Geldbuße ist binnen drei Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung auf folgendes Bankkonto der Europäischen Kommission einzuzahlen:

Konto Nr. 642-0029000-95
 IBAN-Code: BE76 6420 0290 0095
 SWIFT-Code: BBVABEBB
 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) S.A.
 Avenue des Arts/Kunstlaan 43
 B-1040 Bruxelles/Brüssel

Nach Ablauf dieser Frist werden automatisch Zinsen zu dem Zinssatz fällig, den die Europäische Zentralbank für ihre wichtigsten Refinanzierungsgeschäfte am ersten Arbeitstag des Monats anwendet, in dem diese Entscheidung erlassen wird, zuzüglich 3,5 v. H., d. h. 6,75 %.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist gerichtet an:

Takeda Chemical Industries Limited
 12-10, Nihonbashi 2-chome
 Chuo-ku
 Tokyo 103-8668
 Japan;

Ajinomoto Company Incorporated
 15-1, Kyobashi itchome
 Chuo-ku
 Tokyo 104-8315
 Japan;

Cheil Jedang Corporation
 6F, Cheiljedang Bldg
 Namdaemoon-Ro
 Chung-Ku, 100-095 Seoul
 Korea;

Daesang Corporation
 Daesang Building
 96-48 Shinsul-Dong
 Dongdaemoon-Ku, Seoul
 Korea.

Diese Entscheidung ist ein vollstreckbarer Titel gemäß Artikel 256 EG-Vertrag.

Brüssel, den 17. Dezember 2002.

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 16. Juli 2003

in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen

**(Sache COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Rahmenvertrag über Gemeinsame
Netznutzung)**

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 2432)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2004/207/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages⁽¹⁾, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1/2003⁽²⁾, insbesondere Artikel 2, 6 und 8,

gestützt auf den Antrag auf Erteilung eines Negativattests und die Anmeldung mit Antrag auf Freistellung, die gemäß den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 17 am 6. Februar 2002 eingereicht wurden,

gestützt auf die gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 3 von Protokoll 21 des EWR-Abkommens⁽³⁾ veröffentlichte Zusammenfassung des Antrags und der Anmeldung,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Kenntnis des Abschlussberichts des Anhörungsbeauftragten in dieser Sache⁽⁴⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. EINLEITUNG

(1) Am 6. Februar 2002 meldeten T-Mobile Deutschland GmbH („T-Mobile“) und O2 Germany & Co OHG („O2

Germany“) (vormals VIAG Interkom GmbH) der Kommission ihren Rahmenvertrag vom 20. September 2001 über die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen und Inlandsroaming bei der Mobilfunkkommunikation der dritten Generation („3G“) auf dem deutschen Markt („Rahmenvertrag“). In ihrer Anmeldung haben T-Mobile und O2 Germany („die Parteien“) die Erteilung eines Negativattests gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen oder ersatzweise eine Freistellung gemäß Artikel 81 Absatz 3 bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen beantragt⁽⁵⁾.

- (2) Im Februar 2002 veröffentlichte die Kommission eine erste Mitteilung nebst Zusammenfassung der angemeldeten Vereinbarung und forderte Dritte zur Stellungnahme auf⁽⁶⁾. Darauf folgte im August 2002 eine Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, in der die erste Einschätzung der Kommission dargelegt und Dritten Gelegenheit gegeben wurde, zu der beabsichtigten Befürwortung Stellung zu nehmen⁽⁷⁾. Im Februar 2003 fand eine zusätzliche Konsultierung betreffend bestimmte Änderungen an der angemeldeten Vereinbarung derjenigen Dritten statt, die auf die Mitteilung nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 reagiert hatten. Die vorliegende Entscheidung schließt die Entscheidungsfindung der Kommission in dieser Sache ab.

⁽¹⁾ ABl. 13 vom 21.1.1962, S. 204/62.

⁽²⁾ ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

⁽³⁾ ABl. C 189 vom 9.8.2002, S. 22.

⁽⁴⁾ ABl. C 64 vom 12.3.2004.

⁽⁵⁾ Die Kommission erhielt auch eine Anmeldung von O2 UK Limited (vormals BT-Cellnet Limited), BT3G Limited und von T-Mobile UK (vormals One2One Personal Communications Limited) vom 6. Februar 2002 einer Vereinbarung über den Ausbau des 3G-Netzes und gegenseitiges 3G-Roaming. Diese Vereinbarung wurde gesondert bearbeitet (Sache COMP/38.370 — „UK Vereinbarung“), die Entscheidung wurde am 30. April 2003 erlassen.

⁽⁶⁾ ABl. C 53 vom 28.2.2002, S. 18.

⁽⁷⁾ ABl. C 189 vom 9.8.2002, S. 22.

2. DIE PARTEIEN

- (3) T-Mobile betreibt in Deutschland digitale Mobilfunknetze gemäß der GSM-Normenfamilie und bietet die dazugehörigen Dienste an. Für seine GSM-Dienste in Deutschland hält T-Mobile eine 900-Lizenz. Außerdem erwarb es im August 2000 eine UMTS-Lizenz für Deutschland⁽⁸⁾. T-Mobile gehört zu 100 % der T-Mobile International AG, eine 100 %-Tochtergesellschaft des angestammten Festnetzbetreibers Deutsche Telekom AG („DTAG“).
- (4) Die T-Mobile International AG ist eine in der Mobilfunkkommunikation tätige internationale Holdinggesellschaft. Ihre größten Tochtergesellschaften betreiben Netze im Vereinigten Königreich (T-Mobile (UK), T-Motion, Virgin Mobile), in Österreich, der Republik Tschechien und in den USA. T-Mobile International AG ist über Tochtergesellschaften auch in den Niederlanden, Russland und Polen vertreten. Im Geschäftsjahr 2001 erwirtschaftete DTAG weltweit einen Umsatz von 48,3 Mrd. EUR, während T-Mobile International AG einen weltweiten Umsatz von 14,6 Mrd. EUR erzielte.
- (5) O2 Germany betreibt mit einer GSM 1800-Lizenz aus dem Jahr 1997 ebenfalls ein digitales Mobilfunknetz mit den dazugehörigen Diensten in Deutschland, wo es als vierter von vier Betreibern in den Markt trat. Seit August 2002 hält es auch eine UMTS-Lizenz. O2 Germany ist eine vollständige Tochtergesellschaft von mmO2 plc, vormals BT Cellnet Limited, die zuvor von British Telecommunications plc kontrolliert wurde. mmO2 betreibt über ihre Tochtergesellschaften Netze im Vereinigten Königreich (O2 UK), Deutschland (VIAG — in O2 Germany umbenannt), der Republik Irland (Digifone — in O2 Irland umbenannt) und auf der Insel Man (Manx Telecom). In dem am 31. März 2002 beendeten Geschäftsjahr erzielte der mmO2-Konzern einen Umsatz von 4,3 Mrd. GBP (etwa 6,7 Mrd. EUR).

3. RECHTLICHER UND SACHLICHER HINTERGRUND

3.1. Die Entwicklung der Mobilkommunikation der dritten Generation in der Gemeinschaft

- (6) In Europa beruhen die Mobilkommunikationssysteme der ersten Generation („1G“) auf der Analogtechnik. Diese Technik wurde Anfang der neunziger Jahre von den Systemen der zweiten Generation („2G“) abgelöst, mit denen die Digitaltechniken, GSM 900 (European Global System for Mobile Communications) und DCS 1800 (Personal Communications Networks PCN-Dienste) eingeführt wurden. GSM 900 und DCS 1800 werden heute üblicher-

weise als GSM-Dienste bezeichnet. GSM-Standardkommunikationssysteme sind leitungsvermittelt, wobei für jedes Gespräch ein physischer Verbindungsweg hergestellt wird, der für die Dauer des Gesprächs einer einzigen Verbindung zwischen den zwei kommunizierenden Endpunkten im Netz gewidmet ist. Die Übertragungsgeschwindigkeit beträgt für GSM 9,6 kbit/s (Kilobits pro Sekunde) bis 11,4 kbit/s oder, mit Kompression, 14 kbit/s, was Sprachtelefonie, Kurznachrichtendienste („SMS“), E-Mail und die leitungsvermittelte Übertragung von Daten ermöglicht.

- (7) Es werden zurzeit verbesserte „2.5G“-Mobilfunktechniken entwickelt, die einen effizienteren *paketvermittelten Betrieb* nutzen, bei dem Daten in Paketen (über verschiedene Wege) an ihren Bestimmungsort übertragen werden, ohne dass ein Übertragungskanal mit eigener Sendefrequenz belegt werden müsste (der Funkressourcen nur nutzt, wenn die Benutzer Daten tatsächlich senden oder empfangen), um eine größere Bandbreite an Diensten, einschließlich mobiler E-Mail, Bildkommunikation, Multimedia Nachrichtenübertragung und Ortsdienste anbieten zu können. General Packet Radio Service („GPRS“) ist eine der wichtigsten Plattformen der 2.5G-Technik, die einen Daueranschluss, höhere Kapazitäten und paketvermittelte Datendienste anbieten. Die Geschwindigkeit liegt bei dieser Datenübertragung zwischen 30 kbit/s und 40 kbit/s und mit der EDGE-Technik zwischen 80 kbit/s und 130 kbit/s je nach Verwendungszweck. Dies ermöglicht die Bereitstellung von Diensten wie dem einfachen mobilen Internetzugang, Mobilfunk und Ortsdiensten⁽⁹⁾.
- (8) Zurzeit wird an der Entwicklung einer Mobilfunktechnik der dritten Generation („3G“), ihren Anwendungen und Diensten für den Markt gearbeitet⁽¹⁰⁾. Die 3G-Technik beruht auf der 2.5G-Technik und verbindet die paketvermittelte mit der leitungsvermittelten Übertragung. Sie kann eine Geschwindigkeit von 144 kbit/s erreichen und soll einmal Übertragungsraten mit einem praktischen Höchstwert von 384 kbit/s ermöglichen⁽¹¹⁾. 3G-Dienste sind mobile Kommunikationssysteme, die innovative Multimediadienste jenseits der Kapazität der Systeme der zweiten Generation wie z. B. GSM und die Verbindung von terrestrischen mit Satellitenkomponenten ermöglichen⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Im August 2000 versteigerte die Bundesregierung sechs 3G-Lizenzen im Wert von 50,8 Mrd. EUR. Die Lizenzen gingen an T-Mobile, Vodafone-Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom Group, Group 3G und Mobilcom Multimedia. Sowohl Group 3G als auch Mobilcom Multimedia haben ihre 3G-Vorhaben mittlerweile eingestellt, und es steht nicht fest, ob ihre Frequenzen für 3G-Zwecke erneut vergeben werden.

⁽⁹⁾ Weitere Techniken mit geringerer Verbreitung sind WAP (Wireless Application Protocol), HSCSD (High-speed circuit switched data) und EDGE (Enhanced Data GSM Environment).

⁽¹⁰⁾ UMTS (universelles Mobiltelekommunikationssystem) ist eines der bedeutenden neuen Mobilkommunikationssysteme der dritten Generation (3G), das mit der von der Internationalen Fernmeldeunion (ITU) gemeinsam als IMT-2000 bezeichneten Normenfamilie entwickelt wird.

⁽¹¹⁾ Die genaue Übertragungsgeschwindigkeit hängt von Parametern wie Zeitpunkt und Ort des Anrufs, Zahl der Benutzer in einer Zelle und Art der Anwendungen ab, da die verfügbare Geschwindigkeit auf die verschiedenen Benutzer und Anwendungen aufgeteilt wird.

⁽¹²⁾ „Die Einführung von Mobilkommunikationssystemen der dritten Generation in der Europäischen Union: Aktueller Stand und weiteres Vorgehen“ (Einführung von 3G in der EU), KOM(2001) 141 endg. (20.3.2001).

- (9) Anhang I zur Entscheidung Nr. 128/1999/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 1998 über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft⁽¹³⁾ („UMTS-Entscheidung“) beschreibt die Merkmale, die UMTS erfüllen muss. Hierzu zählen:
- Multimediafähigkeit, Anwendungen mit uneingeschränkter und eingeschränkter Mobilität in unterschiedlichen geografischen Umgebungen, die über die Fähigkeit der Systeme der zweiten Generation hinausgehen;
 - effizienter Zugang zum Internet, zu Intranets und anderen Diensten, die sich auf das Internet-Protokoll stützen;
 - Sprachübertragung mit Festnetzen einer vergleichbar hohen Qualität;
 - Dienstportabilität in Umgebungen der dritten Generation;
 - nahtlose Betriebsumgebung einschließlich des uneingeschränkten Roaming mit GSM sowie zwischen den erd- und satellitengestützten Bestandteilen von UMTS-Netzen. Da die 3G-Netze und -Dienste noch nicht verfügbar sind, ist es nicht möglich, eine verlässliche Aufzählung zu erstellen. Zu den vorgesehenen Diensten zählen beispielsweise mobile Videokonferenzen, mobiles Bildtelefon/Mail, fortgeschrittene Autonavigation, digitaler Katalogeinkauf und verschiedene B2B-Anwendungen⁽¹⁴⁾.
- (10) Die Entwicklung der 3G-Mobilfunkkommunikation stützt sich in der Gemeinschaft auf die gemeinsame technische UMTS-Plattform, die Harmonisierung des Funkfrequenzspektrums und die Festlegung eines einheitlichen Regulierungsumfeldes. Diese Harmonisierungsbestrebungen wurden zum Teil durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 97/13/EG vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste⁽¹⁵⁾ erfüllt. Hierauf folgte Ende 1998 die in Randnummer 9 erwähnte Entscheidung über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft⁽¹⁶⁾. Darin wurden die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Einführung von UMTS-Diensten in ihrem Hoheitsgebiet zum 1. Januar 2002 zu ermöglichen. Eine wichtige Rolle bei der Harmonisierung der Nutzung der Funkfrequenzen und bei der Förderung einer gemeinsamen offenen Norm für die Bereitstellung kompatibler UMTS-Dienste in ganz Europa spielen die technischen Gremien wie die Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post- und Fernmeldewesen (CEPT) und das Europäische Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI).
- (11) Im März 2001 schließlich veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung „Einführung von Mobilkommunikationssystemen der dritten Generation in der EU: Aktueller Stand und weiteres Vorgehen“⁽¹⁷⁾. Darin wird einerseits auf die schwierige Finanzlage der Telekommunikationsunternehmen in der gesamten EU und andererseits auf die hohen Investitionskosten hingewiesen, die der Ausbau der 3G-Infrastruktur erfordert und die die Betreiber zur gemeinsamen Nutzung der Netzinfrastruktur veranlassen. In der Mitteilung kommt die Kommission zu dem Schluss, dass eine gemeinsame Nutzung der Netzinfrastruktur aus Gründen der Wirtschaftlichkeit grundsätzlich gefördert werden sollte, sofern dabei die Wettbewerbsregeln und sonstigen einschlägigen EG-Rechtsvorschriften beachtet werden⁽¹⁸⁾. In ihrer anschließenden Mitteilung „Wege zur allgemeinen Verbreitung der Mobilkommunikation der dritten Generation“⁽¹⁹⁾ vom 11. Juni 2002 betonte die Kommission, dass sie ihre Arbeit mit den nationalen Verwaltungen an der Einführung eines vorbildlichen Vorgehens im Bereich der gemeinsamen Nutzung von Netzen fortsetze. Die Kommission hat in einer weiteren Mitteilung vom 11. Februar 2003 „Elektronische Kommunikation: der Weg zu einer wissensbestimmten Wirtschaft“⁽²⁰⁾ den 3G Ausbau erörtert.

3.2. Gemeinsame Nutzung der Netze und Inlands-roaming

- (12) Die gemeinsame Nutzung der 3G-Netze kann mit einer unterschiedlichen Intensität der Zusammenarbeit auf verschiedenen Ebenen stattfinden. Das Ausmaß der den beteiligten Betreibern verbleibenden Unabhängigkeit hängt davon ab, welche Netzelemente gemeinsam genutzt werden, und von seiner Fähigkeit, eigene Elemente zu installieren (Planungsfreiheit). In der Vereinbarung der Parteien über die gemeinsame Nutzung des Netzes wird grundsätzlich unterschieden zwischen dem Funkzugangnetz (Radio Access Network, „RAN“) und dem Kern- bzw. Backbone-Netz.

3.2.1. Funkzugangnetz

- (13) Hierzu gehören Masten-/Antennenstandorte, Schränke zur Unterbringung der technischen Infrastruktur („SSC“), Stromversorgungseinrichtungen, Antennen, Verbinder, Übertragungskabel, B-Knoten, d. h. Basisstationen, die die Daten auf den zugeteilten Frequenzen senden und empfangen und eine bestimmte Funkzelle versorgen, sowie Steuervorrichtungen („RNC“), die jeweils eine Reihe solcher Basisstationen steuern und an das Kernnetz angeschlossen sind.

3.2.2. Kernnetz

- (14) Das Kernnetz ist der intelligente Teil des Netzes. Es besteht aus Funkvermittlungsstellen (MSC), verschiedenen Hilfsknoten, Dienstplattformen, Kundendateien (HLR), Betriebs- und Wartungszentren und ist mit dem festen ISDN-Netz sowie den Internet-Netzen verbunden (siehe Abbildung 1).

⁽¹³⁾ ABl. L 17 vom 22.1.1999, S. 1.

⁽¹⁴⁾ Vgl. <http://www.umts-forum.org>.

⁽¹⁵⁾ ABl. L 117 vom 7.5.1997, S. 15. Diese Richtlinie legt die Verfahren fest, die mit der Vergabe von Genehmigungen zum Zwecke der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten und den mit solchen Genehmigungen verbundenen Bedingungen zusammenhängen.

⁽¹⁶⁾ UMTS-Entscheidung, Fußnote 13.

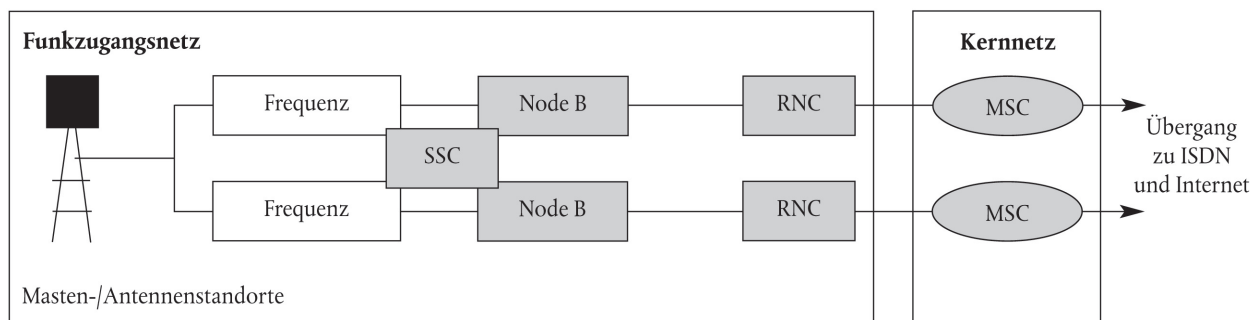
⁽¹⁷⁾ KOM(2001) 141 vom 20.3.2001, Fußnote 12.

⁽¹⁸⁾ Ibid. Absatz 4.3.

⁽¹⁹⁾ KOM(2002) 301 endg.

⁽²⁰⁾ KOM(2003) 65 endg.

Abb. 1: UMTS-Netz



(15) In aufsteigender Reihenfolge lassen sich die verschiedenen Stufen der gemeinsamen Nutzung des Netzes wie folgt unterscheiden:

- a) Standorte, wo die Bandbreite von der gemeinsamen Nutzung einzelner Antennenmasten bis hin zur gemeinsamen Nutzung des gesamten Antennennetzes (die eine einheitliche Netzplanung erfordert) und der technischen Infrastruktur am Standort, z. B. der Schränke reichen kann;
- b) Basisstationen (B-Knoten) und Antennen;
- c) Steuereinrichtungen (RNC);
- d) Kernnetze, einschließlich Funkvermittlungsstellen (MSC) und verschiedener Datenbanken;
- e) Frequenzen.

(16) Beim Inlandsroaming werden nicht die Netzbestandteile gemeinsam genutzt, vielmehr wird das Netz des anderen Betreibers zur Erbringung von Leistungen für die eigenen Kunden in Anspruch genommen.

(17) In ihrer Anmeldung verwenden die Parteien den Begriff „erweiterte Standortmitbenutzung“ für die gemeinsame Nutzung der Standorte und der Standortinfrastruktur bis zur Stufe der B-Knoten und RNC, die jedoch nicht miteinbezogen sind (Randnummer 15, Buchstabe a). Mit dem Begriff „RAN-Mitbenutzung“ wird die gemeinsame Nutzung des gesamten Funkzugangsnetzes einschließlich der B-Knoten und RNC bezeichnet (d. h. Buchstaben a), b) und c) in Randnummer 15). Die Parteien planen keine gemeinsame Nutzung ihrer jeweiligen Kernnetze oder Frequenzen. Ihre (geänderte) Vereinbarung umfasst jedoch Inlandsroaming von O2 Germany im Netz von T-Mobile, d. h. innerhalb des 50 %-Erfassungsgebietes sowie gegenseitiges Roaming der Parteien außerhalb der 50 %-Erfassungsgebiete.

3.3. Die innerstaatlichen Vorschriften

(18) Neben dem Gemeinschaftsrecht sind bei der gemeinsamen Nutzung der Netzinfrastruktur auch die nationalen Lizenzierungs- und Regulierungsbestimmungen zu be-

achten⁽²¹⁾. In Deutschland bilden die einschlägigen Gesetze und Verordnungen sowie die Vergabebedingungen für die 3G-Lizenzen an die Parteien die Eckpunkte für die gemeinsame Nutzung des Netzes. Zu diesen Eckpunkten gehören u. a.:

- a) Anforderungen für den Netzausbau dahin gehend, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraums ein wirksamer Erfassungsgrad zu erreichen ist, insbesondere die Verpflichtung, bis Ende 2003 25 % der Bevölkerung und bis Ende 2005 50 % der Bevölkerung zu erfassen, was mithilfe des Inlandsroaming nicht erreicht werden kann, wohl aber mithilfe der gemeinsamen Nutzung von Infrastruktureinrichtungen⁽²²⁾;
- b) allgemeine Verpflichtungen, z. B. in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von Standorten und Antennen gemäß den Planungs- und Umweltauflagen;
- c) Beschränkungen beim Umfang der gemeinsamen Nutzung des Netzes, z. B. in Bezug auf die intelligenten Netzteile und empfindlichen Kundendaten.

⁽²¹⁾ In der EU haben eine Reihe von nationalen Regulierungsbehörden Leitlinien herausgegeben, in denen erläutert wird, unter welchen Voraussetzungen die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen mit den nationalen Lizenzierungs- und Regulierungsbestimmungen in Einklang steht. In Deutschland veröffentlichte die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) ihre Interpretation der UMTS-Vergabebedingungen im Hinblick auf die neuesten technischen Entwicklungen (Papier vom 6. Juni 2001) unter der Internetadresse www.regtp.de. Im Mai 2001 gab die britische Regulierungsbehörde (Ofcom) einen Informationsvermerk mit dem Titel „Gemeinsame Nutzung der 3G-Mobifunkinfrastruktur im Vereinigten Königreich“ („3G mobile infrastructure sharing in the UK“) heraus, der unter <http://www.ofcom.gov.uk/publications/mobile/infashare0501.htm> abrufbar ist. Die niederländische und die französische Regulierungsbehörde haben ähnliche Papiere herausgegeben, die auf ihren jeweiligen Internetseiten http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf und <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm> einsehbar sind.

⁽²²⁾ Die Mindestübertragungsrate, die zur Erfüllung der Versorgungsverpflichtungen erforderlich ist, muss von der RegTP nach einer weiteren öffentlichen Anhörung spezifiziert werden. Im Einklang mit den technischen Spezifikationen für 3G-Dienste wird erwartet, dass sie etwa 144 kbit/s beträgt oder darüber liegt.

- (19) Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post („RegTP“) ist die für die angemeldete Vereinbarung zuständige Regulierungsbehörde („NRA“). Die RegTP veröffentlichte im Juni 2001 allgemeine Leitlinien, in denen sie die Infrastruktur-Mitbenutzung unter bestimmten Voraussetzungen befürwortete ⁽²³⁾.
- (20) Ausgeschlossen wurde von der RegTP die gemeinsame Nutzung des Kernnetzes und die Zusammenlegung von Frequenzen, während die gemeinsame Nutzung von Standorten, Masten, Antennen, Kabeln und Verbindern sowie von Schränken, logisch getrennten B-Knoten und von RNC ⁽²⁴⁾ unter folgenden Voraussetzungen für zulässig erklärt wurde:
- unabhängige Steuerung des eigenen logischen B-Knotens bzw. RNC durch jeden Lizenznehmer,
 - kein Austausch von Daten, wie z. B. Kundendaten, die über das betriebstechnisch erforderliche Maß hinausgehen,
 - Trennung der Betriebs- und Wartungszentren,
 - Betrieb zusätzlicher eigener B-Knoten bzw. eigener RNC zur Gewährleistung der unabhängigen Planung sowie Anschluss eigener, ausschließlich selbstbetrieber B-Knoten an eigene logische RNC,
 - keine regionale Aufteilung der Versorgungsgebiete, die eine Überschneidung der Netze und Versorgungsgebiete ausschließt, d. h. die Parteien dürfen sich nicht darauf einigen, dass jeder ein anderes geografisches Gebiet erfasst und die Gebiete, die nicht von ihnen erfasst werden, mittels Roaming im Netz der anderen Partei versorgt.
- (21) Am 7. Dezember 2001 befand die RegTP, dass der Rahmenvertrag der Parteien diese Auflagen erfüllt, sofern sich die Parteien an die Vorschrift einer logisch getrennten Steuerung von B-Knoten und RNC halten. Des Weiteren machte die RegTP den Parteien zur Auflage, über die räumliche Aufteilung der gemeinsam genutzten Infrastruktur Bericht zu erstatten und sich an die Verpflichtung zu halten, jeweils eine Erfassung von 50 % der Bevölkerung zu gewährleisten ⁽²⁵⁾.
- (22) Vorbehaltlich des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts sind die nationalen Vorschriften und die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft parallel und kumulativ anwendbar. Die einzelstaatlichen Bestimmungen dürfen weder zu den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft im Widerspruch stehen, noch darf die Vereinbarkeit mit nationalen Vorschriften und Regelungen dem Ergebnis einer Prüfung nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft vorgrei-

fen. Der angemeldete Vertrag muss daher auch im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft geprüft werden.

4. DIE VEREINBARUNG

- (23) Am 20. September 2001 schlossen die Parteien ihre Vereinbarung, d. h. einen „Rahmenvertrag“ über die Grundlagen ihrer Zusammenarbeit bei der 3G-Infrastruktur in Deutschland. Die Vereinbarung wurde von den Parteien vor allen in Bezug auf Roaming geändert. Sie berührt direkt die Stellung der Parteien auf den deutschen Märkten für Standorte für digitale Mobilkommunikationsdienste und ihre Infrastruktur sowie für den Zugang zum Roaming für 3G-Kommunikationsdienste auf Großabnehmerebene. Die Vereinbarung hat das Potenzial für Anschlusswirkungen in verbundenen Märkten.
- (24) Die geänderte Vereinbarung soll zu Einsparungen bei den Investitions- und Betriebskosten führen, um die Finanzlage der Parteien zu verbessern, damit sie sich besser im Markt positionieren können; sie soll zu einem größeren geografischen Erfassungsgrad bei weitest gehender Schonung der Umwelt und einem schnelleren Ausbau der 3G-Netzinfrastruktur und zur baldigen Einführung der 3G-Dienste beitragen. Sie legt die Grundlagen für die Zusammenarbeit der Parteien in folgenden Bereichen:
- erweiterte Standortmitbenutzung: wechselseitige Nutzung von Standorten und Bestandteilen der Standortinfrastruktur wie Antennenmasten, Schränke zur Unterbringung der Technik und Stromversorgungseinrichtungen sowie eventuell Antennen, Verbinder und Übertragungsleitungen innerhalb eines Gebiets, das groß genug ist, damit jede Partei bis Ende 2005 den vorgeschriebenen Erfassungsgrad von 50 % der Bevölkerung erreichen kann;
 - gemeinsame Nutzung des Funkzugangsnetzes: wechselseitige Nutzung von B-Knoten (d. h. Basisstationen, die Daten über die zugeteilten Frequenzen senden und empfangen und eine bestimmte Funkzelle versorgen) und von Steuereinrichtungen, die jeweils eine Reihe dieser B-Knoten steuern und mit dem Kernnetz verbunden sind;
 - Inlandsroaming: 02 Germany wird vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2008 vorbehaltlich der Einschränkungen gemäß Abschnitt 4.3.1 im Netz von T-Mobile innerhalb des Gebiets roamen, wo die Verpflichtung zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung besteht. Wechselseitiges Inlandsroaming wird für die Dauer der Vereinbarung für den Teil Deutschlands vereinbart, der jenseits des für jede Partei vorgeschriebenen Erfassungsgrads von 50 % liegt.
- (25) Die Parteien werden weiterhin getrennte Kernnetze betreiben, unabhängig voneinander Dienste erbringen und keine Frequenzen gemeinsam nutzen. Ihre Vereinbarung hat keinen Ausschließlichkeitscharakter, da beide Parteien auch mit Dritten Zusammenarbeit in Form der erweiterten Standortmitbenutzung, RAN-Mitbenutzung und Inlandsroaming vereinbaren können (Ziffer 1.3). Die wichtigsten Bestimmungen der Vereinbarung werden nachstehend erläutert.

⁽²³⁾ RegTP (6. Juni 2001), abrufbar unter www.regtp.de.

⁽²⁴⁾ „Logisch getrennt“ bedeutet, dass ein und dasselbe physische Netzelement so programmiert werden kann, dass es für zwei Netze Operationen so durchführen kann, als ob zwei getrennte B-Knoten oder RCS beteiligt wären.

⁽²⁵⁾ Schreiben der RegTP an die Europäische Kommission vom 7.12.2001.

4.1. Erweiterte Standortmitbenutzung

- (26) Die Parteien werden ihre eigene Netzinfrastruktur aufbauen, dabei aber in Form der erweiterten Standortmitbenutzung innerhalb eines Gebietes kooperieren, in dem sie gemäß den Lizenzvergabebedingungen bis Ende 2005 50 % der Bevölkerung erfassen müssen. Laut Vertrag gehört zur erweiterten Standortmitbenutzung auch die gemeinsame Nutzung von Schränken, Stromversorgungseinrichtungen und eventuell Antennen, Verbindern und Übertragungsleitungen.
- (27) Der Vertrag sieht Regeln für die Festlegung von Standorten vor, die gemeinsam genutzt werden können. Ziffer 2.1 besagt, dass die Parteien zunächst ihren eigenen Plan für den Netzausbau erstellen; in der Folge werden die Pläne in Zeitabschnitte von (*)⁽²⁶⁾ unterteilt und die Gebiete ausgewiesen, die T-Mobile und O2 Germany entwickeln möchten. Die von den Parteien für ihren jeweiligen Netzausbau ausgewählten Gebiete werden dann in regelmäßigen Zeitabständen miteinander verglichen; wo sich Überschneidungen ergeben, ist eine gemeinsame Nutzung der Infrastruktur möglich. Die technischen Abteilungen der jeweiligen regionalen Zweigstellen bestimmen, welche Standorte sich unter dem Aspekt maximaler Kosteneinsparungen für eine erweiterte Standortmitbenutzung eignen.
- (28) In Ziffer 3.2 ist ausdrücklich festgelegt, dass die Parteien gemeinsam genutzte Standortelemente nicht gemeinsam besitzen oder kontrollieren können. Die Partei, die Bestandteile eines gemeinsam genutzten Standorts besitzt oder kontrolliert, muss der anderen Partei jedoch ein Nutzungsrecht hieran einräumen. Gemäß Ziffer 3.3 sind in einem noch zu schließenden bilateralen Standort-Rahmenvertrag die Einzelheiten der gemeinsamen Nutzung, der Nutzungsrechte sowie der Kostenaufteilung in Bezug auf die gemeinsam genutzten Standorte zu regeln. T-Mobile hat die Eigentumsrechte an seinen Standorten mittlerweile auf die neu gegründete Deutsche Funkturm GmbH übertragen, die noch keine Verhandlungen über die Bedingungen für einen Rahmenvertrag mit O2 Germany geführt hat. Da ein solcher Vertrag bisher nicht geschlossen wurde und der Kommission noch keine Einzelheiten über dessen Bestimmungen mitgeteilt worden sind, behält sie sich ihre Beurteilung dieses von dieser Entscheidung nicht erfassten Vertrages vor.
- (29) Die Vereinbarung enthält auch Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf den Austausch vertraulicher Informationen. Gemäß Ziffer 2.6 dürfen nur die für die technische Realisierung der Standortmitbenutzung erforderlichen Daten ausgetauscht werden. Sonstige Daten, insbesondere kommerziell nutzbare Kundendaten, dürfen nicht ausgetauscht werden.

4.2. Gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen

- (30) In Abschnitt 4 der Vereinbarung ist die Zusammenarbeit im Bereich der gemeinsamen Nutzung von Funkzugangsnetzen geregelt. Demnach kann diese auch die zusätzliche gemeinsame Nutzung der B-Knoten und der Steuerungseinrichtungen, die physisch eine Einheit bilden (aber entsprechend der Vorgaben der RegTP logisch getrennt sein müssen), umfassen. Ziffer 4.1 besagt, dass die Parteien vor dem 30. Juni 2002 eine Machbarkeitsstudie über die gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen erstellen. Nach einer Analyse dieser Machbarkeitsstudie haben sich die Parteien darauf geeinigt, von der gemeinsamen Nutzung vorübergehend Abstand zu nehmen, eine zukünftige Nutzung jedoch erneut zu erwägen. In Ziffer 4.2 ist festgelegt, dass die Parteien im Falle der Durchführbarkeit der gemeinsamen Nutzung so bald wie möglich eine Vereinbarung über deren Umsetzung schließen. Da es bisher zu keiner Vereinbarung gekommen ist, behält sich die Kommission die Beurteilung dieser Frage, die von der vorliegenden Entscheidung ohnehin nicht erfasst wird, vor.

4.3. Inlandsroaming

- (31) Inlandsroaming wird in Kapitel 3 der Vereinbarung (Abschnitte 5 bis 11) geregelt, die durch die ergänzenden Vereinbarungen vom 20. September 2002, 22. Januar 2003 und vom 21. Mai 2003 geändert wurde.

4.3.1. *Roaming von O2 Germany auf dem Netz von T-Mobile innerhalb des 50 %-Erfassungsgebiets*

- (32) Mit der am 22. Januar 2003 erfolgten Änderung an der Vereinbarung vom 20. September 2001 haben die Parteien vereinbart, dass O2 Germany zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2008 Inlandsroaming auf dem Netz von T-Mobile innerhalb eines Gebiets vornimmt, auf dem die Verpflichtung zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung besteht. Hierfür wird O2 Germany ein Entgelt entrichten (*) (s. unten Abschnitt 4.3.2).
- (33) Nach Gesprächen mit der Kommission haben die Parteien zugesagt, das Roaming im 50 %-Erfassungsgebiet auf ein Mindestmaß zu beschränken. Innerhalb des 50 %-Erfassungsgebietes haben sie drei getrennte Gebiete (1, 2 und 3) ausgewiesen, in denen das Roaming gemäß einem vereinbarten Zeitplan phasenweise verringert wird, sowie O2 Germany eine Netzqualität und -dichte erreicht, auf deren Grundlage es einen wirksamen Wettbewerb mit den übrigen Netzbetreibern aufnehmen kann. Um diese Änderungen zu berücksichtigen, haben die Parteien die Vereinbarung am 21. Mai 2003 geändert.

⁽²⁶⁾ Teile dieses Textes wurden bearbeitet, um keine vertraulichen Angaben weiterzugeben; sie stehen in eckigen Klammern und sind mit einem Sternchen versehen.

(34) In folgenden Gebieten wird das Roaming gemäß einem genauen Zeitplan phasenweise auslaufen:

- a) Das Gebiet 1 erfasst [Großstadtgebiete mit rund (*)] der deutschen Bevölkerung. Für dieses Gebiet hat sich O2 Germany verpflichtet, kein Roaming vorzunehmen und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming ab dem 31. Dezember 2005 zu untersagen ⁽²⁷⁾.
- b) Das Gebiet 2 erfasst [Kleinstadtgebiete von zweitrangiger wirtschaftlicher Bedeutung mit rund weiteren (*)] der deutschen Bevölkerung. Für dieses Gebiet hat sich O2 Germany verpflichtet, kein Roaming vorzunehmen und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming ab dem 31. Dezember 2007 zu untersagen ⁽²⁸⁾.
- c) Das Gebiet 3 erfasst [Kleinstadtgebiete von geringer wirtschaftlicher Bedeutung mit rund weiteren (*)] der deutschen Bevölkerung. Für dieses Gebiet hat sich O2 verpflichtet, kein Roaming vorzunehmen und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming ab dem 31. Dezember 2008 zu untersagen ⁽²⁹⁾.

Als Ausnahme von dieser Regelung wird O2 Germany bis 31. Dezember 2008 in so genannten „Untergrundgebieten“ der Gebiete 1 und 2 Roaming vornehmen. Gemäß dem Zeitplan ist O2 Germany berechtigt, bis 31. Dezember 2008 Roaming in Untergrundgebieten des Gebietes 3 vorzunehmen ⁽³⁰⁾.

4.3.2. Gegenseitiges Roaming außerhalb des 50 %-Erfassungsgebiets

(35) Die Parteien haben außerhalb des 50 %-Erfassungsgebiets die Bedingungen für den gegenseitigen Großerwerb von leitungs- und paketvermitteltem Roaming vereinbart. O2 Germany hat sich verpflichtet, von T-Mobile eine Mindestmenge derartiger Roamingdienste abzunehmen. T-Mobile erhält das Recht, Roamingdienste von O2 Germany unter den gleichen Bedingungen zu erwerben, ist hierzu jedoch nicht verpflichtet.

(36) Abschnitt 5 der Vereinbarung regelt die Grundlagen für das Inlandsroaming. In Ziffer 5.3 verpflichten sich die Parteien, andere inländische oder internationale Roaming-Partner nicht zu benachteiligen. Die Parteien vereinbaren ferner, dass sie die Kunden der jeweils anderen Partei nicht schlechter stellen werden als ihre eigenen Kunden. In Ziffer 5.6 verpflichten sich die Parteien, dafür Sorge zu tragen, dass trotz ihrer Zusammenarbeit beim Roaming der Wettbewerb bei der Erbringung von Diensten erhalten bleibt.

(37) Abschnitt 6 der Vereinbarung regelt das Inlandsroaming von O2 Germany-Kunden im 3G-Netz von T-Mobile. In Ziffer 6.1 verpflichtet sich T-Mobile, an O2 Germany während der Vertragslaufzeit umfangreiche inländische Roaming-Leistungen zu liefern. O2 Germany hat sich seinerseits verpflichtet, von T-Mobile innerhalb von drei Jahren nach Einführung der 3G-Roaming-Dienste Roaming-Leistungen eines Mindestumfangs von (*) zu beziehen (Ziffer 6.5). Die Parteien haben Angaben gestützt auf die Erfahrungen mit dem Roaming von O2 Germany im GSM-Netz der zweiten Generation von T-Mobile vorgelegt, wonach mit dieser Mindestabnahmeverpflichtung höchstwahrscheinlich nur ein Bruchteil des tatsächlichen Bedarfs von O2 Germany befriedigt wurde. Abschnitt 7 behandelt das Inlandsroaming von T-Mobile-Kunden im 3G-Netz von O2 Germany. Ziffer 7.1 räumt T-Mobile die Möglichkeit ein, 3G-Roamingdienste von O2 Germany zu beziehen, wobei keine Verpflichtung dazu besteht. Sollte T-Mobile jedoch Roamingleistungen von O2 Germany beziehen, unterläge es der gleichen Mindestabnahmeverpflichtung wie O2 Germany (Ziffer 7.4).

(38) Abschnitt 8 der Vereinbarung enthält Vorschriften betreffend die Einrichtung von Anrufsperrern. Gemäß Ziffer 8.3 hat die Partei, die Inlandsroaming bereitstellt, das Recht, in ihrem Netz eine Sperre für Teilnehmer der anderen Partei einzubauen. Ferner kann die Partei, die Inlandsroaming in Anspruch nimmt, ihren eigenen Kunden den Zugang zum Dienst der anderen Partei versperren. Dies gilt dort, wo sich die Erfassungsgebiete überschneiden. Die Vereinbarung enthält ferner Angaben zu den für die Sperrung vorgesehenen Gebieten und die Umstände, unter denen die Parteien auf eine Sperre verzichten.

(39) In Abschnitt 10 der Vereinbarung einigen sich die Parteien auf ein zweizügiges Abrechnungssystem für 3G-Roaming. Demnach bestimmen sich die Entgelte für leitungsvermitteltes Roaming im 3G-Netz (für mobile Sprachtelefondienste) nach der Höhe der von T-Mobile und O2 Germany jeweils erhobenen Entgelte für die Anrufzustellung mittels Zusammenschaltung. Die Großabnehmerpreise für paketvermittelte 3G-Roamingdienste (für mobile Datendienste) werden gemäß einem Preisabschlagsmechanismus (*) ⁽³¹⁾ festgesetzt, der Raum für Anpassungen an mögliche zukünftige Veränderungen bei den Roamingpreisen für paketvermittelte Dienste und für Schwankungen in der Nachfrage lässt.

⁽²⁷⁾ Das Gebiet 1 umfasst: (*).

⁽²⁸⁾ Das Gebiet 2 umfasst: (*).

⁽²⁹⁾ Das Gebiet 3 umfasst: (*).

⁽³⁰⁾ Untergrundgebiete befinden sich in Städten oder Regionen der Gebiete 1, 2 und 3 und sind Bestandteil des öffentlichen Untergrund-Verkehrssystems einschließlich Eisenbahnen und Untergrundbahnen, Untergrund-Einkaufszentren, Tiefgaragen, Tunnels für Fahrzeuge und Fußgänger und sonstige vergleichbare Untergrundgebiete sowie die direkt darüber befindlichen Obergrundgebiete, wenn die Unter- und Obergrundgebiete für Roamingzwecke technisch nicht getrennt werden können.

⁽³¹⁾ (*).

(40) Abschnitt 11 regelt den Weiterverkauf von Roaming-Kapazitäten an Dritte. Punkt 11.1 des Vertrages besagt, dass jede Partei grundsätzlich das Recht hat, Roaming-Kapazitäten der anderen Partei an Diensteanbieter weiter zu verkaufen. Dies steht im Einklang mit den deutschen Vorschriften und den in ihrer 3G-Lizenz festgelegten Verpflichtung der Parteien, den Diensteanbietern Zugang bereitzustellen⁽³²⁾. Der Weiterverkauf von Roaming-Kapazitäten an Betreiber von virtuellen Mobilfunknetzen („MVNO“), die Sprachtelefondienste für Endkunden bereitstellen⁽³³⁾, sowie von Roaming-Kapazitäten an andere Netzbetreiber mit Lizenz bedarf jedoch der vorherigen Genehmigung des Betreibers des Heimnetzes, d. h. der anderen Partei.

(41) Ziffer 11.1.b bestimmt, dass die Parteien das Recht haben, Roaming-Kapazitäten der anderen Partei an die Betreiber virtueller Netze für den Datenverkehr bereitzustellen, vorausgesetzt, dass diese „virtuellen Datenbetreiber“ die Kapazität nicht für die Bereitstellung von Diensten an Endkunden verwenden, was aus Kundensicht im Wesentlichen einem mobilen Ende-zu-Ende-Sprachdienst entspricht. Die Parteien können auch Roaming-Kapazitäten für den Sprachverkehr an virtuelle Datenbetreiber, die als Diensteanbieter tätig sind, bereitstellen.

(42) Außerdem sieht Ziffer 11.1.c vor, dass der Weiterverkauf von Roaming-Kapazitäten an andere Mobilfunklizenzinhaber oder an „virtuelle Sprachbetreiber“ im Sinne von Ziffer 11.1.b der Einwilligung durch die andere Partei bedarf. Gemäß Ziffer 11.2 entfällt dieses Erfordernis, wenn es sich bei dem jeweiligen Betreiber um ein Konzernunternehmen der anderen Partei handelt, sofern dabei die unterschiedlichen Preisregelungen für Sprach- und Datenübermittlungsdienste beachtet werden (Ziffer 11.3). Sobald eine der Parteien für einen anderen (nicht mit ihr verbundenen) virtuellen Sprachbetreiber Roaming bereitstellt, und dieser Betreiber Dienste anbietet, die aus Abnehmer-/Kundensicht im Wesentlichen einem Ende-

zu-Ende-Sprachtelefondienst entsprechen (Ziffer 11.1.b), ist diese Partei verpflichtet, der anderen Partei zu gestatten, die von ihr bezogenen Roaming-Kapazitäten ebenfalls den virtuellen Sprachbetreibern zur Verfügung zu stellen.

4.4. Laufzeit

(43) Die Vereinbarung hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2011. Danach verlängert sie sich automatisch um zwei weitere Jahre, wenn sie nicht von einer der Parteien innerhalb einer Frist von zwei Jahren gekündigt wird.

5. DER RELEVANTE MARKT

5.1. Allgemeines

(44) Da die Vereinbarung hauptsächlich technischer Natur ist und keine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt, müssen ihre Auswirkungen untersucht werden. Mögliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hängen nicht nur von der Art der Vereinbarung ab, sondern auch vom wirtschaftlichen Kontext, wie z. B. der Marktstärke der Parteien und anderen die Marktstruktur betreffende Faktoren. Für diese Untersuchung müssen die zwei Großabnehmermärkte, die durch die Vereinbarung direkt betroffen sind und eine Reihe anderer (potenzieller) Groß- und Endabnehmermärkte, auf denen Auswirkungen spürbar werden könnten, definiert werden.

(45) Die Telekom-Märkte lassen sich im Allgemeinen in Groß- und Endabnehmermärkte einteilen. Die Großabnehmermärkte bestehen üblicherweise aus der Bereitstellung des Zugangs zu Netzen (oder Netzkomponenten) und aus Netzdiensten für Netzbetreiber und Diensteanbieter, während die Endabnehmermärkte aus der Bereitstellung von Kommunikationsdiensten an Endkunden bestehen⁽³⁴⁾. Innerhalb dieser großen Kategorien können engere Märkte definiert werden, sowohl gemäß den Merkmalen des betreffenden Dienstes und des Ausmaßes, in dem dieser durch andere Dienste wegen des Preises, der Verwendung oder der Kundenpräferenz ersetzt werden kann, als auch aufgrund einer Analyse der Wettbewerbsbedingungen und der Struktur von Angebot und Nachfrage⁽³⁵⁾. Angesichts der Vorteile der Mobilität und des dafür

⁽³²⁾ Diensteanbieter (auch als „Weiterverkäufer“ bezeichnet) sind Unternehmen mit dem Recht, dem Endbenutzer mobile Dienste direkt unter ihrem eigenen Markennamen (u. a. Vermarktung, Abrechnung usw.) auf der Grundlage des Großabnehmereinkaufs von Gesprächsminuten im Mobilnetz eines Dritten anzubieten. Die rechtliche Grundlage für die Verpflichtung, Diensteanbietern den Zugang zu 3G zu ermöglichen, bildet Abschnitt 4 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) vom 11. Dezember 1997 (BGBl. I, S. 2910), zuletzt geändert durch die Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27. August 2002 (BGBl. I, S. 3365) sowie Abschnitt 15 der deutschen 3G-Lizenzen.

⁽³³⁾ MVNO sind Unternehmen, die über einen eigenen Mobilfunkcode und ein eigenes Kontingent an IMSI-Nummern (International Mobile Subscriber Identity) oder ein Äquivalent für das 3G-Mobilfunknetz verfügen, aber keine Zulassung für den Betrieb eines Mobilfunknetzes besitzen.

⁽³⁴⁾ Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich — Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze (Zugangsmittlung), ABl. C 265 vom 22.8.1998, S. 2, Abs. 45; Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (SMP-Leitlinien), ABl. C 165 vom 11.7.2002, S. 6, Abs. 64.

⁽³⁵⁾ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5; Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. C 233 vom 6.9.1991, S. 2.

gezählten Mehrpreises ist es offensichtlich, dass Mobilfunkdienste im Allgemeinen nicht durch Festnetzdienste ersetzt werden können. Sprachdienste im Mobilnetz und im Festnetz sind daher Teil verschiedener Dienstmärkte, was in einer Reihe von Entscheidungen der Kommission festgestellt wurde ⁽³⁶⁾.

- (46) Zu den Netzzugangs- und Dienstmärkten, die von dieser Entscheidung in erster Linie betroffen sind, zählen:
- a) der Markt für Standorte für digitale mobile Funkkommunikationsausrüstungen und deren Infrastruktur;
 - b) der Markt für den Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für Kommunikationsdienste der dritten Generation.

Darüber hinaus sind die Märkte für den Großabnehmerzugang zu 3G-Diensten und die nachgeordneten Endabnehmermärkte für 3G-Dienste in indirekter Weise betroffen.

5.2. Großabnehmermärkte für den Mobilnetzzugang

- (47) Der Zugang zu physischen Einrichtungen, wie z. B. Standorten und deren Infrastruktur wie Masten und Antennen, Leitungsrohren, Mietleitungen und Wegerechten, die Bestandteil der Mobilfunkinfrastruktur sind, kann aus dem Zugang zu bestimmten Mobilnetzmärkten bestehen. Darüber hinaus gibt es Großabnehmer-Netzzugangs- und Dienstmärkte für die Erbringung digitaler Mobilkommunikationsdienste an andere Betreiber. Diese Dienste lassen sich wie folgt einteilen:
- a) erstens in Großabnehmer-Netzdienste, die über die Zusammenschaltung die Kommunikation zwischen den Benutzern verschiedener Netze ermöglichen und
 - b) zweitens in Endabnehmer-Zugangsdienste, die die Inanspruchnahme eines Gast- oder Besuchsnetzes betreffen, das von den Kunden anderer Betreiber in Anspruch genommen wird.
- (48) Die Großabnehmer-Netzdienste im Bereich der Zusammenschaltung umfassen die Anrufzustellung (der Großabnehmerdienst der Zustellung eines Anrufs an den Endnutzer), den Verbindungsaufbau (der Großabnehmerdienst, der es möglich macht, dass ein Anruf von einem Endnutzer eingeleitet wird), sowie direkte Zusammenschaltungsdienste (die Bereitstellung einer direkten physischen Verbindung zwischen den Anruf zustellenden und den die Verbindung aufbauenden Netzen) und Transitdienste (die Bereitstellung einer indirekten Verbindung

zwischen den Anruf zustellenden und den die Verbindung aufbauenden Netzen durch den Transit über ein oder mehrere Drittnetz(e)). Zugangsdienste, die die Inanspruchnahme eines Gast- oder Besuchsnetzes durch Kunden anderer Betreiber betreffen, umfassen die Großabnehmer-Bereitstellung von Leistungen im Bereich des Inlands- und Auslandsroaming sowie die Bereitstellung von Übertragungszeit an Großabnehmer.

5.3. Von der Vereinbarung direkt betroffene Märkte

5.3.1. Der Markt für Standorte für digitale Mobilfunk-Kommunikationsausrüstungen und deren Infrastruktur

Produkt-/Infrastrukturmarkt

- (49) Die Mobilfunknetze der zweiten und dritten Generation sind zellenförmig um die Antennen aufgebaut, die über das Versorgungsgebiet verteilt sind und es ermöglichen, dass Funksignale innerhalb eines gewissen Radius von Endnutzern empfangen und an Endnutzer übermittelt werden ⁽³⁷⁾. Die Betreiber mobiler Telekommunikationsnetze der zweiten und dritten Generation benötigen Antennenstandorte und die damit zusammenhängende Infrastruktur wie z. B. Masten, Schränke, Stromversorgungseinrichtungen, Verbinder und Übertragungskabel.
- (50) Der Erwerb (entweder der Kauf oder häufiger das Mieten) solcher Standorte erfordert eine Vereinbarung mit den Standorteignern und Planungsgenehmigungen von den zuständigen Behörden, sowie in einigen Fällen auch die Genehmigung der Regulierungsbehörden, um das Risiko von Funkfrequenzstörungen einzuschränken. Obwohl die Anzahl von Grundstücken, die in Standorte für digitale Mobilkommunikationsausrüstungen umgewandelt werden können, theoretisch unbegrenzt ist, ist die Anzahl geeigneter Standorte eingeschränkt, was auf Planungs-vorschriften, Überlegungen in Zusammenhang mit der Gesundheit und Umwelt oder räumliche Zwänge z. B. in Stadtzentren, Flughäfen, Bahnhöfen und in „Untergrundgebieten“ zurückzuführen ist. Um als Standort in Erwägung gezogen zu werden, muss ein Grundstück daher aus technischer Sicht geeignet sein, im Einklang mit den Vorschriften bereitgestellt werden und sich in die geplante Netzarchitektur einfügen, die gemäß dem Kapazitätsbedarf auf das Versorgungsgebiet verteilt ist.

⁽³⁶⁾ SMP-Leitlinien, Abs. 66; s. Entscheidung 98/2001/EG der Kommission in der Sache COMP/M.1439 — Telia/Telenor, ABL L 40 vom 9.2.2001, S. 1; Entscheidung vom 12. April 2000 in der Sache COMP/M.1795 Vodafone Airtouch/Mannesmann, ABL L 40 vom 9.2.2001, S. 1; Entscheidung vom 20. September 2001 in der Sache COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, ABL C 325 vom 21.11.2001, S. 12; Entscheidung vom 10. Juli 2002 in der Sache COMP/M.2803 — Telia/Sonera, ABL C 201 vom 24.8.2002, S. 19.

⁽³⁷⁾ Da 2.5G auf einem freien Fernsprechnet (Overlay) bestehender 2G-Netze beruht und in Deutschland von den vier bestehenden 2G-Betreibern (und ihren Diensteanbietern) bereitgestellt wird, wird keine gesonderte Analyse vorgenommen.

- (51) Standorte werden zurzeit vor allem von den vier Betreibern benötigt, die über 3G-Lizenzen in Deutschland verfügen und den Ausbau des 3G-Netzes planen, und die auch 2G-Netze betreiben⁽³⁸⁾. Grundsätzlich sind 2G- und 3G-Standorte austauschbar, obwohl die Dichte eines 3G-Netzes wegen der verschiedenen Frequenzen und der für 3G-Dienste zusätzlich erforderlichen Kapazitäten größer ist, so dass nahezu doppelt so viele Standorte benötigt werden wie für ein 2G-Netz. Mit den bestehenden 2G-Standorten kann daher nur ein begrenzter Teil der Nachfrage nach 3G-Standorten befriedigt werden. Im Gegensatz zu den 2G-Netzen, die bereits voll ausgebaut sind, befindet sich der Ausbau der 3G-Netze in Deutschland noch in der Planungsphase. Angesichts des vorgeschriebenen Ausbauerfordernisses, wonach bis Ende 2003 25 % der Bevölkerung und bis Ende 2003 50 % der Bevölkerung erfasst sein müssen, ist die anfängliche Nachfrage nach Standorten in städtischen und anderen dicht besiedelten Gebieten am höchsten. Während unter den verschiedenen Standorttypen ein gewisser Spielraum für einen Austausch besteht (z. B. zwischen Standorten auf Dächern und Masten oder zwischen von mehreren Mobilfunkbetreibern genutzten Standorten für kleinere Zellen wie Mikro- oder Pikoellen und Einzelstandorten für größere Makrozellen), gibt es keine sonstigen Produkte, die 2G- und 3G-Standorte und deren Infrastruktur ersetzen könnten.
- (52) Der Zugang zu 2G- und 3G-Standorten und deren Infrastruktur kann zunächst von 2G- und 3G-Netzbetreibern bereitgestellt werden, die Standorte für den Betrieb ihrer eigenen Netze verortet, erworben und ausgebaut haben. Die Standorte können grundsätzlich von mehreren Betreibern gemeinsam genutzt werden, obwohl der Anzahl von Betreibern, die einen Standort gemeinsam nutzen können — meistens bis zu drei⁽³⁹⁾ — je nach Auslegung des Standorts technische Grenzen gesetzt sind. Auf der Angebotsseite sind damit offenbar Einsparungen verbunden, weil die Netzbetreiber wohl lieber mit Anbietern verhandeln, die ihnen die größtmögliche Anzahl von Standorten in möglichst zahlreichen Gebieten bereitstellen können, um die Verortungs- und Transaktionskosten niedrig zu halten. Die Betreiber ziehen unter Umständen eine „erweiterte“ Standortmitbenutzung vor, die Komponenten der Standortinfrastruktur umfasst, wodurch sie ihre Kosten weiter senken können. Schließlich sind z. B. in den Stadtzentren viele der günstigsten Standorte bereits ausgebaut und daher den Marktzugängern nicht immer verfügbar.
- (53) Für ein Angebot durch die Betreiber von Rundfunknetzen ist der Spielraum begrenzt. Mobilfunkbetreiber greifen zunehmend auf Rundfunkübertragungsanlagen zurück, die ihren örtlichen Anforderungen entsprechen. Die Rundfunkübertragungsausrüstungen befinden sich an Standorten, die gegenüber den Mobilfunksystemen einen räumlich größeren Erfassungsgrad bieten. Bei den Rundfunkstandorten handelt es sich daher in der Regel um hohe Anlagen an erhöhter Stelle, die mit hoher Leistung (Dutzende von Kilowatt) übertragen, um die Bevölkerung mit einer begrenzten Zahl an Standorten optimal zu erfassen. Aus Kapazitätsüberlegungen sind Mobilfunknetze zellförmig aufgebaut, wobei jeder Standort eine ausreichende, aber begrenzte Erfassung bietet, die Störungen zwischen den Zellen verringert und es ermöglicht, die zugeteilten Frequenzen in anderen Gebieten erneut zu verwenden. Die Zellengröße reicht von einigen hundert Metern bis mehreren Kilometern, wobei der tatsächliche Übertragungsbereich von der erforderlichen Netzkapazität bestimmt wird. Die Höhe des Standorts und die übertragene Leistung sind die maßgeblichen Faktoren zur Bemessung der Zellengröße, wobei die typischen Leistungswerte im Zehner-Wattbereich liegen und die Antennenhöhe zwischen 10 und 20 Meter beträgt.
- (54) In Deutschland ist es zu einem Marktzutritt von unabhängigen Unternehmen gekommen, die auf die Ortung, den Erwerb und die Bereitstellung von Standorten zur Verwendung durch Dritte spezialisiert sind. Andere Standorteigner wie z. B. öffentliche Einrichtungen oder Versorgungsunternehmen können ebenfalls in den Markt eintreten, was in Deutschland bereits geschehen ist. Zudem haben Betreiber in der Vergangenheit einzelne Standorte direkt von den Eigentümern erworben oder gepachtet und setzen dies fort. Abgesehen von den Einschränkungen bei der Plangenehmigung, den Gesundheitsvorschriften und der Anforderung, elektromagnetische Störungen auf ein Mindestmaß zu beschränken, gibt es keine bedeutenden gesetzlichen Auflagen oder Vorschriften, die einem zügigen Zutritt zum Markt im Wege stünden und eine Substitution auf der Angebotsseite unterbinden könnten. Für den Marktzutritt sind nur unerhebliche Investitionen und geringe technische Sachkenntnisse erforderlich. Ein Marktzutritt bleibt daher weiterhin möglich.
- (55) Aus dieser Analyse von Angebot und Nachfrage ist der Schluss zu ziehen, dass ein Markt für Standorte für digitale Mobilfunkausrüstungen und deren Infrastruktur besteht.

Räumlich relevanter Markt

⁽³⁸⁾ Standorte werden z. B. auch von digitalen Rundfunkanstalten benötigt und in Zukunft auch für die Anbieter von TETRA (transeuropäischer Bündelfunk) erforderlich sein, wenn diese Dienste in Deutschland ihre Arbeit aufnehmen. Bisher nutzen die Parteien Standorte nur gemeinsam mit anderen 2G-/2.5G-Betreibern.

⁽³⁹⁾ Zur Aufgliederung der Nutzung von Standorten durch mehrere Mobilfunkbetreiber siehe <http://www.regtp.de>.

- (56) Ausgehend von der Struktur der Nachfrage, die durch Betreiber mit nationalen Lizenzen gekennzeichnet ist, und den nationalen oder örtlichen Planungsvorschriften handelt es sich um einen nationalen Markt, d. h. die Bundesrepublik Deutschland.

5.3.2. *Der Markt für den Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für 3G-Kommunikationsdienste*

Produkt-/Dienstemarkt

- (57) Mobilfunk-Roaming findet statt, wenn Abonnenten ihr Mobiltelefon oder vielmehr ihre SIM (Subscriber Identification Module)-Karte, die den Abonnenten identifiziert, in einem anderen (dem so genannten Gast- oder Besuchernetz) als dem eigenen Mobilfunknetz, das ihre SIM-Karte ausgestellt hat (Heimnetz), verwenden. Es gibt Auslands- und Inlandsroaming. In beiden Fällen sind dafür Vereinbarungen zwischen dem Heimnetzbetreiber und dem Betreiber des Besuchernetzes über die Bereitstellung des Großabnehmer-Roamingzugangs zum Besuchernetz erforderlich, wobei die Roamingleistung vom Heimnetz als Endabnehmerdienst an seine Abonnenten weitergegeben wird. Der Markt für Inlandsroaming unterscheidet sich vom Markt für Auslandsroaming u. a. dadurch, dass er keine Vereinbarungen mit ausländischen Betreibern erfordert, nicht auf die vom GSM-Verband entwickelten Standardvorkehrungen zurückgreift⁽⁴⁰⁾ und eine ganz andere Preisstruktur hat.
- (58) Ungeachtet einer möglichen anfänglichen Überschneidung bei 2G-, 2.5G- und 3G- Endabnehmerdiensten unterscheidet sich der Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für 3G-Kommunikationsdienste aus Sicht der Nachfrage vom 2G- oder 2.5G-Roaming, weil der Bereich der Sprach- und Datendienste, die mit dem 3G-Roaming erbracht werden können, wegen beträchtlich höherer Übertragungsgeschwindigkeiten größer und andersartig ist (in der Praxis von 144 bis 384 kbit/s für 3G gegenüber 20 und 60 kbit/s für 2.5G und 9 und 14 kbit/s für 2G). Eine eingehende Erörterung der entsprechenden Sprach- und Datendienste folgt nachstehend in einem eigenen Abschnitt.
- (59) Auf der Angebotsseite werden nur Betreiber von 3G-Netzen oder andere Betreiber, die den Zugang zu den 3G-Netzen den 3-G-Betreibern bereitstellen können, den Zugang zum Inlandsroaming für 3G-Dienste auf Großabnehmerebene erbringen können. Angesichts der Lizenzanforderungen sind die Zutrittsbeschränkungen absolut, abgesehen von einem abgeleiteten Zutritt aufgrund von Zugangsrechten zu einem bestehenden 3G-Netz. Der Zugang zum Inlandsroaming auf Großabnehmerebene ist bei 3G-Kommunikationsdiensten daher ein eigenständiger Produkt-/Dienstemarkt.

Räumlich relevanter Markt

- (60) Aufgrund der nationalen Lizenzvergabe für 3G-Netze und der unterschiedlichen Preisgestaltung beim Inlands- und Auslandsroaming handelt es sich beim räumlich relevanten Markt um einen nationalen Markt, d. h. Deutschland.

5.4. **Sonstige möglicherweise betroffene Groß- und Endabnehmermärkte**

5.4.1. *Potenziell betroffene Großabnehmermärkte*

Produkt-/Dienstemarkt

- (61) Es gibt eine Reihe anderer möglicher Großabnehmermärkte für 3G-Netzdienste und -Netzzugang, die durch die Vereinbarung möglicherweise betroffen sind, z. B. der Markt für die Bereitstellung von Großabnehmer-Übertragungszeit für Diensteanbieter, der in Deutschland durch Regularisierungsauflagen geregelt ist. Der Großabnehmerzugang für Diensteanbieter ähnelt dem Inlandsroaming, weil er den Netzzugang für Großabnehmer und Gesprächsminuten ebenfalls durch ein Gastnetz bereitstellt. Er wird den Diensteanbietern in Deutschland durch Mobilfunkbetreiber erbracht, die gemäß ihrer Lizenz hierzu verpflichtet sind⁽⁴¹⁾. Der Unterschied zwischen den zwei Zugangsformen besteht darin, dass ein Mobilfunkbetreiber, der Inlandsroaming in Anspruch nimmt, den Bereich der seinen Abonnenten zu erbringenden Dienste selbst bestimmen und Dienste bereitstellen kann, die den Kunden des Gastnetzes nicht zugänglich sind. Ein Diensteanbieter ist jedoch auf den einfachen Weiterverkauf der Dienste beschränkt, die ihm vom Netzbetreiber mit der Großabnehmer-Übertragungszeit bereitgestellt wird.
- (62) Ein weiterer möglicher Großabnehmermarkt ist der Markt für Verbindungsaufbaudienste, wo die Anbieter von Betreiberauswahldiensten das Recht erwerben, Zugang zu Mobilfunknetzen zu erhalten, um Verbindungen aufzubauen, die sie auf eigene Verantwortung abschließen. Dieser Markt existiert zurzeit in Deutschland offenbar nicht, jedoch in anderen Mitgliedstaaten wie z. B. im Vereinigten Königreich. Es ist möglich, dass sich neue Formen des Großabnehmerzugangs zu 3G-Netzen und Diensten entwickeln, die eigene relevante Märkte bilden werden.

⁽⁴⁰⁾ Der GSM-Verband besteht aus über 690 2G- und 3G-Mobilfunkbetreibern, Herstellern und Lieferanten, die gemeinsam technische Plattformen entwickeln, um einen nahtlosen Betrieb der Drahtlosdienste sicherzustellen mit dem Schwerpunkt auf Roaming und Interoperabilität. S. <http://www.gsmworld.com>.

⁽⁴¹⁾ Abschnitt 4 der TKV Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997 (BGBl. I, S. 2910), zuletzt geändert durch die Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365; und durch Abschnitt 15 der deutschen 3G-Lizenzen.

- (63) Die Netzdienste und der Netzzugang für 3G-Großabnehmerdienste werden sich wahrscheinlich von den Netzdiensten und dem Zugang für 2G- oder 2,5G-Dienste unterscheiden, weil das Dienstangebot, das auf der Grundlage von 3G-Netzen bereitgestellt werden kann, angesichts der beträchtlich höheren Übertragungsgeschwindigkeiten breiter und von anderer Art ist. In Anbetracht der fortdauernden Entwicklung der 3G-Großabnehmermärkte, ist es zu früh, um die Nachfrage nach Netzdiensten und den kommerziellen Zugang auf diesen Märkten im Einzelnen zu beurteilen, mit Ausnahme der Nachfrage von Diensteanbietern nach Zugang zu Großabnehmer-Übertragungszeit im Einklang mit den gesetzlichen Verpflichtungen für 3G-Netzbetreiber. Auf der Angebotsseite sind diese Märkte auf die 3G-Netzbetreiber und sonstige Anbieter beschränkt, die einmal das Recht auf Bereitstellung des Zugangs zu 3G-Netzen im entsprechenden Ausmaß erwerben könnten.

Räumlich relevanter Markt

- (64) Da die Lizenzvergabe und die Preisgestaltung auf nationaler Ebene geregelt werden, ist der räumliche Erfassungsbereich dieser Großabnehmermärkte wahrscheinlich der deutsche Markt⁽⁴²⁾.
- (65) Diese Entscheidung erfordert keine weitergehende Definition der entsprechenden Märkte.

5.4.2. Potenziell betroffene Endabnehmermärkte

- (66) Die in der Vereinbarung geregelte Zusammenarbeit ist zwar auf die gemeinsame Nutzung von Standorten und das Inlandsroaming auf Großabnehmerebene beschränkt, ihre Auswirkungen könnten jedoch in den nachgeordneten Dienstmärkten auf Endabnehmerebene fühlbar werden, auf denen die Parteien unabhängig voneinander agieren. Als Endabnehmerdienste sind die Sprach- und Datendienste bisher gebündelt angeboten worden, was den Eindruck entstehen lässt, sie seien Teil desselben Markts. Die Parteien gehen davon aus, dass alle Netzbetreiber einmal „nahtlose“ 2G- und 3G-Sprachdienste anbieten werden, und zwar auf einer einzigen SIM-Karte. Es wird jedoch erwartet, dass sich das Verhältnis zwischen Sprach- und Datendiensten grundlegend verändert: Während die 2G-Datendienste hauptsächlich auf Fax und SMS beschränkt sind, machen die Sprachdienste in der Regel über 90 % der Einnahmen der Mobilfunkbetreiber der zweiten Generation aus; bei den 3G-Netzen wird

hingegen erwartet, dass mit Diensten wie Ferneinkauf, Bildtelefonie und Videokonferenzen einmal zwischen 50 % und zwei Drittel der Einnahmen den Datendiensten entstammen werden. Es ist daher angebracht, digitale Sprach- und Datendienste getrennt zu analysieren. Diese Unterscheidung entspricht zumindest anfänglich der Unterscheidung zwischen leitungs- und paketvermittelten Diensten.

Digitale Mobilfunksprachdienste

- (67) In diesen Märkten hat die Kommission bisher nicht zwischen den verschiedenen Techniken unterschieden. In den meisten ihrer Entscheidungen wurde festgestellt, dass Analog- und Digital-GSM-900 und 1800 Teil desselben Mobilfunk-Sprachtelefoniemarkts sind, wobei anhand engerer Marktdefinitionen sichergestellt wurde, dass keine dieser Definitionen eine marktbeherrschende Stellung ergeben würde⁽⁴³⁾. Da die analoge Mobilfunktelefonie in Deutschland am 1. Januar 2000 abgeschafft wurde, handelt es sich bei den von der Vereinbarung betroffenen Diensten um die digitale Mobilfunk-Sprachtelefonie. Bisher hat die Kommission für 2G-, 2,5G- und 3G-Endabnehmerdienste keine unterschiedlichen Märkte definiert⁽⁴⁴⁾.
- (68) Die Industrie geht jedoch davon aus, dass sich integrierte Sprach- und Datendienste entwickeln, wie z. B. Verbraucher-Bildtelefone und Multimedia-Konferenzdienste, die über die Kapazität der 2G- und 2,5G-Netze hinausgehen. Es ist deshalb möglich, dass sich ein getrennter Endabnehmermarkt für 3G-Sprachdienste entwickelt, oder dass 3G-Sprach- und Datendienste zu einem einzigen Markt zusammenwachsen werden. Die Entwicklungen in der Qualität und dem Erfassungsbereich der betreffenden Sprachdienste, die durch die 3G-Technik ermöglicht wurden,

⁽⁴²⁾ Vgl. jedoch Entscheidung der Kommission vom 4. Oktober 2001 in der Sache COMP/M.2898 TDC/CMG/MIGway GU, ABl. C 16 vom 19.1.2002, S. 16, in der für die Konnektivität mit dem internationalen Signalisierungsnetz und für den Großabnehmerzugang (SMS) zur Mobilfunktelefonieinfrastruktur EU-weite Märkte ausgewiesen sind.

⁽⁴³⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 1999 in der Sache IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, ABl. C 295 vom 15.10.1999, S. 2; Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 1999 in der Sache COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, ABl. C 11 vom 14.1.2000, S. 4; Entscheidung der Kommission 98/2001/EG vom 13. November 1999 in der Sache COMP/M.1439 — Telia/Telenor, ABl. L 40 vom 9.2.2001, S. 1; Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1999 in der Sache COMP/M.1769 — Mannesmann/Orange, ABl. C 139 vom 18.5.2000, S. 15; Entscheidung der Kommission vom 12. April 2000 in der Sache COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, ABl. C 141 vom 19.5.2000, S. 19; Entscheidung der Kommission vom 4. August 2000 in der Sache COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, ABl. C 295 vom 18.10.2000, S. 11; Entscheidung der Kommission vom 11. August 2000 in der Sache COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, ABl. C 261 vom 12.9.2000, S. 6; Entscheidung der Kommission vom 25. September 2000 in der Sache COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, ABl. C 362 vom 18.12.2001, S. 6.

⁽⁴⁴⁾ Entscheidung der Kommission vom 12. April 2000 in der Sache COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, ABl. C 141 vom 19.5.2000, S. 19; Entscheidung der Kommission vom 31. Juli 2000 in der Sache COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera, ABl. C 234 vom 18.8.2000, S. 6; Entscheidung der Kommission vom 25. September 2000 in der Sache COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, ABl. C 362 vom 18.12.2001, S. 6.

werden wohl einen Aufpreis bei 3G-Sprachdiensten möglich machen. Außerdem werden sie wahrscheinlich zu einer einseitigen Substitution zwischen 2G-Diensten einerseits und 3G-Diensten andererseits führen, d. h. die Verbraucher werden die 3G-Dienste ersetzen, aber nicht umgekehrt, was ein Nachweis für das Bestehen getrennter Märkte wäre. Für die Zwecke dieser Entscheidung ist es jedoch nicht erforderlich, darüber zu befinden, ob 2G- und 3G-Sprachdienste als getrennte Produktmärkte anzusehen sind. Die Definition des relevanten Produktmarktes kann deshalb offen bleiben.

Digitale Mobilfunkdatendienste

- (69) Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen 2G-Datendiensten einerseits und 2.5G- und 3G-Datendiensten andererseits besteht darin, dass erstere leitungsvermittelt und letztere paketvermittelt sind, d. h. dass sie auf einer anderen Technik mit anderen und besseren technischen Möglichkeiten beruhen. Da erwartet wird, dass die über 3G-Netze verfügbaren Dienste und Inhalte im Vergleich zu 2G hinsichtlich Datengeschwindigkeiten und des dadurch ermöglichten Dienstangebots wesentlich besser sein werden, wird die Substitutionsfähigkeit zwischen 2G- und 3G-Diensten wahrscheinlich nur in eine Richtung gehen. Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass 2G- und 3G-Dienste wahrscheinlich getrennte Märkte bilden werden. Obwohl es zwischen 2.5G- und 3G-Diensten wohl zu einer gewissen Überschneidung kommen wird, da auch 2.5G-Dienste z. B. Mobilfunk-E-Mail, Multimedia-Nachrichten und ständigen Internetzugang ermöglichen, sind deren Datenübertragungsraten unzureichend, um die anspruchsvollen Datendienste bereitzustellen, die von den 3G-Netzen erwartet werden. Offenbar bildet sich ein Markt für die Bereitstellung von 3G-Mobilfunkdatendiensten an Endabnehmer heraus.
- (70) Gemäß dem Unterscheidungsmerkmal Mobilität ist die Kommission bisher davon ausgegangen, dass Mobilfunk- und Festnetzdatendienste getrennte Märkte darstellen⁽⁴⁵⁾. Die 3G-Datendienste mit der höchsten Bandbreite werden jedoch wahrscheinlich nur unter optimalen Erfassungsbedingungen und bei reduzierter, sehr geringer oder nicht vorhandener Mobilität bereitgestellt werden können. Gleichzeitig entwickeln sich drahtlose Ortsnetzdienste (WLAN), die Datenkommunikation einschließlich Breitbandinternetzugang bei beschränkter Mobilität in einem abgegrenzten Bereich (z. B. innerhalb von Gebäuden oder an öffentlichen Standorten) ermöglichen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein ähnliches Maß an

beschränkter Mobilität in Zukunft zur Norm für alle oder die meisten Datendienste mit hoher Bandbreite wird. Es ist daher eine offene Frage, ob WLAN-Dienste die 3G-Dienste ergänzen oder ersetzen werden und ob damit die Unterscheidung zwischen Festnetz- und Mobilfunkdatendiensten wegfallen und sich vielleicht ein Markt für die drahtlose Breitband-Datenkommunikation entwickeln wird.

- (71) Da die 2.5G-Dienste sich noch entwickeln und die 3G-Dienste noch in der Planungsphase sind, kann noch nicht genau ermittelt werden, ob sie demselben Markt oder verschiedenen Märkten angehören, ob digitale Sprach- und Datendienste auf demselben Markt angeboten werden, oder ob bestimmte 3G-Dienste Teil desselben Marktes wie Breitbanddatendienste wie z. B. WLAN sind. Für diese Entscheidung muss jedoch nicht ermittelt werden, ob 2G-, 2.5G- und 3G-Datendienste, Sprachdienste und drahtlose Breitband-Datendienste als eigene Produktmärkte anzusehen sind. Die Definition des relevanten Produktmarktes wird daher offen gelassen.

Räumlich relevante Märkte

- (72) In Anbetracht der Tatsache, dass die Endkundenpreisgestaltung und das Dienstangebot der digitalen Mobilfunktelefonie bisher auf nationaler Ebene erfolgen, bleibt der Umfang der Märkte national, mit Ausnahme des sich herausbildenden Marktes für die Bereitstellung von nahtlosen europaweiten Mobilfunk-Telekommunikationsdiensten für internationale (mobile) Kunden, der von der Kommission zuerst in der Sache Vodafone/Mannesmann ermittelt wurde⁽⁴⁶⁾. Dienste im Bereich des Auslandsroaming sind angesichts deren hoher Preise und begrenzter Funktionalität kein Ersatz⁽⁴⁷⁾. Außerdem haben die Netzbetreiber sich im Allgemeinen geweigert, mit einem internationalen Roamingzugang ständiges Roaming zu erlauben, d. h. den Kunden eines ausländischen Netzes zu erlauben, Roamingleistungen in ihrem eigenen Netz dauerhaft in Anspruch zu nehmen. Die beschriebenen Märkte werden daher nationale Märkte sein.

⁽⁴⁵⁾ In Bezug auf den Anwahlzugang zum Internet über Mobiltelefon und Festnetz. Vgl. Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 2000 in der Sache COMP/JV 48 — Vodafone/Vivendi/Canal+, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽⁴⁶⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 12. April 2000 in der Sache COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, ABl. C 141 vom 19.5.2000, S. 19; Entscheidung der Kommission vom 11. August 2000 Sache COMP/M.2016 — France Télécom/Orange, ABl. C 261 vom 12.9.2000, S. 6.

⁽⁴⁷⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 22. Juni 1998 in der Sache IV/JV.2 — ENEL/FT/DT, ABl. C 178 vom 23.6.1999, S. 15; Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 1999 in der Sache IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, ABl. C 295 vom 15.10.1999, S. 2; Sache COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/OPI; Entscheidung der Kommission 98/2001/EG vom 13. November 1999 in der Sache COMP/M.1439 — Telia/Telenor, ABl. L 40 vom 9.2.2001, S. 1.

5.5. Marktstruktur

5.5.1. Der Markt der Standorte für digitale Mobilfunkausrüstungen und deren Infrastrukturen

- (73) Die Betreiber verhandeln wohl lieber mit Anbietern einer größeren Zahl von Standorten, doch es gibt keine wesentlichen Marktzutrittsbeschränkungen; erforderlich sind begrenzte Investitionen und technisches Wissen. Außerdem können die Eigentümer einzelner Standorte direkt mit den Mobilnetzbetreibern verhandeln. Zu den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern auf diesem Markt zählen zwei andere Betreiber von 2G- und/oder 3G-Netzen und -Diensten in Deutschland, die über eine Lizenz verfügen, Eisenbahnen und Rundfunkanstalten, Energieversorgungsbetriebe sowie Funkturmgesellschaften, die den Zugang zu Standorten erwerben und anbieten, wie z. B. New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG und Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. T-Mobile hat die Ortung, den Erwerb, das Pachten, die Akquisition und die gemeinsame Nutzung von Standorten auf die Deutsche Funkturm GmbH übertragen. Von den etwa [40 000 bis 70 000 (*)] bestehenden Standorten gehören [10 000 bis 20 000 (*)] T-Mobile, [10 000 bis 20 000 (*)] D2 Vodafone, [5 000 bis 15 000 (*)] E-Plus und [5 000 bis 15 000 (*)] O2 Germany. Außerdem betreiben die Deutsche Bahn [2 000 bis 6 000 (*)], die ARD [2 000 bis 6 000 (*)] und andere Unternehmen einschließlich Mobilcom, Energieversorger und Funkturmgesellschaften ungefähr [2 000 bis 6 000 (*)] Standorte.

5.5.2. Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für 3G-Kommunikationsdienste

- (74) In Deutschland ist das Inlandsroaming im 2G-Netz zurzeit darauf begrenzt, dass die Kunden von O2 Germany auf dem Netz von T-Mobile roamen⁽⁴⁸⁾. T-Mobile hält am Markt des 2G-Großabnehmer-Inlandsroaming daher einen Anteil von 100 %. Da sich das 3G-Roaming in der Praxis in erster Linie aus dem Roaming der Kunden von O2 Germany im Netz von T-Mobile ergibt, wird T-Mobile am Markt des Großabnehmer-Inlandsroaming der dritten Generation wahrscheinlich einen ähnlich hohen Marktanteil haben. Zu potenziellen Wettbewerbern für T-Mobile könnten jedoch andere 3G-Netzbetreiber werden, die Inlandsroaming zu niedrigen Preisen oder ohne zusätzliche Kosten, jedoch möglicherweise mit Kapazitätseinschränkungen anbieten könnten.
- (75) Die Marktzutrittsbeschränkungen sind wegen der Anforderungen bei der Lizenzvergabe, der begrenzten Anzahl verfügbarer Lizenzen und der hohen Kosten, die mit dem Erwerb einer 3G-Lizenz in Deutschland und den Investitionen in die 3G-Netzinfrastruktur verbunden sind, hoch. Auf der Ebene der Netzbetreiber sind die Möglichkeiten

für den Marktzutritt beschränkt, da nicht vorgesehen ist, neue Lizenzen zu vergeben oder die Lizenzen von Group 3G und Mobilcom, die ihre 3G-Netze nicht ausbauen werden, weiterzugeben. Wenn auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Lizenzen von Group 3G und Mobilcom entweder mit Genehmigung der Regulierungsbehörde oder nach einer Übernahme dieser Unternehmen auf ein anderes Unternehmen übergehen, wäre dies in Anbetracht des gegenwärtigen Investitionsklimas eher unwahrscheinlich. Die hauptsächlich gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerber auf den Großabnehmerzugangs- und Dienstmärkten sind daher die beiden anderen Lizenznehmer, die ihre 3G-Netze und -Dienste in Deutschland ausbauen wollen; potenzielle Wettbewerber wären Dritte, die Roamingleistungen im Netz dieser anderen Betreiber oder in den Netzen der Parteien sowie den Zugang zu diesen Netzen weiterverkaufen könnten.

5.5.3. 3G-Endabnehmermärkte

- (76) Sechs Betreiber haben die Lizenz erhalten, mit ihren Übertragungsrechten 3G-Netze und Dienste in Deutschland bereitzustellen. Neben T-Mobile und O2 Germany sind dies D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom und Group 3G. Jedoch haben sowohl Group 3G/Quam als auch Mobilcom ihre 3G-Vermögenswerte abgeschrieben und ihre Pläne aufgegeben, als Netzbetreiber in die 3G-Märkte in Deutschland einzutreten, wobei Mobilcom vielleicht Diensteanbieter bleiben wird⁽⁴⁹⁾. Die wichtigsten Wettbewerber auf den 3G-Endabnehmermärkten sind deshalb D2-Vodafone und E-Plus sowie möglicherweise Diensteanbieter wie Mobilcom und Debitel, die Großabnehmer-Übertragungszeit von den Netzbetreibern einkaufen und weiterverkaufen, sowie Betreiber von virtuellen Mobilfunknetzen, die auf diesem Markt tätig werden könnten.
- (77) Da die 3G-Netze und -Dienste noch nicht ausgebaut sind, kann zurzeit keine exakte Angabe der Marktanteile und Beurteilung der Ersetzbarkeit von 2G- und 3G-Diensten gemacht werden. Wenn man die geschätzten Marktanteile für 2G-Endabnehmerdienste von 2002 hilfsweise als Anhaltspunkt für den Marktanteil an 3G-Märkten, einschließlich der Zahlen für die Kunden von Diensteanbietern, die in ihren Netzen tätig sind, heranzieht, so hatte T-Mobile einen Marktanteil von 41,7 % und O2 Germany einen Marktanteil von 7,8 % gegenüber 38,3 % für D2 Vodafone und 12,2 % für E-Plus. Wenn nur die eigenen Abonnenten gezählt werden, hatte T-Mobile einen Marktanteil von 29 % gegenüber 7,5 % für O2 Germany, 28 % für D2 Vodafone, und 7 % für E-Plus; insgesamt verteilen sich 29 % der Abonnenten auf über 10 verschiedene Diensteanbieter, wobei Debitel mit einem Marktanteil von 12,7 % und Mobilcom mit 8,8 % an der Spitze liegen. Group 3G ist auf den 2G-Märkten in Deutschland nicht aktiv.

⁽⁴⁸⁾ Die betreffende Vereinbarung wurde unter COMP/C1/37.500 — VIAG Interkom + T-Mobil angemeldet und mit Verwaltungsschreiben vom 13. Juli 1999 abgeschlossen.

⁽⁴⁹⁾ Vgl. <http://www.quam.de>: „Quam stellt operatives Geschäft ein“, Quam (15. Oktober 2002); <http://www.mobilcom.de>: „Q3/2002: MobilCom schreibt UMTS-Vermögen vollständig ab“, MobilCom AG (28. November 2002).

6. ARGUMENTE DER PARTEIEN

- (78) Die Parteien bringen vor, dass vor allem finanzielle Gründe für die Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung des 3G-Netzes ausschlaggebend waren. Eine gemeinsame Nutzung sei erforderlich, weil:
- die Netzinfrastruktur der dritten Generation wegen der weitaus größeren Antennendichte, die doppelt so hoch wie bei 2G-GSM-Netzen ist, viel kostspieliger sei als die Vorgängerstruktur,
 - seit der Zuteilung der 3G-Lizenzen die Gewinnerwartungen nach unten korrigiert worden seien und
 - die Kapitalbeschaffungskosten wegen des allgemeinen Abwärtstrends der Mobilfunkbranche gestiegen seien.

In der Anmeldung erklärten die Parteien, dass sie aufgrund der Vereinbarung eine Senkung der Investitionskosten für die Netzinfrastruktur um bis zu 15-35 % (*) erwarten sowie weitere Einsparungen bei den Betriebskosten. Daraufhin haben die Parteien ihre Ansätze für Kosteneinsparungen gesenkt.

6.1. Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen

- (79) Nach Ansicht der Parteien bezweckt oder bewirkt ihre Vereinbarung keine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes, die im Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR stünde, da die vorgesehene Standortmitbenutzung und die mögliche gemeinsame Nutzung des Funkzugangsnetzes keine gemeinsame Nutzung der Kernnetze oder Frequenzen bedingen und weil ihre Vereinbarung vorschreibe, den Wettbewerb bei der Erbringung von Diensten und dem Endabnehmergeschäft uneingeschränkt aufrecht zu erhalten. Außerdem erfolgten die Planung, die Auslegung und der Betrieb der jeweiligen Netze getrennt, wobei die Offenlegung technischer Informationen auf das nötige Mindestmaß beschränkt bleibe.

6.2. Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen

- (80) Eine mögliche Beschränkung des Wettbewerbs könnte in erster Linie in der Einschränkung des Weiterverkaufs von Roaming-Kapazitäten an die Betreiber virtueller Netze zur Erbringung von Sprachdiensten bestehen. Sollte die Vereinbarung als wettbewerbsbeschränkend eingestuft werden, sei nach Auffassung der Parteien die Ausnahmeregelung nach Artikel 81 Absatz 3 EG bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR anwendbar. Angesichts der hohen Kosten für den Lizenzerwerb und des inzwischen stark gesunkenen Marktwertes des 3G-Frequenzspektrums biete die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen den Parteien die Möglichkeit, durch eine Verringerung der Investitionen für die Netzinfrastruktur und den Netzbetrieb Kapital- und Betriebskosten einzusparen. O2 Germany, der Hauptnutzer von Inlandsroaming nach der Vereinbarung, geht davon aus, dass er aufgrund der Vereinbarung bis zu [15-35 % (*)] der Ausbauposten ihres 3G-Netzes sparen wird, und dies hauptsächlich aufgrund

des Roamings. Die Parteien halten die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen für erforderlich, um die durch die gleichzeitige Öffnung der 3G-Märkte in der Gemeinschaft entstehende Belastung zu mindern. Diese Vorgehensweise stehe außerdem mit der Politik der deutschen Regulierungsbehörde RegTP und anderer Regulierungsbehörden, wie z. B. Oftel im Vereinigten Königreich im Einklang. Schließlich sei die gemeinsame Nutzung auch aufgrund planerischer Zwänge und aus Umwelt-erwägungen erforderlich.

- (81) Laut Parteien werden die Verbraucher aufgrund ihrer Zusammenarbeit in den Genuss schnellerer und innovativerer 3G-Dienste zu niedrigeren Preisen gelangen. Die Parteien werden dadurch keine standardisierten Dienste für Endabnehmer anbieten, sondern vielmehr bei den Inhaltanwendungen, der Festsetzung der End- und Großabnehmerpreise, den Bedingungen für die Erbringung von Diensten, den Absatzwegen, der Kundenbetreuung und der Vermarktung direkte Wettbewerber bleiben. Hieraus schließen sie, dass der Wettbewerb aufgrund ihrer Vereinbarung nicht nur aufrecht erhalten, sondern auf den Märkten für Netze und Dienste der dritten Generation in Deutschland noch intensiver werde. Schließlich argumentieren die Parteien, dass sie die Vereinbarung ohne die Einschränkung beim Weiterverkauf an virtuelle Sprachbetreiber nicht geschlossen hätten.

7. STELLUNGNAHME DRITTER

- (82) Die erste von der Kommission nach Eingang der Anmeldung im Februar 2002 veröffentlichte Mitteilung⁽⁵⁰⁾ und die in der Folge gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 veröffentlichte Mitteilung⁽⁵¹⁾ führten zu Stellungnahmen des Bundeskartellamts und von fünf weiteren Dritten, die Mobilnetzbetreiber, Diensteanbieter und Betreiber auf verbundenen Märkten in Deutschland vertreten. Obwohl einige Parteien ihre Unterstützung für die gemeinsame Nutzung von Netzen zum Ausdruck brachten, standen alle dem Rahmenvertrag in seiner jetzigen Form kritisch gegenüber. Nach der Anmeldung einer Änderung der Vereinbarung bezüglich des Inlandsroaming durch die Parteien wurde dem Bundeskartellamt und den Interessierten, die sich zur Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 geäußert hatten, Gelegenheit gegeben worden, zu diesen Änderungen Stellung zu nehmen.

7.1. Stellungnahme des Bundeskartellamts

- (83) Das Bundeskartellamt vertritt die Ansicht, dass für das UMTS der Wettbewerb auf der Grundlage von Netzqualität und Übertragungskapazität besonders wichtig werde und vom Ausmaß des Wettbewerbs im Infrastrukturbereich abhängt. Aus diesem Grunde neige es dazu, in jeder Form von gemeinsamer Nutzung des Netzes eine Beschränkung des Wettbewerbs zu sehen, es sei denn, ein Wettbewerb bei den Infrastruktureinrichtungen wäre aus praktischen oder rechtlichen Gründen nicht möglich. In diesem Zusammenhang wären auch Umwelthanliegen und die finanzielle Situation der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen. Da es in Deutschland zunehmend

⁽⁵⁰⁾ ABl. C 53 vom 28.2.2002, S. 18.

⁽⁵¹⁾ ABl. C 189 vom 9.8.2002, S. 22.

schwieriger werde, Genehmigungen für die Erschließung von Standorten zu erhalten, würden die Betreiber zur gemeinsamen Nutzung von Standorten gezwungen. Die finanzielle Situation der Mobilfunkbetreiber könnte die gemeinsame Nutzung von Netzen erforderlich machen, um den Marktzutritt zu ermöglichen.

- (84) Das Bundeskartellamt ist daher der Auffassung, dass keine Beschränkung des Wettbewerbs vorliege, wenn die gemeinsame Nutzung von Standorten für die Erfüllung der Lizenzverpflichtungen der Parteien (insbesondere die Verpflichtung zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung bis 2005) und damit für die Ermöglichung des Marktzutritts erforderlich werde. Es hält die gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen, die es für die Erfüllung der Lizenzverpflichtungen nicht für notwendig erachte, für eine Beschränkung des Wettbewerbs, die nur hinnehmbar wäre, wenn sie zur Ermöglichung des Marktzutritts erforderlich sei. Die gemeinsame Nutzung von Standorten nach 2005, das Erfassungserfordernis von mehr als 50 % der Bevölkerung und die gemeinsame Nutzung des Funkzugangsnetzes beinhalteten zwar Beschränkungen des Wettbewerbs, könnten jedoch für eine Freistellung in Betracht kommen.
- (85) Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind die Beschränkungen beim Weiterverkauf der Roaming-Kapazitäten an die Betreiber virtueller Netze in Artikel 11 der Vereinbarung nicht freistellbar, da sie eine Preiskoordinierung zwischen den Wettbewerbern bewirkten. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes enthält keine Bezugnahme auf das Inlandsroaming, und keine Ausführungen zu den Änderungen der Parteien an den Bestimmungen der Vereinbarung betreffend Roaming innerhalb des vorgeschriebenen Erfassungsgebiets von 50 % der Bevölkerung.

7.2. Stellungnahmen von anderen Dritten

- (86) Ein weiterer Dritter sprach sich grundsätzlich gegen das Inlandsroaming aus, das er als Einschränkung des Netzwettbewerbs betrachtet. Er erhob auch Einwände gegen die erweiterte Standortmitbenutzung und die gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen, weil dies zu einer derartigen Harmonisierung führe, dass man die Netze nicht mehr voneinander unterscheiden könne. In der Folge werde nicht nur der Wettbewerb im Bereich der Netzqualität zu einem Großteil ausgeschaltet, sondern auch der Wettbewerb bei den Diensten. Es gäbe keine Beweise dafür, dass die Parteien aufgrund ihrer Vereinbarung die 3G-Netze zügiger ausbauen werden.
- (87) Ein anderer befürwortete grundsätzlich die gemeinsame Nutzung von Netzen, da damit die Kosten kontrolliert werden könnten und der Marktzutritt erleichtert werde, forderte jedoch, dass die Nichtausschließlichkeit der Vereinbarung gestärkt werde, indem die Parteien eine Zusage abgeben, ausreichende Netzkapazität bereit zu halten, um dritte Betreiber unterbringen zu können.
- (88) Ein weiterer Dritter machte geltend, dass die Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Netzen die Parteien in die Lage versetzen könnte, die sich ergebenden Kosteneinsparungen für den Eintritt in die Märkte der Paging- und Sofortnachrichtendienste für Notrufe sowie in die mit den 3G-Diensten verbundenen Märkte zu wenden und kleinere Wettbewerber aus diesen Märkten hinauszudrängen.

- (89) Zwei weitere Dritte erhoben Einwände gegen Ziffer 11 der Vereinbarung dahin gehend, dass die Anforderung einer vorherigen Genehmigung durch den Betreiber des Heimnetzes für den Weiterverkauf von Roaming-Kapazitäten zur Bereitstellung von Sprachdiensten durch virtuelle Betreiber zu einer Einschränkung des Wettbewerbs auf den Endabnehmermärkten oder den Märkten für 3G-Dienste führen würde.
- (90) Alle eingegangenen Stellungnahmen wurden sorgfältig geprüft. In der nachstehenden rechtlichen Würdigung wird die Kommission auf die darin enthaltenen begründeten Wettbewerbsbedenken eingehen.

8. BESCHRÄNKUNGEN DES WETTBEWERBS

- (91) Gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Die Kommission kann wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen freistellen, die im Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen stehen, wenn die in Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen genannten Bedingungen erfüllt sind.
- (92) Der angemeldete Rahmenvertrag ist eine horizontale Kooperationsvereinbarung zwischen zwei Wettbewerbern, die auch bestimmte vertikale Aspekte aufweist. Die Vereinbarung bezweckt keine Einschränkung des Wettbewerbs durch die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung der Erzeugung oder die Aufteilung der Märkte oder Kunden, könnte aber eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken, da T-Mobile und O2 Germany sowohl bei den digitalen 2G- als auch den digitalen 3G-Mobilfunknetzen und -diensten miteinander im Wettbewerb stehen.
- (93) Die Vereinbarung zwischen T-Mobile und O2 Germany betrifft die Zusammenarbeit beim Ausbau der 3G-Netze der Parteien, insbesondere durch gemeinsame Nutzung von Standorten und Inlandsroaming. Die Parteien haben die Absicht, bei der Planung, dem Erwerb, dem Ausbau, dem Einsatz und der gemeinsamen Nutzung von 3G-Standorten sowie bei der Bereitstellung von Roamingleistungen zusammenzuarbeiten. Sie werden beim Ausbau ihrer 3G-Netze deshalb umfassend kooperieren. Eine derart weitreichende Zusammenarbeit zwischen zwei Anbietern in Märkten mit einer nur beschränkten Zahl von Wettbewerbern und hohen, wenn nicht absoluten Marktzutrittsbeschränkungen löst aus der Sicht des Wettbewerbs Bedenken aus. Insbesondere besteht das Risiko, dass der Rahmenvertrag den Netzwettbewerb in Deutschland reduzieren und auf den Dienstmärkten zu Nebenwirkungen führen könnte. Zudem werden jegliche restriktive Bestimmungen wie z. B. Einschränkungen des Weiterverkaufs geprüft werden müssen.

8.1. Anwendbarkeit von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen

(94) Da die gemeinsame Nutzung von Standorten, die gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen und das Inlands-roaming als unterschiedliche Formen der Zusammenarbeit mit Auswirkungen auf verschiedenen Märkten anzusehen sind, werden sie getrennt analysiert.

8.1.1. Erweiterte Standortmitbenutzung

(95) Die gemeinsame Nutzung von Standorten wird im öffentlichen Interesse sowohl auf Gemeinschaftsebene als auch auf nationaler Ebene gefördert. Zudem können die nationalen Behörden die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen vorschreiben, wenn die Wettbewerber über keine machbaren Alternativen verfügen. Gemäß Artikel 11 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) („Zusammenschaltungsrichtlinie“) sind die nationalen Regulierungsbehörden ermächtigt, die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen⁽⁵²⁾ zu fördern oder vorzuschreiben. In Deutschland ist dieser Artikel mit Paragraph 33 des deutschen Telekommunikationsgesetzes (TKG) umgesetzt worden, wonach Dritten den Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen marktbeherrschender Betreiber verlangen können⁽⁵³⁾. Der Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 übereinen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁽⁵⁴⁾ („Rahmenrichtlinie“) besagt, dass „die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen für die Stadtplanung, die öffentliche Gesundheit oder für den Umweltschutz nützlich sein kann und von den nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage freiwilliger Vereinbarungen gefördert werden sollte“. Artikel 12 dieser Rahmenrichtlinie ermächtigt die nationalen Regulierungsbehörden, die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen vorzuschreiben, wenn Unternehmen der Zugang zu gleichwertigen Alternativen wegen des Erfordernisses versagt wird, die Umwelt, die allgemeine Gesundheit und die Sicherheit zu schützen, oder um den Vorgaben der Städte- und Raumplanung zu entsprechen. Sektorspezifische gesetzliche Regelungen können daher eine Lösung darstellen, wenn Alternativstandorte nicht verfügbar sind und es den Wettbewerbern nicht gelingt, den Zugang zu den notwendigen Standorten und ihrer Infrastruktur zu kaufmännischen Bedingungen auszuhandeln.

(96) Die gemeinsame Nutzung von Standorten auf der Grundlage bilateraler Vereinbarungen ist unter allen 2G-Betrei-

bern in Deutschland üblich und wird in den 3G-Netzen wahrscheinlich fortgesetzt. Es bestehen Rahmenvereinbarungen zwischen T-Mobile, D2 Vodafone und E-Plus über die Nutzung gemeinsamer Standorte. Auch wird die gemeinsame Nutzung von Standorten in Deutschland im öffentlichen Interesse gefördert, um die Gesamtzahl an erforderlichen Standorten aufgrund von Erwägungen des Umweltschutzes und der Gesundheitsvorsorge auf eine Mindestzahl zu beschränken. Es wurde daher am 9. Juli 2001 eine allgemeine Vereinbarung zwischen allen Mobilfunknetzbetreibern und den Kommunalverbänden mit dem Ziel geschlossen, die Nutzung gemeinsamer Standorte zu maximieren⁽⁵⁵⁾. Gemäß dieser Vereinbarung tauschen die Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland Informationen über die in bestimmten Kommunen benötigten Standorte aus, um eine möglichst hohe Zahl an Standorten gemeinsam zu nutzen.

(97) Der Markt für Standorte für digitale Mobilfunkkommunikationsausrüstungen und deren Infrastruktur wurde in den Randnummern 49 ff. definiert. Nach Angabe der Parteien sind bisher rund [40 000 bis 70 000 (*)] Standorte für 2G-Netze in Deutschland erworben worden, von denen ein Teil für 3G-Netze verwendet werden kann. Bisher werden auf dem deutschen Markt insgesamt 64 % der Standorte von nur einem Betreiber genutzt, 20 % von zwei Betreibern und 16 % von drei oder mehr Betreibern⁽⁵⁶⁾. Da sich die 3G-Netze anfänglich auf städtische Gebiete konzentrieren werden, um die erforderliche Erfassung der Bevölkerung sicherzustellen, ist es wahrscheinlich, dass der Prozentsatz an Standorten, die für 3G-Zwecke gemeinsam genutzt werden, höher sein könnte als für 2G-Zwecke. Die ausgebauten Standorte teilen sich unter den Netzbetreibern schätzungsweise wie folgt auf: T-Mobile verfügt über [20 000 bis 20 000 (*)] Standorte, D2 Vodafone über [20 000 bis 20 000 (*)], E-Plus über [5 000 bis 15 000 (*)] und O2 Germany über [5 000 bis 15 000 (*)]. Es wird angenommen, dass zumindest 20 000 neue Standorte für 3G-Netze erworben werden. Zusätzlich zu seinen [20 000 bis 20 000 (*)] vorhandenen Standorten plant T-Mobile für sein 3G-Netz weitere (*) Standorte. Ein Teil der neu hinzugekommenen Standorte wird gemeinsam genutzt werden. In ihrer Anmeldung kündigen die Parteien an, dass sie gemäß dem Rahmenvertrag bis zu [20-35 % (*)] ihrer 3G-Standorte gemeinsam nutzen wollen. Jüngeren Informationen der Parteien zufolge erwartet O2 Germany nun, dass bis zu [40-55 % (*)] seiner 2G- und 3G-Netze mit allen anderen Betreibern einschließlich T-Mobile gemeinsam und [15-30 % (*)] mit T-Mobile alleine genutzt werden. T-Mobile geht davon aus, (*) der Mastenstandorte und (*) der Dachstandorte mit den anderen drei Betreibern zu teilen.

⁽⁵²⁾ ABl. L 199 vom 26.7.97, S. 32.

⁽⁵³⁾ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25. Juli 1996, BGBl. I, S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I S. 4186].

⁽⁵⁴⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

⁽⁵⁵⁾ Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze zwischen Deutscher Städtetag, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund und DeTeMobil Deutsche Telekom Mobilnet GmbH, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG, Group 3G, Mannesmann Mobilfunk GmbH, MobilCom Multimedia GmbH, VIAG Interkom GmbH & Co.

⁽⁵⁶⁾ Beruht auf Daten der RegTP für Mai 2001 bei einem Gesamtpool von 39 690 Standorten.

- (98) Auf dem hoch konzentrierten Markt haben die Parteien gegenwärtig zusammen einen Marktanteil von rund 45 %. Abgesehen von den Parteien haben zwei andere Unternehmen Lizenzen erworben, die ihnen die Entwicklung ihrer eigenen Netze erlauben, davon hat zumindest D2 Vodafone auf den 2G-Märkten bereits eine sehr starke Stellung. Diese Unternehmen sind ebenfalls auf dem Markt für Standorte und Standortinfrastruktur für digitale Mobilfunkkommunikationsausrüstungen präsent. Obwohl sich die überwiegende Mehrheit der Standorte in Deutschland zurzeit in der Hand von Mobilfunknetzbetreibern befindet, drängen auch mehrere spezialisierte Betreiber von Sendemasten auf den deutschen Markt, ferner können einzelne Standorte auch direkt von den Eigentümern erworben werden. Außerdem verringert die gemeinsame Nutzung von Standorten nicht grundsätzlich die Anzahl an Standorten, die für andere Netzbetreiber verfügbar sind: in dem Maße, wie sich die Anzahl der von den gemeinsam nutzenden Betreibern individuell benötigten Standorte durch die gemeinsame Nutzung verringert, erhöht sich der Anteil der Standorte im Gesamtbestand, die für andere Betreiber verfügbar sind.
- (99) Auf der Nachfrageseite ist der Markt noch konzentrierter, da er sich auf die vier mit einer Lizenz ausgestatteten 2G-/3G-Betreiber beschränkt, die auf dem deutschen Markt aktiv bleiben. Die auf der Nachfrageseite tätigen Unternehmen sind auch auf der Angebotsseite präsent; sie haben grundsätzlich die Fähigkeit, Standorte für ihren eigenen Netzbedarf völlig unabhängig von den Parteien und sonstigen Betreibern zu erwerben. Da zu erwarten ist, dass die Parteien den Zugang zu Standorten anstreben, die von den anderen 2G- und 3G-Betreibern kontrolliert werden, ist mit ihrer Verhandlungsmacht zu rechnen.
- (100) Zudem wird der Zugang durch Dritte zu den von den Parteien kontrollierten Standorten aufgrund des öffentlichen Interesses und, wie bereits erläutert, durch die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde gefördert, die gemeinsame Nutzung von Standorten anzuordnen, wenn machbare Alternativen nicht gegeben sind. Schließlich beschränkt die Vereinbarung nicht die Geschäftsfreiheit der Parteien bei der gemeinsamen Nutzung von Standorten mit Dritten; auch haben beide Parteien die Absicht, Standorte weiterhin mit Dritten gemeinsam zu nutzen. Die Vereinbarung bewirkt damit keinen Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Markt der Standorte für digitale Mobilfunkkommunikationsausrüstungen und deren Infrastrukturen. Es bleibt zu untersuchen, ob sich für die Parteien infolge der gemeinsamen Nutzung von Standorten wegen der zunehmenden Gleichheit ihrer Kostenstruktur der Spielraum zur Unterscheidung der von ihnen angebotenen Endabnehmerdienste verringert, und ob sie ihre Aktivitäten auf anderen Märkten koordinieren.
- (101) Weil auf die gemeinsam genutzten Standorte ein nur geringer Kostenanteil entfällt, sind die von den Parteien aufgrund der gemeinsamen Nutzung von Standorten erwarteten Kosteneinsparungen beschränkt. O2 Germany schätzt, dass seine Einsparungen alleine aufgrund der gemeinsamen Nutzung nur [7-17 % (*)] der gesamten mit der Vereinbarung entstehenden Einsparungen von [15-35 % (*)] der Netzausbaukosten betragen werden, d. h. seine Einsparungen aufgrund der gemeinsamen Standortnutzung werden [weniger als 5 % (*)] der Gesamteinsparungen betragen. In Bezug auf 2G-Standorte erwartet T-Mobile wegen der bestehenden Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von 2G-Standorten keinerlei zusätzliche Einsparungen. Vielmehr sehen die Parteien die Vorteile der gemeinsamen Nutzung in einer schnelleren Planung und Umsetzung aufgrund frühzeitig erstellter Funkpläne beruhend auf Standortinformationen, die nunmehr eher verfügbar sind. Die Parteien werden keine Standorte gemeinsam besitzen oder kontrollieren, sondern miteinander und mit anderen Netzbetreibern beim Erwerb von eigenen Standorten im Wettbewerb stehen, und der jeweils anderen Partei Nutzungsrechte einräumen. Die Vereinbarung führt deshalb nicht dazu, dass ein großer Teil ihrer Gesamtkosten gemeinsame Kosten werden. Die Standortmitbenutzung bewirkt deshalb keine Ähnlichkeit der Kostenstruktur der Parteien, die ihre Fähigkeit beeinträchtigen könnte, einen wirksamen Wettbewerb in den nachgeordneten Netze- oder Dienstleistungsmärkten aufzunehmen.
- (102) Auch auf den anderen Netze- oder Dienstleistungsmärkten sind offenbar keine wesentlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben. Die Tiefe der Zusammenarbeit bei der Standortmitbenutzung steht nicht im Widerspruch zu den Forderungen der RegTP zum erforderlichen Mindestmaß an Unabhängigkeit, um eine eigenständige Kontrolle über die Netze und Dienste durch die Parteien zu ermöglichen. Insbesondere wahren die Parteien ihre Unabhängigkeit bei der Kontrolle über ihre Kernnetze einschließlich der intelligenten Teile der Netz- und Dienstleistungsplattformen, die über die Art und das Ausmaß der angebotenen Dienste bestimmen. Die Parteien behalten ferner die unabhängige Kontrolle über ihre Funkplanung und, um ihre Netzversorgung und Kapazität erhöhen zu können, die Hinzufügung auch von Standorten, die nicht mitbenutzt werden und die auf Netzebene offenbar die wichtigsten Wettbewerbsparameter sind, die auf die Höhe des Wettbewerbs im Dienstleistungsbereich wohl spürbare Auswirkungen haben. Da sich die Ortungskosten verringern, und eine größere Netzdichte zu erwarten ist, kann die Standortmitbenutzung sowohl zwischen den Parteien als auch mit Dritten zu einem besseren Netz- und dadurch auch Dienstleistungswettbewerb führen. Die Standortmitbenutzung, wie sie in der angemeldeten Vereinbarung vorgesehen ist, führt daher zu keiner Beschränkung des Wettbewerbs.
- (103) Zur Standortmitbenutzung haben die Parteien erklärt, dass sie die für den gemeinsamen Ausbau der Standorte notwendigen technischen Informationen und Angaben über die einzelnen Standorte austauschen werden, und zwar auch Informationen darüber, welche Partei an welchem Ort einen Ausbau plant. Sie betonen, dass zum

erwarteten Ausbau der 3G-Netze keine zusätzlichen Informationen ausgetauscht würden. Ziffer 2.6 des Rahmenvertrags legt fest, dass sensible Wettbewerbsinformationen zwischen den Parteien nicht über das für die Ermöglichung der Netzplanung erforderliche Mindestmaß hinaus ausgetauscht werden. Der Austausch dieser technischen Informationen beschränke sich auf jenes Maß, das notwendig sei, um eine Form der Zusammenarbeit zwischen den Parteien zu ermöglichen, die nicht als wettbewerbseinschränkend einzustufen ist. Daher sei mit diesem Austausch keine Beschränkung des Wettbewerbs verbunden.

8.1.2. RAN-Mitbenutzung

- (104) Obwohl in der Vereinbarung eine mögliche Prüfung des Potenzials einer RAN-Mitbenutzung zwischen den Parteien vorgesehen ist, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine gemeinsame Nutzung von Funkzugangsnetzen geplant. Außerdem sind die Modalitäten für eine RAN-Mitbenutzung zwischen den Parteien in der Anmeldung nicht so genau ausgeführt, dass es der Kommission möglich wäre, eine Analyse gemäß Artikel 81 EGV/Artikel 53 EWRA vorzunehmen. Die RAN-Mitbenutzung wird von dieser Entscheidung daher nicht erfasst.

8.1.3. Inlandsroaming

Roaming von O2 Germany im Netz von T-Mobile innerhalb des 50 %-Erfassungsgebietes

- (105) Durch am 20. September 2002 und 22. Januar 2003 erfolgte Änderungen an der Vereinbarung haben die Parteien vereinbart, dass es O2 Germany zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2008 möglich sein wird, Rechte für das Großabnehmer-Inlandsroaming in den 3G-Netzen von T-Mobile zu erwerben. Dies bedeutet, dass O2 Germany während dieses Zeitraums Großabnehmerleistungen im Bereich des Inlandsroaming von T-Mobile in dem Gebiet erwerben wird, in dem für O2 Germany die gesetzliche Verpflichtung besteht, 50 % der deutschen Bevölkerung mit seinem eigenen Netz zu erfassen. T-Mobile hat in diesem Gebiet nicht das Recht zum Erwerb von Leistungen des Großabnehmer-Inlandsroaming im Netz von O2. Nach Gesprächen mit der Kommission haben die Parteien zugesagt, die Dauer des Roaming innerhalb des 50 %-Erfassungsgebiets in den drei getrennten Gebieten 1, 2 und 3 zu begrenzen. Gemäß dem Zeitplan in Abschnitt 4.3.1 wird das Roaming in diesen Gebieten, die durch die Änderung vom 21. Mai 2003 von den Parteien in die Vereinbarung einbezogen wurden, schrittweise aufgehoben.

Gegenseitiges Roaming außerhalb des 50 %-Erfassungsgebietes

- (106) Die Vereinbarung sieht in ihrer ursprünglich angemeldeten Form ein gegenseitiges Recht auf 3G-Großabnehmer-Inlandsroaming zwischen T-Mobile und O2 Germany

außerhalb des Gebietes vor, in dem das Erfordernis zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung besteht. In der Praxis beabsichtigt T-Mobile, bis Ende 2006 mit seinem 3G-Netz (*) der deutschen Bevölkerung zu erfassen und die weitere Erfassung gemäß der Nachfrage zu erfüllen, während O2 Germany plant (*). Weil das Netz von T-Mobile umfassender sein wird, und es für einen Netzbetreiber wegen der Kontrolle über die Kosten und Parameter wie Netzqualität und Übertragungsraten vorteilhaft ist, das eigene Netz zu benutzen, wird das Roaming von T-Mobile im Netz von O2 Germany wahrscheinlich geringfügig sein und das im Rahmenvertrag vereinbarte Inlandsroaming in erster Linie aus dem Roaming von O2 Germany im Netz von T-Mobile, und nicht umgekehrt, bestehen.

Auswirkungen auf den Wettbewerb

Auswirkungen auf die Großabnehmermärkte

- (107) Der Markt für den Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für 3G-Kommunikationsdienste wurde unter den Randnummern 57 ff. definiert. Inlandsroaming zwischen Netzbetreibern, die über eine Lizenz zum Ausbau und Betrieb ihrer eigenen untereinander im Wettbewerb stehenden digitalen Mobilfunknetze verfügen, schränkt den Wettbewerb zwischen diesen Betreibern in allen verbundenen Netzemärkten hinsichtlich Versorgung, Qualität und Übertragungsraten ein. Es beschränkt den Wettbewerb im Bereich der Versorgung, weil der Betreiber beim Roaming sich auf den Erfassungsgrad verlässt, den das besuchte Netz erreicht hat, anstatt das eigene Netz auszubauen, um ein möglichst großes Gebiet mit dichter Bevölkerung zu erfassen. Inlandsroaming schränkt den nationalen Wettbewerb auch bei der Netzqualität und den Übertragungsraten ein, weil beim Roaming der Betreiber durch die Qualität und die Übertragungsraten des besuchten Netzes eingeschränkt wird, die von den technischen und geschäftlichen Entscheidungen des Betreibers dieses Gastnetzes abhängen. Schließlich wird Inlandsroaming gemäß dem Rahmenvertrag zu Großabnehmerpreisen berechnet, im Falle der Sprachkommunikation entsprechend den Anrufzustellungsgebühren und bei den Datendiensten auf der Grundlage [des Endabnehmer-Minusmechanismus (*)]. Im Falle von O2 Germany wird das Inlandsroaming (*) umfassen. Die Großabnehmergebühren, die O2 Germany den Abnehmern seiner eigenen Großabnehmer-Netz- und Zugangsdienste berechnen wird, werden daher von den Großabnehmergebühren eingeschränkt, die es an T-Mobile zahlen muss.
- (108) Die Auswirkungen dieser Beschränkungen werden in Gebieten ernsthafter sein, wo der Parallelausbau konkurrierender Netze — vor allem in den Stadtzentren — wirtschaftlich zu rechtfertigen ist, und wo der Wettbewerb durch das Roaming deshalb stärker eingeschränkt wird. Die Auswirkungen werden in Gebieten geringer sein, wo die wirtschaftlichen Anreize für den Ausbau schwächer sind, wie in den Gebieten, die für den Handel von zweitrangiger Bedeutung sind und vor allem in ländlichen und abgelegenen Gebieten.

- (109) Angesichts der sich hieraus ergebenden eingeschränkten Konkurrenzfähigkeit von O2 Germany und T-Mobile hinsichtlich Versorgung, Qualität, Übertragungsraten und Großabnehmerpreisen wird das Inlandsroaming der dritten Generation zwischen O2 Germany und T-Mobile auf allen 3G-Netzmärkten in Deutschland Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, also auch auf dem Markt für den Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming und dem Markt für den Großabnehmerzugang zur Übertragungszeit für 3G-Dienste.
- (110) Da es sich bei den 3G-Märkten um entstehende Märkte handelt, sind keine Informationen über Marktanteile verfügbar. Auf dem Markt für den Großabnehmerzugang zum Inlandsroaming für 3G-Kommunikationsdienste gibt es in Deutschland nur vier Betreiber mit Lizenz, die zum Ausbau ihrer Netze befähigt sind. Die Zutrittsbeschränkungen sind aufgrund der Lizenz- und Investitionsanforderungen äußerst hoch⁽⁵⁷⁾. Es ist daher klar, dass die Zusammenarbeit zwischen zwei von insgesamt nur vier auf dem Markt befindlichen Parteien den Wettbewerb fühlbar einschränken kann, selbst wenn eine dieser zwei Parteien (O2 Germany) zurzeit keinen Ausbau seines Netzes jenseits (*) anstrebt. Der Rahmenvertrag über Inlandsroaming ist daher (in seiner geänderten Form) eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen.

Auswirkungen auf die Endabnehmermärkte

- (111) Zudem sollte die Frage geprüft werden, ob der Rahmenvertrag über den 3G-Großabnehmer-Roamingzugang den Wettbewerb für die 3G-Endabnehmerdienste einschränkt. Weil die zugrunde liegende Netzversorgung, die Qualität und die Übertragungsraten wahrscheinlich ähnlich sind, wird das Inlandsroaming auf Großabnehmerebene zu einer größeren Einheitlichkeit der Bedingungen auch im Endabnehmersektor führen. Die Übertragungsgeschwindigkeiten werden zum Großteil die Dienstarten bestimmen, die ein Betreiber bereitstellen können. Darüber hinaus wird der Zeitpunkt, zu dem bestimmte Dienste eingeführt werden, davon abhängen, wann bestimmte Übertragungsgeschwindigkeiten auf Netzebene verlässlich verfügbar sind, was für die Zwecke des Inlandsroaming einer Koordinierung bedarf. Da die Betreiber, die 3G-Inlandsroaming auf Großabnehmerebene in Anspruch nehmen, für den Großabnehmerzugang Gebühren zahlen müssen, die für Datendienste einen [Preisabschlagmechanismus (*)] vorsehen, wird der Spielraum für den Preiswettbewerb beschränkt sein. Der (*) birgt die Gefahr in sich, dass es zur Abstimmung bei den Endabnehmerpreisen kommt.
- (112) Es ist daher wahrscheinlich, dass die Zusammenarbeit zwischen den Parteien beim 3G-Großabnehmer-Inlandsroaming sich auf ihren Wettbewerb in den nachgeordneten Endabnehmermärkten auswirken wird. Die Anzahl

der Anbieter in diesen Endabnehmermärkten wird zwar größer sein als die der Anbieter auf Netzebene, und es liegen auch keine genauen Angaben über den Marktanteil vor, doch wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien bei den 2G-Diensten ersatzweise herangezogen wird, ergibt sich ein Marktanteil von 36,5 % [T-Mobile 29 %; O2 Germany 7,5 %], wenn nur eigene Kunden gezählt werden, und von 49,5 % [T-Mobile 41,7 %; O2 Germany 7,8 %], wenn die Endabnehmer der Diensteanbieter, die in den Netzen der Parteien aktiv sind, gezählt werden. Es ist daher zu erwarten, dass bei der anzunehmenden Marktentwicklung der gemeinsame Marktanteil der Parteien für 3G-Endabnehmerdienste 10 % übersteigt. Die Beschränkung des Wettbewerbs ist somit spürbar.

Mindestabnahmeanforderung

- (113) Der Rahmenvertrag über 3G-Inlandsroaming ist nicht ausschließlich, sieht aber eine Mindestabnahme durch O2 Germany von (*) EUR bei T-Mobile innerhalb von drei Jahren vom Datum der Einführung der entsprechenden 3G-Roamingdienste vor. Die Änderungen an der Vereinbarung, die das Roaming von O2 Germany auf dem Netz von T-Mobile innerhalb des 50 %-Erfassungsgebiets ermöglichen, sehen die Zahlungen eines Entgelts an T-Mobile von (*) Minutengebühren vor. Dies ist zwar keine Mindestabnahmeanforderung, könnte aber bewirken, dass O2 Germany seinen Erwerb des Zugangs zum 3G-Inlandsroaming auf das Netz von T-Mobile konzentriert.
- (114) Weder die Mindestabnahmeanforderung noch die Entrichtung eines festen Entgelts sind im Hinblick auf eine mögliche Abschottung weiter untersucht werden. Der Verkauf des 3G-Großabnehmer-Roamingzugangs zwischen 3G-Netzbetreibern mit Lizenz wurde als Beschränkung des Wettbewerbs eingestuft. Deshalb können potenzielle Hindernisse für andere 3G-Netzbetreiber mit Lizenz, die diese Form der Zusammenarbeit bieten, nicht als weitere Beschränkung des Wettbewerbs ausgelegt werden. Sollte jedoch eine der Parteien eine Vereinbarung über den Erwerb des Roamingzugangs in erheblichem Umfang von einem oder den beiden anderen 3G-Netzbetreibern mit Lizenz eingehen, würde dies eine wettbewerbliche Untersuchung erfordern.

Weiterverkauf an Betreiber virtueller Netze

- (115) Ziffer 11 c) des Rahmenvertrags beschränkt die Parteien in ihrer Fähigkeit, Roamingzugangsrechte an Dritte weiterzuverkaufen, indem sie die vorherige Zustimmung der anderen Partei zu einem Weiterverkauf der Roamingkapazität an Betreiber virtueller Netze, die Endkunden Sprachtelefonien anbieten, vorschreibt. Beim Weiterverkauf von Zugangsrechten sind die damit zusammenhängenden Beschränkungen vertikaler Natur. Gemäß Artikel 2 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81

⁽⁵⁷⁾ Vgl. Abschnitt 5.5.2.

Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen⁽⁵⁸⁾ sind gegenseitige vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern jedoch nicht gruppenweise freistellbar.

- (116) Diese Beschränkung ist daher hinsichtlich möglicher Kollisionsauswirkungen gemäß den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit und hinsichtlich ihrer vertikalen Dimension gemäß den Leitlinien über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs zu beurteilen. Eine Analyse gemäß den Leitlinien für horizontale Zusammenarbeit zeigt, dass eine Beschränkung des Kundentyps, an den der Käufer die vertraglichen Leistungen verkaufen darf, die Produktion begrenzt und daher eine Beschränkung des Wettbewerbs nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen darstellt, die nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen einer Einzelprüfung bedarf⁽⁵⁹⁾. Zur Feststellung, ob Leistungsgewinne bestehen, die die vorhandenen Beschränkungen des Wettbewerbs aufwiegen, sind daher die Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen auf die Beschränkung des Weiterverkaufs an die „virtuellen Sprachbetreiber“ anzuwenden.

Beschränkungen beim Weiterverkauf an andere Netzbetreiber

- (117) Durch die vorgeschriebene vorherige Zustimmung des Betreibers des Gastnetzes beschränkt Ziffer 11 c) des Rahmenvertrags auch den Weiterverkauf von Roamingrechten an andere Netzbetreiber mit Lizenz. Die Parteien haben vorgebracht, dass diese Beschränkung erforderlich sei, um die Netzkapazität planen und die Qualität des Dienstes gewährleisten zu können. Von einer Analyse dieser Argumente kann jedoch abgesehen werden. Der Verkauf von 3G-Großabnehmer-Roamingzugang zwischen 3G-Netzbetreibern mit Lizenz ist als eine Beschränkung des Wettbewerbs eingestuft worden. Eine Obergrenze bei der Zahl anderer 3G-Netzbetreiber mit Lizenz, die sich dieser Form der Zusammenarbeit anschließen, kann daher nicht als Beschränkung des Wettbewerbs ausgelegt werden. Sollte jedoch eine der Parteien eine Vereinbarung schließen, die den Weiterverkauf beträchtlicher Mengen an Inlandsroamingzugang an einen oder an beide 3G-Netzbetreiber mit Lizenz vorsieht, würde dies eine Prüfung gemäß den Wettbewerbsvorschriften erforderlich machen.

Informationsaustausch beim Inlandsroaming

- (118) Ziffer 2.6 des Rahmenvertrags verbietet es den Parteien, „wettbewerbspolitisch relevante Informationen“ auszu-

tauschen. Hierzu haben die Parteien erklärt, dass sie keine Informationen über anzunehmende zukünftige Kapazitätserfordernisse, d. h. über die Anzahl der Kunden und ihre jeweiligen Anforderungen austauschen werden.

- (119) Die Parteien werden jedoch wichtige technische Daten austauschen, die für die Bereitstellung eines nahtlosen Roamingdienstes unbedingt notwendig sind, insbesondere Kanalnummern, Kundenkennung (CID) und Kenninformationen für die Zusammenschaltung. Das nahtlose Roaming hängt von einer „nahtlosen Übernahme“ zwischen den zwei beteiligten Netzen ab, so dass der Kunde sich beim Wechsel der Netze nicht manuell in das andere Netz einloggen muss. Um eine nahtlose Übergabe zwischen den Zellen zu ermöglichen, müssen die relevanten Funknetzparameter dem besuchten Netz mitgeteilt werden, d. h. die Identität der Zelle, ihre Ortskoordinaten, die Antennenhöhe, die Art der Antenne, die Richtung des wichtigsten Funkstrahls, die Kabeldämpfung und die Leistung des B-Knoten. Da diese Informationen rein technischer Natur sind, die die Wettbewerbsparameter zwischen den Parteien nicht betreffen, stellt dieser Informationsaustausch nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen keine Einschränkung des Wettbewerbs dar, die einer Einzelprüfung bedürfte.

8.2. Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten des EWR

- (120) Die Bedingungen für den Zugang zur 3G-Infrastruktur und zu den Großabnehmerdiensten von Mobilnetzbetreibern beeinträchtigen den Handel zwischen Mitgliedstaaten des EWR, weil die über Telekommunikationsnetze angebotenen Dienste im gesamten EWR gehandelt werden — z. B. die Großabnehmerterminierung von Auslandsgesprächen und der Großabnehmerzugang zum Auslandsroaming der dritten Generation — und weil die Bedingungen für den Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur und zu den Großabnehmerdiensten über die Fähigkeiten anderer Betreiber, Diensteanbieter und MVNOs bestimmen, die einen Zugang für die Bereitstellung ihrer eigenen Leistungen benötigen⁽⁶⁰⁾. Die Bedingungen für die gemeinsame Nutzung von Netzen werden auch die Käufe von Ausrüstungen bei Netzausrüstungsherstellern, die in verschiedenen Mitgliedstaaten des EWR ihren Sitz haben, beeinflussen. Darüber hinaus ist die Investition und der Markteintritt in 3G-Netzwerke und -Dienste zunehmend grenzüberschreitend innerhalb des EWR. Deshalb beeinflussen die Bedingungen für den Zugang zu 3G-Infrastruktureinrichtungen und Großabnehmerdiensten nicht nur das Investitionsklima einschließlich der Investition zwischen EWR-Mitgliedstaaten in 3G-Infrastruktur und -Dienste wesentlich, sondern betreffen auch die Bedingungen für den Markteintritt, einschließlich jenen von Betreibern, Diensteanbietern, MVNOs und Inhalteanbietern aus anderen EWR-Mitgliedstaaten.

⁽⁵⁸⁾ ABl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21. Vgl. Mitteilung der Kommission — Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 291 vom 13.10.2000, S. 1, Nummer 52.

⁽⁵⁹⁾ Bekanntmachung der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 3 vom 6.1.2001, S. 2, Abs. 25.

⁽⁶⁰⁾ Vgl. Zugangsmittteilung, Abs. 144-148.

8.3. Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen

(121) Wie dargelegt, fallen die Bestimmungen des Rahmenvertrags (in seiner geänderten Fassung) über Inlandsroaming unter Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und unter Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen, da die Modalitäten für das Inlandsroaming zwischen den Parteien eine spürbare Auswirkung auf den Wettbewerb haben und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Eine Vereinbarung, die unter Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen fällt, kann freigestellt werden, wenn sie die folgenden, in Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag und in Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen genannten Bedingungen erfüllt, indem sie:

- a) zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Dienstleistungen und zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt;
- b) die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt;
- c) den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und
- d) den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeiten eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

8.3.1. Beitrag der Rahmenvereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung und zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts

(122) Der Zugang zum 3G-Inlandsroaming wird es der roamenden Partei erlauben, eine bessere Erfassung, Qualität und höhere Übertragungsgeschwindigkeiten bei 3G-Großabnehmer- und Endabnehmerdiensten zügiger bereitzustellen. Der Verkauf des Zugangs zum Roaming wird dem Betreiber des Heimnetzes zusätzliche Mittel verschaffen, um in sein Netz zu investieren, und ihm erlauben, seine Netzkapazität zu einem früheren Zeitpunkt besser und damit effizienter auszuschöpfen. Selbst wenn in der Praxis nur eine der Parteien ihre Roamingrechte gemäß der Vereinbarung ausüben würde, würde ihre Nutzung der gemeinsamen Netze den Zugang zu einer größeren Netzdichte und einem größeren Erfassungsbereich verschaffen, als es allein anbieten könnte, was seine Großabnehmer- und Endabnehmerdienste für die Verbraucher attraktiver macht. Der von wenigstens zwei weiteren Betreibern auf Netzebene ausgehende Wettbewerb wird gewährleisten, dass der Anreiz der Parteien aufrechterhalten wird, eine größere Dichte und einen weiteren Erfassungsbereich entsprechend der kommerziellen Einführung der 3G-Dienste zu erzielen, und sich nicht allein auf Einsparungen bei ihren Netzkosten zu konzentrieren. Angesichts des Wettbewerbs von diesen anderen Betreibern und einer Reihe von Dienstleistungserbringern und möglicherweise von Betreibern virtueller Netze auf Endabnehmerbene werden die Parteien auch einzeln einen Anreiz haben, eine breitere Palette an Diensten einer besseren Qualität zu erbringen.

Roaming von O2 Germany auf dem 3G-Netz von T-Mobile innerhalb des 50 %-Erfassungsgebietes

(123) Das Roaming von O2 Germany auf dem 3G-Netz von T-Mobile innerhalb des 50%-Erfassungsgebietes bis zur Frist des 31. Dezember 2005 kann zu einer größeren Auswahl und vermehrten Wettbewerbsfähigkeit sowohl auf Großabnehmer- als auch auf Endabnehmerbene führen. Dadurch wird O2 Germany von Anfang an in die Lage versetzt, bei seinen Diensten eine bessere Erfassung, Qualität und höhere Übertragungsgeschwindigkeiten während der Ausbauphase im Wettbewerb mit den übrigen Erbringern von 3G-Großabnehmer- und Endabnehmerdiensten als auf sich allein gestellt anzubieten.

(124) Das Netz von O2 Germany wird bis 31. Dezember 2005 die Regulierungsaufgaben erfüllen. Als kleinster Betreiber auf dem deutschen Mobilfunkmarkt mit einem Anteil am 2G-Markt von lediglich 8 % wird es wohl kaum in der Lage sein, ein Netz einer hohen Qualität schnell aufzubauen, das ein ausreichend großes Gebiet erfasst, um einen wirksamen Wettbewerb von Anfang gegen die anderen etablierten Betreiber mit Lizenz für 3G-Netze und -Dienste in Deutschland aufzunehmen. Die Startvorteile der etablierten Betreiber können die Fähigkeit zu einem wirksamen Wettbewerb von O2 Germany beschränken und die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Marktes insgesamt beeinträchtigen. In diesem Fall sind deshalb wirtschaftliche Vorteile gegeben, wenn man O2 Germany das Roamen selbst in großen städtischen Zentren für einen kurzen Zeitraum bis zum Ausbau eines wirksamen Netzes erlaubt. Ein Roaming von Anfang an wird O2 Germany auch in die Lage versetzen, seine 3G-Dienste früher einzuführen, wodurch es zusätzliche Einnahmen erschließen kann. Dadurch kann das Unternehmen den Ausbau seines 3G-Netzes finanzieren, was seine Abhängigkeit vom Roamen auf dem Netz von T-Mobile verringern hilft.

(125) Außerdem wird O2 Germany in der Lage sein, bessere Großabnehmer- und Endabnehmerdienste auch auf seinem eigenen Netz anzubieten, wenn es sich auf Netzinvestitionen in den Gebieten mit der größten Nachfrage d. h. den großen städtischen Zentren konzentrieren und gleichzeitig auf Gebieten von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung für einen längeren, jedoch beschränkten Zeitraum auf das Roamen zurückgreifen kann. In den Untergrundgebieten ist der Zugang zum Roaming erforderlich, um eine durchgehende Erfassung in Gebieten von strategischer Bedeutung für den Verbraucher zu ermöglichen. Die Sicherheits-, Planungs- und Bauvorschriften beschränken jedoch die Fähigkeit von O2 Germany, in diesen Gebieten ein getrenntes Netz schnell aufzubauen zu können. Eine längere Freistellung ist deshalb in diesen Gebieten zu rechtfertigen.

Gegenseitiges Roaming außerhalb des 50 %- Erfassungsgebietes

- (126) Mobilfunkroaming durch O2 Germany auf dem Netz von T-Mobile außerhalb des 50%-Erfassungsgebietes bis 31. Dezember 2005 wird O2 Germany in die Lage versetzen, als Wettbewerber eine landesweite Erfassung auf den 3G-Endabnehmermärkten anbieten zu können. Die Parteien haben Nachweise vorgelegt, wonach es ohne die Vereinbarung unwahrscheinlich ist, dass O2 Germany innerhalb des gegenwärtigen Planungsrahmens in der Lage wäre, eine Erfassung von (*) anzubieten, (*). Auf den 2G-Mobilfunkmärkten, in die O2 Germany ebenfalls eingetreten ist, und es anfänglich in erheblichem Maße auf das Inlandsroaming im Netz von T-Mobile zurückgriff, hat O2 Germany nunmehr beinahe die landesweite Erfassung erzielt und damit seine Lizenzauflagen erheblich übertroffen, indem es sein Netz im Einklang mit der Nachfrage nach seinen Diensten ausgebaut hat.
- (127) Im Zuge der Vereinbarung wird O2 Germany auch in der Lage sein, außerhalb der von seinen Lizenzanforderungen erfassten Gebiete den Zugang zum Inlandsroaming für Betreiber virtueller Netze und landesweite 3G-Großabnehmer-Übertragungszeit an Diensteanbieter weiterzuverkaufen. Die Vereinbarung fördert damit den Wettbewerb in den Märkten für 3G-Inlandsroaming, für Großabnehmer-Übertragungszeit sowie auf der Endabnehmerebene, wodurch sie zur Herstellung und zum Vertrieb dieser Dienste beiträgt. Da man davon ausgeht, dass die betreffenden 3G-Dienste eine breite Palette neuer technisch fortgeschrittener Produkte einer erweiterten Qualität und Leistungsfähigkeit gegenüber 2G-Diensten darstellen, fördert die Vereinbarung auch den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt.
- (128) Schließlich ermöglicht es der Rahmenvertrag über Inlandsroaming den Parteien, insbesondere T-Mobile, ihr Netz vor allem in weniger dicht besiedelten Gebieten intensiver und daher effizienter zu nutzen. Die ihnen eingeräumte Möglichkeit, aus ihren Investitionen in Infrastruktureinrichtungen größeren wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen, ist ein weiterer Anreiz zu einer umfassenderen Netzversorgung, besserer Qualität und höheren Übertragungsraten. Auch dies trägt zur Erzeugung und Verteilung der betreffenden Dienste sowie zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt bei.

8.3.2. Angemessene Beteiligung der Endabnehmer an dem sich aus der Vereinbarung ergebenden Gewinn

- (129) Indem O2 Germany in die Lage versetzt wird, während seiner Ausbauphase einen wirksameren Wettbewerb zu führen und sich zu einem landesweiten Anbieter von 3G-Groß- und Endabnehmerdiensten zu entwickeln (oder auf jeden Fall zu einem Erbringer von Diensten mit der größten räumlichen Erfassung, die zu dieser Zeit verfügbar sein wird), wird der Rahmenvertrag über 3G-Inlandsroaming den Wettbewerb bei den digitalen Mobilfunk-Netz- und Dienstmärkten erhöhen. Der Wettbewerb wird sich schneller entwickeln und die Wettbewerber werden veranlasst, neue Dienste auf den Markt zu

bringen. Sie werden aufgrund des verbesserten Marktzutritts mit einer größeren Versorgungsbreite, die durch den Zugang zum Inlandsroaming der dritten Generation zwischen den Parteien ermöglicht wird, einem erhöhten Preisdruck ausgesetzt sein. Dadurch werden die Verbraucher wohl frühzeitig eine größere Palette an neuen und technisch fortgeschrittenen 3G-Diensten nutzen können, die im Vergleich zu den 2G-Diensten eine verbesserte Qualität und bessere Wahlmöglichkeiten bieten, was einen Preiswettbewerb wahrscheinlicher macht.

- (130) Die Parteien haben eindeutige Nachweise für die potenziellen Vorteile bei der Preisentwicklung für die Verbraucher durch einen verstärkten Marktzutritt vorgelegt. Demnach hat der Markteintritt des dritten und vierten Betreibers in die 2G-Mobilfunkmärkte in Deutschland zu einem jährlichen Rückgang des Index für Endabnehmerpreise im Mobilfunk von rund 20 % geführt. Zu jener Zeit hing der Eintritt von O2 Germany in den 2G-Mobilfunkmarkt als vierter landesweiter Betreiber in erheblichem Maße von der Bereitstellung des Inlandsroaming von T-Mobile ab. Außerdem werden in Folge des erhöhten Wettbewerbs auf der Endabnehmerebene die Vorteile bei der Kosteneinsparung aufgrund des erhöhten Wettbewerbs beim landesweiten Zugang zum Inlandsroaming für Betreiber virtueller Netze und des Weiterverkaufs von Großabnehmer-Übertragungszeit für landesweite Dienste an Diensteanbieter (oder an Betreiber virtueller Netze, die als Diensteanbieter tätig sind), wahrscheinlich an die Endabnehmer weitergegeben.

8.3.3. Unerlässlichkeit der auferlegten Beschränkungen

Inlandsroaming

- (131) Die Bestimmungen der geänderten Vereinbarung über Inlandsroaming sind für die erörterten Vorteile unerlässlich.
- (132) Zum Roaming innerhalb des 50%-Erfassungsgebiets ist festzustellen, dass angesichts der besonderen räumlichen Gegebenheiten in Deutschland und des Musters der Bevölkerungsverteilung verglichen mit anderen Mitgliedstaaten wie z. B. dem Vereinigten Königreich in Deutschland eine größere Anzahl städtischer Gebiete mit einer vergleichbaren geringeren Anzahl von Einwohnern erfasst werden müssen. Außerdem hat Deutschland wesentlich mehr Einwohner als das Vereinigte Königreich oder ein anderer Mitgliedstaat. Da die Geschäftslage bei den 3G-Netzen gegenwärtig keine einheitliche landesweite Erfassung rechtfertigt, und weil entsprechend der erwarteten Entwicklung der Marktnachfrage die Erfassung sich allmählich von den städtischen Zentren und möglicherweise den wichtigsten Verkehrsachsen ausbreiten wird, wird die Erfassung eines erheblichen Anteils der städtischen Bevölkerung in Deutschland vergleichsweise höhere Investitionen erfordern. Selbst für die Investitionen in die am dichtesten bevölkerten Gebiete muss eine relativ große Anzahl räumlich getrennter Gebiete für die Netzerfassung ausgebaut und angeschlossen werden.

(133) Schließlich ist O2 Germany als vierter Netzbetreiber auf den GSM-Märkten in Deutschland ein Anbieter mit einem relativ kleinen vorhandenen Kundenstamm, der dadurch einen beschränkteren Zugang zu den Geldquellen als die etablierten Betreiber hat. Da O2 Germany bisher weniger angestammte Kunden auf seinem 2G-Netz hat, verfügt es auch über erhebliche überschüssige Kapazitäten für Sprachdienste, wodurch der geschäftliche Anreiz für Investitionen in sein 3G-Netz für andere Zwecke als die Erbringung von Diensten hoher Bandbreite, die eine hohe Netzichte erfordern geschmälert wird. Deshalb ist das Roaming von O2 Germany auf dem 3G-Netz von T-Mobile selbst in den städtischen Gebieten für einen begrenzten Zeitraum als angemessen und unerlässlich anzusehen, was bei Betreibern mit einer besser gefestigten Marktstellung nicht unbedingt der Fall wäre.

Beschränkungen beim Weiterverkauf an „virtuelle Sprachbetreiber“

(134) Die Parteien wollen im Voraus den Großabnehmerzugang zu ihren 3G-Netzen kontrollieren, ausgenommen die Bereiche, die durch die nationalen Gesetze und Regeln vorgebestimmt sind d. h. die Bereitstellung von Großabnehmer-Übertragungszeit an Diensteanbieter — und ausgenommen die Betreiber virtueller Netze, die Datendienste bereitstellen oder als Diensteanbieter von Sprachdiensten tätig sind. Durch die Beschränkungen beim Weiterverkauf von Roamingzugang für die Bereitstellung von Sprachdiensten an die Betreiber virtueller Netze, die nicht in 3G-Netzlizenzen oder 3G-Infrastruktureinrichtungen investiert haben, wollen die Parteien den Ausbau ihrer eigenen 3G-Netze schützen und sicherstellen, dass sich ihre Investitionen amortisieren, wenn sie den Endabnehmern technisch fortgeschrittene 3G-Dienste erbringen.

(135) Ohne die Möglichkeit der Kontrolle des Zugangs zu ihren Netzen und den damit verbundenen Schutz ihrer Investitionen vor einer Aushöhlung der Endabnehmerpreise für Sprachdienste durch „virtuelle Sprachbetreiber“ aufgrund des Weiterverkaufs von Roamingkapazität würden die Parteien einander diese Roamingkapazitäten überhaupt nicht anbieten. Dies ist glaubwürdig, weil die Parteien Berechnungen unterbreitet haben, aus denen hervorgeht, dass ein Verlust im Großabnehmergeschäft aufgrund der gegenseitigen Verweigerung des Zugangs zu Roaming-Leistungen dadurch ausgleichen würde, dass Einnahmeverluste auf Endabnehmerebene vermieden werden könnten. O2 Germany wäre während seiner Ausbauphase ohne den Zugang zum 3G-Inlandsroaming im Netz von T-Mobile ein schwächerer Wettbewerber und würde wohl nicht als landesweiter Wettbewerber in die 3G-Groß- und Endabnehmermärkte (oder auf jeden Fall nicht als Erbringer von Diensten mit der größten räumlichen Erfassung, die zu dieser Zeit verfügbar sein wird) eintreten. Außerdem gingen Leistungsgewinne verloren, die sich aus dem Verkauf überschüssiger Netzkapazitäten von T-Mobile an O2 Germany ergeben. Das Gleiche gilt für die sonstigen Gewinne aufgrund eines erhöhten Wettbewerbs durch den verbesserten Marktzutritt von O2 Germany, die gesteigerte Netzversorgung, die bessere Qualität und die höheren Übertragungsgeschwindigkeiten. Die Beschränkungen der Vereinbarung sind notwendig, um die Leistungsgewinne zu erzielen.

(136) Diese Beschränkung schmälert jedoch nicht die Freiheit der Parteien, Dritten den Großabnehmerzugang zu ihren eigenen Netzen anzubieten. Außerdem ist ihr Wirkungsbereich insofern begrenzt, als der Rahmenvertrag den Weiterverkauf des Großabnehmerzugangs für 3G-Sprachdienste an Diensteanbieter und als Diensteanbieter tätige Betreiber virtueller Netze erlaubt und auch den Weiterverkauf des Großabnehmerzugangs zum Inlandsroaming für 3G-Datendienste an Betreiber virtueller Netze uneingeschränkt zulässt, und die Erwartung besteht, dass Datendienste den Kern der 3G-Endabnehmermärkte bilden werden. Der Wettbewerb ist daher nur auf den 3G-Sprachmärkten betroffen. So gesehen steht die Beschränkung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt es daher zu den Beschränkungen beim Weiterverkauf von Roaming-Kapazitäten für Sprachdienste an Betreiber virtueller Netze keine weniger einschränkende Alternative, die zu dem gleichen Ergebnis führen würde.

Keine Ausschaltung des Wettbewerbs bei einem wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen

(137) Wie bereits erläutert, steigert die Vereinbarung den Wettbewerb zwischen den vier über eine Lizenz verfügenden Betreibern von 3G-Netzen und -Diensten, die in Deutschland den Ausbau von 3G-Netzen planen sowie zwischen den Diensteanbietern und den Betreibern virtueller Netze, die keine Roamingkapazität für Sprachdienste weiterverkaufen.

(138) Die Vereinbarung lässt auch genügend Raum für einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Parteien. Trotz der Inanspruchnahme von Roamingleistungen für einen Teil seiner Erfassung wird der Heimnetzbetreiber sein eigenes Kernnetz kontrollieren und damit unterschiedliche Dienste anbieten können. Außerdem sieht Ziffer 5.6 der Vereinbarung vor, dass zur Sicherstellung eines Dienstewettbewerbs zwischen den Parteien jede Partei gewährleisten muss, dass die Roamingkunden Zugang nur zum Diensteanbieter und Netzzugang nur zu Dritten erhalten, die auch im Heimnetz verfügbar sind, dass sie zu den im besuchten Netz angebotenen Diensten keinen Zugang erhalten und über das besuchte Netz keinen Netzzugang zu Dritten erlangen.

(139) Für den Heimnetzbetreiber erhöht sich die Fähigkeit, die Kontrolle über den von seinen Kunden außerhalb des Heimnetzes ausgehenden Nachrichtenverkehr zu behalten und den Zugang zu Diensten bereitzustellen, die auf dem Gastnetz nicht verfügbar sind, durch die Verwendung der CAMEL-Technik (Customised Application for Mobile Network Enhanced Logic) und durch die Nutzung von Rückrufsystemen. Ein Beispiel dafür ist die gegenwärtige Verfügbarkeit anderer ortsbasierter 2G-Dienste für O2-Benutzer, die im Netz von T-Mobile Roamingleistungen in Anspruch nehmen, als die für T-Mobile-Nutzer im gleichen Netz verfügbaren Dienste. Im Bereich der 3G-Endnehmerdienste wird die Kontrolle über die für Endabnehmer während des Roaming verfügbaren Dienste zu nehmen, weil für jegliche Datenübertragungen die Benutzer über ihr eigenes Heimnetz mit dem Paketdatennetz verbunden werden.

- (140) Darüber hinaus bleibt der vertragliche Heimnetzbetreiber für die Preisgestaltung und Abrechnung verantwortlich. Obwohl der Gastbetreiber dem Heimnetzbetreiber detaillierte Abrechnungsdaten zur Verfügung stellt, gibt es zwischen den Geschäftsbedingungen für das Großabnehmer-Roamingangebot und den Endabnehmerdiensten, die auf diesem Angebot aufbauen, keinen direkten Zusammenhang. Ein Beispiel hierfür ist die auf dem Anklicken beruhende Abrechnung, die O2 Germany, nicht aber T-Mobile, für seine 2.5G-Dienste anwendet.
- (141) Bei den Großabnehmer-Kosten für Roaming handelt es sich nur um Transportkosten, auch wenn es dabei um bedeutende Kosten geht, denen die Inhaltskosten hinzuzuzählen sind, deren Bedeutung gegenüber den Transportkosten für inhaltreiche 3G-Datendienste im Laufe der Zeit zunehmen soll. Für das Kernnetz werden die Betreiber unterschiedliche Kosten haben, abhängig von der Übertragungsart im Kernnetz (z. B. Festnetz-Mietleitungen oder drahtloses Mikrowellennetz), dem Verhältnis zwischen der Anzahl von Benutzern und der vorhandenen Kapazität, den Betriebskosten sowie der Wartung und dem Betrieb. In Anbetracht der Spanne zwischen den Großabnehmerpreisen und den geplanten Endkundenpreisen, sowie der Tatsache, dass für den Großteil des Nachrichtenverkehrs keine Roamingleistungen in Anspruch genommen werden, wird wohl ein Spielraum für beträchtliche Preisunterschiede erhalten bleiben.
- (142) Die Ausschaltung des Wettbewerbs seitens der Betreiber virtueller Netze aufgrund des Weiterverkaufs von Roamingkapazität für Sprachdienste durch die Parteien wird im Wesentlichen durch die allgemeinen wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Vereinbarung ausgeglichen, so dass ein wirksamer Wettbewerb zwischen den Parteien möglich bleibt. Für einen wesentlichen Teil der Märkte, die von der Vereinbarung betroffen sind, wird der Wettbewerb somit nicht ausgeschaltet.

8.3.4. Schlussfolgerung

Die Kommission ist zu dem Schluss gelangt, dass alle Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung gemäß Artikel 81 Artikel 3 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen der Wettbewerbsbeschränkungen in der Vereinbarung über das 3G-Großabnehmer-Inlandsroaming zwischen den Parteien und den Beschränkungen beim Weiterverkauf von Roaming-Kapazität an Betreiber virtueller Netze erfüllt sind.

8.4. Dauer der Freistellung

- (143) Nach Artikel 8 der Verordnung Nr. 17 bzw. Protokoll 21 zum EWR-Abkommen gibt die Kommission eine Erklärung gemäß Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen für einen bestimmten Zeitraum ab, die mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden kann.
- (144) Da es sich bei den Märkten, die von den Beschränkungen in der Vereinbarung betroffen sind, um entstehende Märkte handelt, können die anzunehmenden Auswirkungen dieser Beschränkungen für höchstens fünf Jahre und keinesfalls über den 31. Dezember 2008 hinaus bewertet werden. Gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 kann eine Entscheidung nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag nicht vor dem Datum der Anmeldung in Kraft treten. Deshalb wird die vorliegende Entscheidung erst ab dem 6. Februar 2002 wirksam sein. Die Dauer für jeden Teil der Freistellung wird Randnummern 145 und ff. begründet.
- Roaming von O2 Germany auf dem Netz von T-Mobile innerhalb des 50%-Erfassungsgebiets*
- (145) Die Verpflichtung zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung erstreckt sich auf die städtischen Gebiete mit dem größten Potenzial für den Infrastrukturwettbewerb. Eine Freistellung für das Roaming in diesen Gebieten ist deshalb nur in dem Maße zu rechtfertigen, wie die Zusammenarbeit zur Förderung des Wettbewerbs in der anfänglichen Ausbauphase des Netzes, zur kommerziellen Einführung und zur baldigen Ausbreitung der 3G-Endabnehmerdienste beiträgt.
- (146) Um zu gewährleisten, dass die Anreize für O2 Germany zum Ausbau seines eigenen hochwertigen Netzes fortbestehen, hängt die Dauer der Freistellung vom Auslaufen des Roaming innerhalb des 50%-Erfassungsgebietes gemäß einem festen Zeitplan ab. Dieser Zeitplan gilt für die Gebiete 1, 2 und 3 gemäß Abschnitt 4.3.1. Das Auslaufen beginnt am 31. Dezember 2005 im Gebiet 1, das die wichtigsten städtischen Gebiete umfasst, auf die rund (*) der deutschen Bevölkerung entfallen. Anschließend wird das Roaming bis 31. Dezember 2007 im Gebiet 2 auslaufen, auf das weitere (*) der deutschen Bevölkerung entfallen, und bis 31. Dezember 2008 im Gebiet 3, in dem rund (*) der deutschen Bevölkerung leben. Die Städte und Regionen in den Gebieten 2 und 3 umfassen die kleineren städtischen Gebiete von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung. In Bezug auf die Untergrundgebiete darf O2 Germany das Roaming bis 31. Dezember 2008 vornehmen. Abgesehen von erheblichen unvorhergesehenen Änderungen an den geschäftlichen oder gesetzlichen Rahmenbedingungen wird eine wirtschaftliche Rechtfertigung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen auf das Roaming im 50%-Erfassungsgebiet nach dem 31. Dezember 2008 nicht mehr gegeben sein.
- (147) Nach dem Auslaufen der einzelnen in Abschnitt 4.3.1 angegebenen Fristen und nach vorheriger Benachrichtigung der Parteien wird die Kommission in angemessener Form die Listen der Städte und Regionen in den Gebieten 1, 2 und 3 bekannt geben.

*Gegenseitiges Roaming außerhalb des 50%-Erfassungsgebiets**Artikel 2*

- (148) Da die Gebiete außerhalb des 50%-Erfassungsgebiets die weniger dicht besiedelten und wirtschaftlich weniger attraktiven Teile Deutschlands umfassen, ist eine Freistellung für das Roaming in diesem Gebiet für einen längeren Zeitraum zu rechtfertigen, insbesondere weil die Parteien über ihre behördlichen Auflagen hinausgehen, um einige der wirtschaftlich weniger attraktiven ländlichen und abgelegenen Teile Deutschlands zu erfassen.
- (149) Bei den von den Beschränkungen der Vereinbarung betroffenen Märkten handelt es sich um entstehende Märkte, weshalb die anzunehmenden Wirkungen dieser Beschränkungen nicht für einen Zeitraum von wesentlich mehr als fünf Jahren ermittelt werden können. Die Kommission hält es deshalb für angemessen, eine Freistellung bis zum 31. Dezember 2008 zu erteilen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass zum Ende dieses Zeitraums eine geschäftliche und aufsichtsrechtliche Lage vorherrscht, die Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen auf das Roaming außerhalb und jenseits des 50%-Erfassungsgebiets anwendbar bleiben lässt.

Beschränkungen beim Weiterverkauf an Betreiber virtueller Sprachnetze

- (150) Die Beschränkung beim Weiterverkauf an Betreiber virtueller Sprachnetze ist eng an die Bereitstellung von Roaming geknüpft, da ohne die Erbringung von Roaming die Beschränkung beim Weiterverkauf keinen Sinn hätte und ohne die Beschränkung beim Weiterverkauf der Verkauf von Roaming-Rechten zwischen den Parteien nicht vereinbart worden wäre. Um den Zweck der Beschränkung beim Weiterverkauf und den Ausgleich der Geschäftsinteressen zwischen den Parteien gemäß der Vereinbarung zu wahren, muss diese Verknüpfung für die Dauer der Freistellung aufrecht erhalten bleiben. Die Kommission hält es deshalb für angemessen, die Beschränkung beim Weiterverkauf an Betreiber virtueller Sprachnetze bis 31. Dezember 2008 freizustellen.
- (151) Diese Entscheidung ergeht ungeachtet der Anwendung von Artikel 82 EG-Vertrag bzw. Artikel 54 EWR-Abkommen.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

In Anbetracht des dargelegten Sachverhalts sieht die Kommission keine Veranlassung zu Maßnahmen gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen in Bezug auf die Bestimmungen des Rahmenvertrags vom 20. September 2001, geändert am 20. September 2002, am 22. Januar 2003 und am 21. Mai 2003 („Rahmenvertrag“) die sich auf die (erweiterte) Standortmitbenutzung zwischen T-Mobile und O2 Germany beziehen, den zur Standortmitbenutzung erforderlichen Informationsaustausch und die Beschränkungen des Rahmenvertrags beim Weiterverkauf von Inlandsroaming an andere über eine Lizenz verfügende Netzbetreiber.

Gemäß Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen werden die Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. von Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen auf die Bereitstellung von Inlandsroaming durch T-Mobile an O2 Germany in dem Gebiet für nicht anwendbar erklärt, in dem die Erfassung von 50 % der Bevölkerung bis 31. Dezember 2005 vorgeschrieben ist, und zwar für folgende Zeiträume:

- vom 6. Februar 2002 bis 31. Dezember 2005 in Bezug auf die im Gebiet 1 aufgeführten Städte ⁽⁶¹⁾, mit Ausnahme der Untergrundgebiete;
- vom 6. Februar 2002 bis 31. Dezember 2007 in Bezug auf die im Gebiet 2 aufgeführten Städte ⁽⁶²⁾, mit Ausnahme der Untergrundgebiete;
- vom 6. Februar 2002 bis 31. Dezember 2008 in Bezug auf die im Gebiet 3 aufgeführten Städte ⁽⁶³⁾, und in den Untergrundgebieten der in den Gebieten 1, 2 und 3 aufgeführten Städte und Regionen.

„Untergrundgebiete“ sind Gebiete innerhalb der in den Gebieten 1, 2 und 3 aufgeführten Städte und Regionen, die Bestandteil des Untergrund-Verkehrssystems (einschließlich Eisenbahnen und Untergrundbahnen) sind, Untergrund-Einkaufszentren, Tiefgaragen, Tunnels für Fahrzeuge und Fußgänger und andere vergleichbare Untergrundgebiete sowie die Gebiete direkt oberhalb (Obergrund), jedoch nur in dem Maße, wie Untergrund- und Obergrundgebiete für die Zwecke des Roaming technisch nicht getrennt werden können.

Artikel 3

Gemäß Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen werden die Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bzw. Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen vom 6. Februar 2002 bis 31. Dezember 2008 für nicht anwendbar erklärt auf:

- die Erbringung von 3G-Inlandsroaming zwischen T-Mobile und O2 Germany außerhalb des Gebiets, in dem die Verpflichtung zur Erfassung von 50 % der Bevölkerung bis 31. Dezember 2005 gemäß Kapitel 3 des Rahmenvertrages (Abschnitte 5 bis 11) besteht;

⁽⁶¹⁾ Das Gebiet 1 umfasst [Großstadtgebiete, die rund (*) der deutschen Bevölkerung erfassen, in denen sich O2 Germany verpflichtet, ab dem 31. Dezember 2005 kein Roaming vorzunehmen, und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming zu untersagen. Das Gebiet 1 umfasst folgende Städte: (*).

⁽⁶²⁾ Das Gebiet 2 umfasst [Kleinstadtgebiete von zweitrangiger wirtschaftlicher Bedeutung, die rund (*) der deutschen Bevölkerung erfassen, in denen sich O2 Germany verpflichtet, ab dem 31. Dezember 2007 kein Roaming vorzunehmen, und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming zu untersagen. Das Gebiet 2 umfasst folgende Städte: (*).

⁽⁶³⁾ Das Gebiet 3 umfasst [Kleinstadtgebiete von geringer wirtschaftlicher Bedeutung, die rund (*) der deutschen Bevölkerung erfassen, in denen sich O2 Germany verpflichtet, ab dem 31. Dezember 2008 kein Roaming vorzunehmen, und sich T-Mobile verpflichtet, das Roaming zu untersagen. Das Gebiet 3 umfasst folgende Städte: (*).

- b) die Beschränkung beim Weiterverkauf von Rechten für das 3G-Inlandsroaming an Betreiber virtueller Netze gemäß den Bestimmungen 11.1.b und 11.1.c des Rahmenvertrags.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist gerichtet an

T-Mobile Deutschland
Landgrabenweg 151
D-53227 Bonn

und

O2 Germany & Co OHG
Georg Brauchle Ring 23-25
D-80992 München

Brüssel, den 16. Juli 2003.

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**vom 16. Oktober 2003****in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen
(Sachen COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)***(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 3703)***(Nur der deutsche Text ist verbindlich)****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2004/208/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum,

gestützt auf die Akte über den Beitritt Österreichs, Finnlands und Schwedens,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages⁽¹⁾, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003⁽²⁾, insbesondere auf die Artikel 2, 6 und 8,

gestützt auf die Anträge auf Negativattest bzw. Freistellung der dem ARA-System zugrunde liegenden Vereinbarungen durch die Altstoff Recycling Austria AG (ARA) und die ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges.m.b.H. (ARGEV) vom 30. Juni 1994 und durch die ARA, die ARGEV und die Altpapier-Recycling-Organisations GmbH vom 31. August 2001,

im Hinblick auf die Beschwerde der FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG und der Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH vom 8. Mai 1996, mit der Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 81 und 82 EG-Vertrag beanstandet werden sowie beantragt wird, dass die Kommission die Zuwiderhandlungen abstellt, und die von der EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH am 27. April 2000 wiederaufgenommen und ergänzt wurde,

gestützt auf den Beschluss vom 24. Juli 2002, in dieser Sache ein Verfahren einzuleiten,

nach Aufforderung aller betroffenen Dritten zur Äußerung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17⁽³⁾,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Kenntnis des Abschlussberichts des Anhörungsbeauftragten in dieser Sache⁽⁴⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

SACHVERHALT

I. EINFÜHRUNG

- (1) Am 30. Juni 1994 meldeten die Altstoff Recycling Austria AG (ARA) und die ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges.m.b.H. (ARGEV), beide mit Sitz in Wien, Österreich, einige Vereinbarungen bei der EFTA-Überwachungsbehörde an und beantragten ein Negativattest oder hilfsweise eine Entscheidung über die Freistellung vom Kartellverbot.
- (2) Mit Schreiben vom 21. März 1995 übertrug die EFTA die Zuständigkeit für die Prüfung der angemeldeten Vereinbarungen auf die Kommission.
- (3) ARA organisiert in Österreich ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für Verpackungen. Das System dient der Erfüllung der Vorgaben der Verordnung des österreichischen Bundesministers für Umwelt, Jugend und Familie über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten und die Einrichtung von Sammel- und Verwertungssystemen⁽⁵⁾ (VerpackVO). Zu diesem Zweck schließt ARA Entsorgungsverträge mit sogenannten Branchenrecyclinggesellschaften (BRG), denen dadurch die Organisation der Sammlung, der Sortierung, des Transports und der Verwertung der Verpackungen übertragen wird. Die BRG, zu denen auch ARGEV zählt, sind jeweils für bestimmte Packstoffe oder Packstoffgruppen zuständig. Sie schließen ihrerseits Verträge mit Unternehmen oder Gebietskörperschaften, welche die tatsächliche Sammlung, Sortierung, den Transport und die Verwertung leisten. ARA und die BRG bilden zusammen das ARA-System.

⁽¹⁾ ABl. 13 vom 21.2.1962, S. 204/62.⁽²⁾ ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.⁽³⁾ ABl. C 252 vom 19.10.2002, S. 2.⁽⁴⁾ ABl. C 64 vom 12.3.2004.⁽⁵⁾ BGBl. Nr. 648/1996.

- (4) Mit Schreiben vom 28. August 2001 meldete ARA weitere Vereinbarungen bei der Kommission an, mit dem Ziel, ein Negativattest oder hilfsweise eine Entscheidung über die Freistellung vom Kartellverbot zu erlangen. Zudem beantragten ARA und ARGEV die Zusammenlegung ihrer Anmeldeverfahren. Gleichzeitig teilte die Altpapier-Recycling-Organisations GmbH (ARO) mit, dass sie als Anmelderin von Vereinbarungen der bestehenden Anmeldung beitrete.
- (5) Die Anmeldung betrifft Vereinbarungen, die sämtlich der Funktionsweise des ARA-Systems zugrunde liegen.
- (6) Am 8. Mai 1996 brachte die FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG sowie die Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH eine Beschwerde bei der Kommission ein (COMP/A.36011/D3) im Hinblick auf die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Aufbau eines Sammel- und Verwertungssystems für Verpackungen. Diese Beschwerde wurde jedoch in der Folgezeit von den ursprünglichen Beschwerdeführerinnen nicht weiter betrieben, da sie ihre gemeinsamen Beteiligungsabsichten am Aufbau des Systems aufgegeben hatten. Mit Schreiben vom 27. April 2000 hat EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH mit Sitz in Wien (EVA), das inzwischen gegründete Gemeinschaftsunternehmen, als neue Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die schon von den früheren Beschwerdeführerinnen genannten Aspekte die Beschwerde gegen die Gesellschaften des ARA-Systems wiederaufgenommen und ergänzt. EVA ist nunmehr eine 100%-ige Tochtergesellschaft der INTERSEROH Aktiengesellschaft zur Verwertung von Sekundärrohstoffen mit Sitz in Köln.
- (7) Ferner hat sich die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte mit Beschwerde vom 24. März 1994 an die EFTA-Überwachungsbehörde sowie — nach Abtretung des Verfahrens an die Kommission — mit auf die genannte Beschwerde Bezug nehmendem Schreiben vom 19. Februar 1996 an die Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, gewandt und eine Stellungnahme zu dem ARA-System abgegeben, die sie insbesondere im Schreiben vom 22. März 2002 noch weiter ausführte.
- (8) Das ARA-System ist ein flächendeckendes System in ganz Österreich für die Sammlung und Verwertung sämtlicher Packstoffe und Verpackungen (mit Ausnahme von biogenen Packstoffen) aus Haushalt, Gewerbe und Industrie, soweit diese der VerpackVO unterliegen. Es wurde 1993 auf Initiative der österreichischen Wirtschaft zur Umsetzung der VerpackVO geschaffen. Das nicht gewinnorientierte ARA-System besteht aus ARA und acht wirtschaftlich selbständigen BRG.
- (9) ARA organisiert und koordiniert gemeinsam mit den BRG die Sammlung, Sortierung und Verwertung von Transport- und Verkaufsverpackungen in Österreich. Sie bietet ihre Serviceleistungen allen österreichischen und ausländischen Unternehmen an, die von der VerpackVO unmittelbar betroffen sind.

1. Die ARA

- (10) ARA ist eine privatwirtschaftlich geführte Aktiengesellschaft, die 1993 gegründet wurde. Eigentümer und Alleinaktionär von ARA ist der Altstoff Recycling Austria Verein (ARA-Verein). Mitglieder des Vereins können jedes Unternehmen, das direkt von der VerpackVO betroffen ist, sowie Verbände solcher Unternehmen werden. Hierzu zählen Unternehmen aus dem Bereich der Verpackungsindustrie, der abfüllenden und abpackenden Wirtschaft sowie des Handels. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten sind Unternehmen der Entsorgungs- und Recyclingbranche von der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Der ARA-Verein setzt sich — entsprechend den Interessengruppen der von der Verpackungsverordnung betroffenen Unternehmen — aus drei Kurien zusammen, nämlich Abfüller/Abpacker/Importeure, Handel und Verpackungswirtschaft. Die Kurien sind zu gleichen Teilen im Vereinsvorstand vertreten, der gleichzeitig den Aufsichtsrat der ARA bildet. Derzeit hat der ARA-Verein rund 240 Mitglieder.

2. Die BRG

- (11) ARA nimmt die gebrauchten Verpackungen nicht selbst zurück und führt sie auch nicht selbst einer Verwertung zu. Vielmehr bedient sie sich hierfür der BRG, mit denen sie so genannte Entsorgungsverträge abgeschlossen hat. Durch diese Entsorgungsverträge werden die BRG zur Übernahme der Sammlung, Sortierung und/oder Verwertung der gebrauchten Verpackungen nach Maßgabe der Verpackungsverordnung verpflichtet.
- (12) Die folgenden Gesellschaften des ARA-Systems treten gegenüber dem zuständigen österreichischen Bundesministerium als Systembetreiber gemäß § 45 Absatz 11 des österreichischen Abfallwirtschaftsgesetzes⁽⁶⁾ (AWG) bzw. § 7a AWG auf: ARGEV für Verpackungen aus Metall (Eisen, Alu) und für sogenannte Leichtverpackungen (Holz, Keramik, Kunststoffe, Materialverbunde, textile Faserstoffe), die Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK) für Verpackungen aus Kunststoff und textilen Faserstoffen, die ARO für Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe und die Austria Glas Recycling GmbH (AGR) für Verpackungen aus Glas.
- (13) Das zuständige österreichische Bundesministerium hat für ARO, ÖKK, ARGEV und AGR sowie für die mit dem ARA-System kooperierende Öko-Box Sammel GmbH das Bestehen eines Monopols bzw. einer monopolartigen Stellung durch Bescheid gemäß § 7e AWG festgestellt.

II. DIE PARTEIEN

- (8) Das ARA-System ist ein flächendeckendes System in ganz Österreich für die Sammlung und Verwertung sämtlicher Packstoffe und Verpackungen (mit Ausnahme von biogenen Packstoffen) aus Haushalt, Gewerbe und Industrie, soweit diese der VerpackVO unterliegen. Es wurde 1993 auf Initiative der österreichischen Wirtschaft zur Umsetzung der VerpackVO geschaffen. Das nicht gewinnorientierte ARA-System besteht aus ARA und acht wirtschaftlich selbständigen BRG.

⁽⁶⁾ BGBl. Nr. 102/2002.

- (14) Der Betrieb des Sammel- und Verwertungssystems ermöglicht den Lizenzpartnern der ARA für die kontrahierten Verpackungen die „Entpflichtung“ gem. § 3 Absatz 5 VerpackVO. Die Rechte des Lizenzpartners gegenüber den BRG werden von ARA als Treuhänderin wahrgenommen.
- (15) Auch die BRG nehmen ihre Sammel- und Verwertungsaufgaben nicht unmittelbar wahr, sondern schließen zur Erfüllung ihrer Aufgaben für alle österreichischen Regionen, d. h. politischen Bezirke, Verträge mit privaten Unternehmen (so genannten Regionalpartnern), welche die tatsächliche Entsorgung übernehmen. Die Regionalpartner können zur Erfüllung ihrer Aufgaben Subunternehmen einschalten. Vereinzelt, vor allem in größeren Städten, treten als Regionalpartner auch Kommunen auf. BRG sind:
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GmbH,
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK),
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC),
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM),
- Verein für Holzpackmittel (VHP),
- Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK),
- Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH,
- Austria Glas Recycling GmbH (AGR).
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GmbH
- (16) ARGEV ist zuständig für die Sammlung, Sortierung und Konditionierung von Verpackungen aus Kunststoff, Metall, Holz, textilen Faserstoffen, Keramik und Materialverbunden. Gesellschafter der ARGEV sind ARA (Anteil 11 %) und der ARGEV-Verein. Der ARGEV-Verein umfasst rund 110 Mitglieder aus vier Mitgliedergruppen (Hersteller/Importeure, Handel, Verpackungswirtschaft/BRG, Entsorger/Verwerter). Die Entsorgungswirtschaft verfügt über kein Stimmrecht in den Vereinsorganen (Vorstand, Hauptversammlung).
- (17) Die Sammelsysteme der ARGEV umfassen ein Haushaltssystem für Leichtverpackungen, ein Haushaltssystem für Metallverpackungen und ein Gewerbesystem für Leicht- und Metallverpackungen.
- (18) Im Jahr 2000 betrieben 57 Regionalpartner — Entsorgungsunternehmen, kommunale Betriebe und Arbeitsgemeinschaften — die Sammelsysteme im Auftrag der ARGEV. Regional waren 144 private und kommunale Entsorgungsunternehmen als Sammler und 47 Sortieranlagen und Shredder-Betriebe in die Leistungserbringung eingebunden. Seit 2002 beträgt die Zahl der Regionalpartner 64.
- (19) Die ARGEV hat Kooperationsverträge mit den folgenden für die Verwertung zuständigen BRG geschlossen.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- (20) ÖKK ist zuständig für die Verwertung von Kunststoff- und Textilverpackungen. 11 % der Anteile der ÖKK hält ARA, die übrigen 89 % der Verein „Österreichischer Kunststoffkreislauf“. Am 31. Dezember 2000 hatte dieser Verein 51 Mitglieder. Die Mitglieder des Vereins sind in Kurien für Kunststoffhersteller und -vertreiber, Kunststoffwarenhersteller und -vertreiber, Verwender von Kunststoffverpackungen, Systempartner (konkret ARGEV), Organisationen und Unternehmen der Kunststoffverwertungswirtschaft sowie Organisationen und Unternehmen der Entsorgungswirtschaft eingeteilt. Zur Vermeidung von Interessenkollisionen sind Organisationen und Unternehmen der Kunststoffverwertungswirtschaft und der Entsorgungswirtschaft (die zum Teil in Geschäftsbeziehung zur ÖKK stehen) im Vereinsausschuss nicht stimmberechtigt und von der Teilnahme an Sitzungen, bei denen es um Rechtsgeschäfte zwischen Vereinsmitgliedern und der ÖKK geht, gänzlich ausgeschlossen.
- (21) Zur Durchführung der Verwertung hat die ÖKK Verträge mit Verwertungsbetrieben und Transportunternehmen abgeschlossen. Im Jahr 2001 gab es in Österreich 16 Verwertungsunternehmen für sortierte Kunststoffe und 8 Verwertungsunternehmen für Mischkunststoffe.
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC)
- (22) Die Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC) ist zuständig für die Verwertung der von ARGEV gesammelten Aluminiumverpackungen. Gesellschafter der ALUREC sind die Aluminiumproduzenten Austria Metall AG (AMAG) und die Salzburger Aluminium AG (SAG). Die übrigen Gesellschafter sind Verpackungshersteller.
- (23) Die Verwertung der Aluminiumverpackungen erfolgt in den beiden einzigen österreichischen Verwertungsbetrieben von AMAG und SAG. Die Aluminiumerlöse werden jährlich neu verhandelt und sind über einen Prozentschlüssel an die Sekundärnotierung für Aluminium der London Metall Exchange gebunden.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- (24) Die Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM) ist zuständig für die Verwertung von Verpackungen aus Materialverbunden mit Ausnahme von Getränkeverbundkartons. Die Gesellschafter sind zu je 50 % ARO und ÖKK. Die Organisation der Verwertung der Materialien führt die AVM in enger Zusammenarbeit mit der ÖKK durch.

Verein für Holzpackmittel (VHP)

- (25) Der Verein für Holzpackmittel (VHP) ist zuständig für die Verwertung, teilweise auch Sammlung, von Verpackungen aus Holz. Der Verein hat derzeit 16 Mitglieder. Dabei handelt es sich um österreichische Holzpackmittelhersteller und -händler.

Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK)

- (26) Die Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK) ist zuständig für die Verwertung der von ARGEV gesammelten Verpackungen aus Ferro-Metallen, also Weißblech und Stahl. Alleiniger Gesellschafter der FERROPACK ist der „Verein für Metallrecycling FerroPack“. Der Verein hat derzeit sechs Mitglieder, bei denen es sich um die österreichischen Hersteller von Packmitteln aus Weißblech und Stahl handelt.

Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH

- (27) ARO ist zuständig für Sammlung und Verwertung von Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe (sogenannte Materialfraktion „PPK“). Die Anteile der ARO werden zu 11 % von ARA gehalten. Die übrigen Gesellschaftsanteile befinden sich zu ca. 28 % im Eigentum von Papier erzeugenden Unternehmen, zu 27 % im Eigentum von De-Inking-Verwertern und zu rund 34 % im Eigentum der Papier verarbeitenden Industrie. Die insgesamt 17 Gesellschafter der ARO sind jeweils mit weniger als 17 % an dieser beteiligt.
- (28) ARO hat über das gesamte österreichische Bundesgebiet Vereinbarungen mit 538 Gebietskörperschaften betreffend die haushaltsnahe Sammlung und mit 79 Entsorgungsunternehmen für alle Leistungen betreffend die Sammlung aus Handel, Gewerbe und Industrie geschlossen.

Austria Glas Recycling GmbH (AGR)

- (29) Die Austria Glas Recycling GmbH (AGR) ist zuständig für die Sammlung und Verwertung von Verpackungen aus Glas. Die Anteile der AGR werden zu 11 % von ARA gehalten. Die übrigen 89 % werden je zur Hälfte von den beiden österreichischen Glasproduzenten Vetropack Austria GmbH und Stölzle Oberglas GmbH gehalten.
- (30) Das flächendeckende Sammelsystem der AGR ist überwiegend als Bringsystem mit Großbehältern auf zentralen Standorten eingerichtet. Die AGR arbeitet eng mit Gemeinden und über 30 privaten Entsorgungsunternehmen zusammen.

III. DER RECHTLICHE KONTEXT

- (31) Die VerpackVO trat am 1. Dezember 1996 in Kraft. Sie gründet auf dem AWG und dient der Umsetzung der Richtlinie 94/62/EG des Europäischen Parlaments und

des Rates vom 20. Dezember 1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle (7). Bei der VerpackVO handelt es sich um die novellierte Fassung der im Oktober 1993 in Kraft getretenen ersten Verpackungsverordnung (8).

- (32) Die VerpackVO bezweckt, die Auswirkungen von Abfällen und Verpackungen auf die Umwelt zu vermeiden oder zu verringern. Gemäß § 1 Absatz 1 VerpackVO unterliegen der VerpackVO Hersteller, Importeure, Abpacker, Vertreiber sowie Letztverbraucher. Gemäß § 3 VerpackVO sind Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber von Transport- und Verkaufsverpackungen verpflichtet, die von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungen nach Gebrauch unentgeltlich zurückzunehmen und einem allenfalls vorgelagerten Verpflichteten zurückzugeben oder wiederzuverwenden oder nach dem Stand der Technik zu verwerten.
- (33) Gemäß § 12 VerpackVO sind auch die Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber von Umverpackungen dazu verpflichtet, die von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungen, für die sie nicht Letztverbraucher sind, nach Gebrauch unentgeltlich zurückzunehmen und einem allenfalls vorgelagerten Rücknahmeverpflichteten zurückzugeben oder wiederzuverwenden oder nach dem Stand der Technik zu verwerten. Der Verpflichtete kann sich zur Erfüllung seiner Pflichten eines Dritten bedienen. Die Verpflichtungen bestehen vom Letztvertreiber auf allen Vertriebsstufen bis zum inländischen Hersteller oder Importeur. Umverpackungen können vom Letztverbraucher beim Erwerb der verpackten Ware in oder im Bereich der Abgabestelle zurückgelassen werden. Lässt der Letztverbraucher die Umverpackung nicht zurück, so gelten die Vorschriften über Verkaufsverpackungen entsprechend.
- (34) Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber sind nach § 3 Absatz 3 VerpackVO verpflichtet, vom Letztverbraucher gebrauchte Verkaufsverpackungen im Bereich der Abgabestelle unentgeltlich zurückzunehmen, wobei sich diese Verpflichtung auf Verpackungen der gleichen Art, Form und Größe von Waren und Gütern wie jene beschränkt, die jeweils in Verkehr gesetzt werden.
- (35) Inhaber von Betriebsstätten, bei denen bestimmte Mindestmengen von Verpackungen anfallen, können die Eintragung in ein Großanfallstellenregister beantragen, welches zur Folge hat, dass sie die innerbetriebliche Erfassung und Wiederverwendung oder Verwertung der Verpackungen gewährleisten müssen (§ 8 VerpackVO).

(7) ABl. L 365 vom 31.12.1994, S. 10.

(8) BGBl. Nr. 645/1992.

- (36) Nach § 3 Absatz 5 VerpackVO gehen in dem Umfang, in dem Hersteller, Importeure und Abpacker an einem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen, die Verpflichtungen zur Rücknahme und Verwertung von Transport- und Verkaufsverpackungen auch für die vorgelagerten und nachfolgenden Vertriebsstufen auf den Betreiber dieses Systems über. Gleiches gilt gemäß § 4 VerpackVO für Vertrieber, welche Transport- und Verkaufsverpackungen auch an Letztverbraucher abgeben (Letztvertrieber). Man spricht in diesem Zusammenhang üblicherweise von einer „Entpflichtung“ der Hersteller, Importeure und Abpacker durch den Systembetreiber.
- (37) Gemäß § 11 VerpackVO soll ein solches Sammel- und Verwertungssystem für Transport- und Verkaufsverpackungen die Sammlung und Verwertung von denjenigen Packstoffen sicherstellen, für die Verträge mit den Verpflichteten abgeschlossen wurden.
- (38) Eine gesetzliche Pflicht zur Beteiligung an einem solchermaßen eingerichteten System besteht grundsätzlich nicht (vgl. aber Randnummer 43). Unternehmen, die sich nicht beteiligen, unterliegen grundsätzlich weiterhin der individuellen Rücknahmepflicht. Die Sammel- und Verwertungssysteme sind allerdings verpflichtet, im Rahmen ihres Wirkungsbereiches mit jedem Verpflichteten Verträge abzuschließen, sofern dies vom jeweiligen Verpflichteten gewünscht wird und sachlich gerechtfertigt ist. Der Wirkungsbereich der Sammel- und Verwertungssysteme erfasst in privaten Haushalten sowie im gewerblichen und industriellen Bereich anfallende Verpackungen. Es besteht keine Verpflichtung zur gesonderten Kennzeichnung der an dem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmenden Verpackungen.
- (39) Die Errichtung oder wesentliche Änderung von Sammel- und Verwertungssystemen bedarf gemäß § 29 Absatz 1 AWG einer Genehmigung des zuständigen Bundesministers. Nach Erteilung der Genehmigung unterliegen die Systeme weiterhin seiner Aufsicht (§ 31 AWG). Der Minister wird dabei von einem Expertengremium (§ 34 AWG) und einem Beirat (§ 35 AWG) unterstützt. Für Haushalts- und Gewerbesysteme bestehen teilweise unterschiedliche gesetzliche Anforderungen.
- (40) § 32 AWG enthält besondere Pflichten für haushaltsnahe Sammel- und Verwertungssysteme. Diese müssen eine möglichst hohe Teilnahmequote anstreben (§ 32 Absatz 1 AWG), mit jedem aus der VerpackVO verpflichteten Unternehmen Verträge abzuschließen, sofern der Verpflichtete dies wünscht und es sachlich gerechtfertigt ist (§ 32 Absatz 2 AWG) und unterliegen speziellen Berichtspflichten (§ 32 Absatz 4 AWG). Auch sind nach § 35 AWG die Aufsichts- und Kontrollmöglichkeiten der staatlichen Stellen gegenüber diesen Systemen wesentlich intensiver ausgestaltet als gegenüber den Systemen, die die Sammlung und Verwertung allein auf dem Gewerbesektor anbieten.
- (41) § 32 Absatz 3 AWG befasst sich mit haushaltsnahen Sammel- und Verwertungssystemen, die neben dem haushaltsnahen auch ein Geschäftsfeld betreffend gewerblich anfallende Abfälle ausüben. In diesem Fall dürfen sie den gewerblichen Bereich nicht quersubventionieren und haben durch eine geeignete organisatorische oder rechnerische Trennung der Geschäftsfelder die Transparenz der Zahlungs- und Leistungsströme zwischen diesen Geschäftsfeldern sicherzustellen.
- (42) Sowohl die zur Rücknahme Verpflichteten im Falle der Nichtteilnahme an einem System als auch Sammel- und Verwertungssysteme müssen bestimmte Erfassungs- und Verwertungsquoten erreichen. Gemäß § 11 Absatz 7 VerpackVO sind, soweit es den Erfordernissen des Umweltschutzes und der volkswirtschaftlichen Zweckmäßigkeit dient und angemessen ist, im Genehmigungsbescheid für Sammel- und Verwertungssysteme bestimmte Erfassungs- und Verwertungsquoten festzulegen. Nach § 3 Absatz 6 VerpackVO bestehen hinsichtlich der Rücknahme und Verwertung für Hersteller, Importeure und Abpacker im Sinne von § 3 Absatz 4 VerpackVO sowie Letztvertrieber im Sinne von § 4 VerpackVO und alle nachfolgenden Vertriebsstufen für die Verpackungen, die nicht an einem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen oder für die keine Ausnahme nach § 7 VerpackVO vorliegt, bestimmte Nachweispflichten sowie verpackungsspezifische Rücknahme- und Verwertungsquoten.
- (43) Gemäß § 3 Absatz 9 VerpackVO ist zur Teilnahme an einem Sammel- und Verwertungssystem verpflichtet, wer die Nachweise bezüglich seiner Rücknahmeverpflichtungen aus § 3 Absatz 6 VerpackVO nicht erbringt.
- (44) Auf Auskunftsersuchen der Kommission hat Österreich in seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2003 erklärt, dass es nach dem AWG, der VerpackVO und den dazu ergangenen Bescheiden möglich ist, neben dem schon bestehenden System weitere Systeme für die Sammlung und Verwertung von in privaten Haushalten anfallenden Verpackungsabfällen zuzulassen.
- (45) Gleichfalls sei nach den genannten Normen bei der Sammlung von Verpackungsabfällen aus privaten Haushalten eine Mitbenutzung der vorhandenen Behälter durch Wettbewerber des ARA-Systems zulässig. Eine Aufstellung zusätzlicher Behälter bei den Letztverbrauchern durch Konkurrenten des ARA-Systems sei nämlich aus Platzmangel sowie Gründen des Orts- und Landschaftsschutzes in der Praxis nicht möglich.

- (46) Jedoch ist Österreich der Ansicht, jedes Sammel- und Verwertungssystem müsse die Sammlung und Verwertung jener Verpackungsabfälle nachweisen, für die eine Teilnahme am System erfolgt. Daher sei nach der Sammlung im gemeinsamen Behälter eine Sortierung der Verpackungen je nach Zugehörigkeit zu einem bestimmten System vorzunehmen.

IV. DIE ANGEMELDETEN VEREINBARUNGEN

- (47) ARA, ARGEV und ARO haben folgende Vereinbarungen angemeldet:

- die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen zwischen ARA und den aus der Verpackungsverordnung verpflichteten Unternehmen (ohne Tarifblatt),
- den Entsorgungsvertrag zwischen ARA und ARGEV als Muster-Entsorgungsvertrag, der zwischen ARA und den folgenden im Anhang der Anmeldung aufgelisteten BRG abgeschlossen wurde: ARGEV, AVM, ARO, AGR, ALUREC, Verein für Holzpackmittel, Ferropack, ÖKK,
- den Entsorgungs- bzw. Kooperationsvertrag zwischen ARGEV und ÖKK sowie zwischen ARGEV und ALUREC, als Musterverträge der von ARGEV mit ÖKK, ALUREC, FERROPACK und VHP geschlossenen Verträge, und
- die Verträge der ARGEV und der ARO mit ihren jeweiligen regionalen Entsorgungspartnern.

1. Die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen

- (48) Die Beteiligung am ARA-System erfolgt durch Abschluss der Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung, wodurch das Vertragsunternehmen seine Verpflichtung aus der VerpackVO gegen Zahlung eines Entgelts auf das ARA-System überträgt und auf diese Weise „entpflichtet“ wird. Es gibt folgende Varianten des Standardvertrags:
- eine Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Transport-, Verkaufs- und Umverpackungen (ELV) und
 - eine Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Serviceverpackungen
- (49) Lizenzpartner mit geringem Jahreslizenzentgelt können die „Zusatzvereinbarung für geringe Verpackungsmengen“ abschließen. Unternehmen, die ihren Firmensitz in Mitgliedstaaten haben, können durch den Abschluss einer „Zusatzvereinbarung für ausländische Lizenzpartner aus EU-Staaten“ Lizenzpartner der ARA werden.

1.1. Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Transport-, Verkaufs- und Umverpackungen (ELV)

- (50) Die ELV legt in Absatz I Ziffer 1 die Rolle der ARA als Treuhänderin des Lizenzpartners fest, welche die Interessen des Lizenzpartners gegenüber den BRG wahrnimmt. Die Lizenzpartner beauftragen und ermächtigen die ARA, in ihrem Interesse möglichst kostengünstige Entsorgungsverträge mit den BRG abzuschließen. In den Entsorgungsverträgen sind die BRG zu einer sach- und fachgerechten sowie der Verpackungsverordnung entsprechenden Sammlung und/oder Verwertung (je nach BRG) aller Verpackungen, für welche Sammel- und/oder Verwertungsgarantien vorliegen, zu verpflichten. Rechte des Lizenzpartners gegenüber den BRG nimmt ausschließlich die ARA als Treuhänderin im eigenen Namen, aber auf Rechnung und im Interesse des Lizenzpartners wahr. Leistungen der BRG empfängt ARA als Vertragspartnerin der BRG zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung und im Interesse des Lizenzpartners.
- (51) Der Lizenzpartner ist gemäß Absatz I Ziffer 2 verpflichtet, während der Vertragslaufzeit mit allen Verpackungen, auf die die Verpackungsverordnung Anwendung findet und für welche Sammel- und Verwertungsgarantien vorliegen, an den Sammel- und Verwertungssystemen des ARA-Systems teilzunehmen. Eine Ausnahme hiervon besteht lediglich für solche Verpackungen, für die bereits nachweislich auf einer anderen Wirtschaftsstufe eine Entpflichtung vorgenommen wurde oder für die vom Lizenzpartner selbst oder durch von ihm beauftragte befugte Personen nachweislich eine gesetzeskonforme Erfassung und Verwertung ohne direkte oder indirekte Inanspruchnahme des ARA-Systems erfolgt.
- (52) ARA hat mitgeteilt, dass als Nachweis der Inanspruchnahme eines parallelen Befreiungssystems eine Entpflichtungsbestätigung, die entsprechend § 3 Absatz 5 VerpackVO vom Betreiber genehmigter Sammel- und Verwertungssysteme den Lizenzpartnern auszustellen ist, ausreichend ist. Hinsichtlich selbstentsorgter Verpackungen genügt ARA die Vorlage des entsprechend § 3 Absatz 6 Ziffer 2 VerpackVO vom Selbstentsorger auszustellenden Rücknahmenachweises zur Vorlage beim Umweltministerium.
- (53) Nach Absatz I Ziffer 4 räumt die ARA dem Lizenzpartner während der Vertragslaufzeit das Recht ein, das als Marke für die Duale System Deutschland AG (DSD) geschützte Zeichen „Der Grüne Punkt“ als Zeichen der Teilnahme an den Sammel- und Verwertungssystemen des ARA-Systems zu verwenden. Das Recht auf die Benutzung des Zeichens ist von ARA jederzeit widerruflich, räumlich auf das Gebiet Österreichs beschränkt und nicht übertragbar. Die Kennzeichnung der Verpackungen muss in nicht irreführender Weise erfolgen. Die Nutzung hat stets in einer den Markeninteressen Rechnung tragenden Weise zu erfolgen. Der Lizenzpartner hat zur Kenntnis zu nehmen, dass die Benutzung der Marke im Ausland von der Zustimmung eines dort Berechtigten abhängig sein kann. Die Zahlung von Lizenzentgelten an die ARA bedeutet nicht die Zustimmung der DSD oder eines ausländischen Berechtigten zur Nutzung der Marke. Es besteht keine Verpflichtung zur Anbringung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ auf den am ARA-System teilnehmenden Verpackungen.

- (54) Absatz II regelt die Bemessung und Erbringung des Lizenzentgeltes. Nach Ziffer 1 bemisst sich das von dem Lizenzpartner zu leistende Entgelt nach den von diesem im Inland in Verkehr gebrachten Verpackungen (vgl. Absatz I Ziffer 2, siehe Randnummer 51). Der Lizenzpartner verpflichtet sich, die vertragsgegenständlichen Verpackungen packstoffspezifisch zu ermitteln und diese Werte zur Berechnung des von ihm zu leistenden Lizenzentgeltes zu verwenden. Die Berechnung der Lizenzentgelte erfolgt unter Anwendung der von der ARA jeweils veröffentlichten Lizenzentgeltsätze, welche gemäß Ziffer 5 von der ARA höchstens einmal jährlich unter Einhaltung einer dreimonatigen vorherigen Bekanntgabefrist geändert werden können. Im Falle einer maßgeblichen Änderung der Kostensituation oder der Grundlagen für die Planannahmen für die Berechnung der Höhe der Lizenzentgelte sind außerordentliche Lizenzentgeltanpassungen möglich. Nach Ziffer 10 erhält der Lizenzpartner bis spätestens zum 1. März eines jeden Jahres eine Jahresabschlussmeldung von ARA, in der alle vom Lizenzpartner im vergangenen Kalenderjahr gemeldeten Verpackungen packstoffspezifisch dargestellt sind. Der Lizenzpartner hat das Recht, eine rückwirkende Korrektur seiner Meldungen für das abgelaufene Kalenderjahr vorzunehmen und eine entsprechende Lizenzentgeltverrechnung zu beantragen. ARA hat dazu erklärt, die Jahresabschlussmeldung gebe dem Lizenzpartner damit die Möglichkeit, nachträglich eine Anpassung seiner Meldungen an den Ist-Stand seiner Selbstversorgung vorzunehmen. Die ARA behält sich ihrerseits das Recht vor, eine Lizenzentgeltverrechnung nur gegen Beibringung entsprechender Belege hinsichtlich der Korrekturen des Jahresabschlusses vorzunehmen.
- (55) Nach Angaben von ARA war die Zahlungsverpflichtung der Lizenzpartner in Absatz II nie als Zeichennutzungsentgelt konzipiert (also als Gegenleistung für das Recht zur Nutzung des „Grünen Punktes“ auf Verpackungen), sondern immer als Entgelt für die vom System vermittelte Befreiungsleistung. Dementsprechend sei Absatz II Ziffer 1 so zu verstehen und werde so gehandhabt, dass das Lizenzentgelt nur für jene Verpackungen zu leisten ist, für die die Lizenzpartner eine Entpflichtung durch das System anstreben. Dieses Prinzip werde dadurch umgesetzt, dass die Lizenzpartner ARA monatlich oder quartalsweise lediglich jene Verpackungen gemäß Absatz II Ziffer 4 melden, für die sie weder eine Selbstsorgeterlösung praktizieren noch an einem parallelen Befreiungssystem teilnehmen. Dies gehe soweit, dass es bei ARA auch „Leermeldungen“ gibt, also Unternehmen, die ihre ELV aufrechterhalten, jedoch in einem bestimmten Zeitraum mit keinen Verpackungen am ARA-System teilnehmen wollen und in ihren Meldungen bei den in Verkehr gebrachten lizenzierten Verpackungen „Null“ angeben.
- (56) Ferner hat ARA mitgeteilt, dass aus ihrer Sicht kein Einwand bestehe, wenn der „Grüne Punkt“ auf nicht ARA-lizenzierten Verpackungen angebracht ist, solange diese nachweislich ordnungskonform erfasst und verwertet werden und ARA dies entsprechend kontrollieren kann. ARA hat dazu die unter Ziffer 5 genannte Zusage 2 abgegeben. Der Vertrag gilt nach Absatz III als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der Lizenzpartner besitzt ein Recht zur ordentlichen Kündigung zum Ende eines jeden Kalenderjahres unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist. Die ARA verzichtet auf ein ordentliches Kündigungsrecht. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht für beide Vertragsparteien.
- (57) Absatz IV sieht Auskunfts- und Kontrollrechte bzw. Pflichten der ARA vor. Die ARA überwacht die Entpflichtung des Lizenzpartners durch die BRG und deren Entsorgungspartner. Sie kann die Richtigkeit der Meldungen der Lizenzpartner überprüfen, so z. B. durch Einsichtnahme in die diesbezüglichen Geschäftsdokumente.
- 1.2. *Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Serviceverpackungen*
- (58) Die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Serviceverpackungen unterscheidet sich von der Standardvereinbarung für Transport- und Verkaufsverpackungen insoweit, als Absatz I Ziffer 2 der Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Serviceverpackungen den Lizenzpartner verpflichtet, mit all jenen der VerpackVO unterfallenden Verpackungen, für welche zum einen Sammel- und/oder Verwertungsgarantien der BRG vorliegen und zum anderen seine Kunden eine Entpflichtung durch ihn wünschen, am ARA-System teilzunehmen. Der Lizenzpartner kann daher je nach Wunsch seiner Kunden auch nur für Teile seiner Serviceverpackungen eine Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung abschließen, ohne für Verpackungen, die bereits auf einer anderen Wirtschaftsstufe entpflichtet wurden oder für die eine gesetzeskonforme Erfassung und Verwertung ohne Inanspruchnahme des ARA-Systems erfolgt, einen Nachweis entsprechend Absatz 1 Ziffer 2 Satz 2 ELV vorlegen zu müssen. Die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Serviceverpackungen ist damit offener formuliert.
- 1.3. *Zusatzvereinbarung für geringe Verpackungsmengen*
- (59) Sofern ARA und der Lizenzpartner erwarten, dass das Jahreslizenzentgelt des Lizenzpartners gemäß Absatz II ELV weniger als 1 817 EUR (ohne Umsatzsteuer) beträgt, kann die „Zusatzvereinbarung für geringe Verpackungsmengen“ abgeschlossen werden. Hierdurch wird eine Vereinfachung der administrativen Abläufe hinsichtlich Modalitäten der Meldung von Verpackungsmengen und der Zahlung des Lizenzentgeltes vereinbart.

1.4. Zusatzvereinbarung für ausländische Lizenzpartner aus EU-Staaten

- (60) Nach Absatz 5 der Zusatzvereinbarung für ausländische Lizenzpartner aus EU-Staaten steht ein Recht zur ordentlichen Kündigung der ELV (Absatz III 1 ELV) auch der ARA zu. Als Begründung hierfür führt ARA die erschwerten Kontrollmöglichkeiten der Lizenzpartnerprüfungen im Ausland an. Darüber hinaus sei auch die Rechtsdurchsetzung im Ausland erschwert. Die ordentliche Kündigung diene als Behelf für jene Fälle, in denen ARA einen konkreten Anlass für die Vermutung hat, dass der Vertragspartner seine vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß erfüllt, dies jedoch aufgrund der Beweisschwierigkeiten im Ausland nicht nachweisen kann, wie es für eine außerordentliche Vertragskündigung gemäß ELV erforderlich wäre.

2. Die Entsorgungsverträge

2.1. Verhältnis ARA — BRG

- (61) ARA hat mit sämtlichen BRG zwischen dem 25. August 1993 und dem 30. September 1993 jeweils einen Entsorgungsvertrag abgeschlossen, der das gesamte österreichische Bundesgebiet umfasst. Als Muster hat sie den Vertrag mit der ARGEV angemeldet.
- (62) Vertragsgegenstand ist gemäß § 1 Absatz 1 die Entsorgung der für jede BRG in den Garantieerklärungen (Anlage 2 des Entsorgungsvertrages) aufgeführten Verpackungen. Dabei erfasst die Entsorgungsleistung die Sammlung, den Transport sowie die Sortierung und Konditionierung nach Maßgabe der Verpackungsverordnung und unter Bedachtnahme auf die Rahmenvereinbarung, die ARA mit den Gebietskörperschaften abgeschlossen hat (Anlage 3 des Vertrages); insbesondere sind — mindestens — die in den Verpackungsverordnungen angegebenen Ziele und Quoten anteilig zu erreichen. Die ARA empfängt die Entsorgungsleistungen der BRG gemäß § 1 Absatz 3 im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung der Lizenznehmer; sie agiert somit als Treuhänderin der Lizenznehmer. Die BRG sind nach § 1 Absatz 5 zur unentgeltlichen Rück- bzw. Übernahme aller Verpackungen, für die ein Vertrag zwischen der ARA und Lizenznehmern vorliegt, verpflichtet. Als Glaubhaftmachung für die Entrichtung der Lizenzgebühr gilt das von ARA vergebene, als Marke geschützte Kennzeichen „Der Grüne Punkt“. ARA erklärt hierzu klarstellend, § 1 Absatz 5 habe keine praktische Bedeutung. Insbesondere verwendeten die Gesellschaften des ARA-Systems ganz andere Abgrenzungsmethoden als den „Grünen Punkt“, um darüber zu entscheiden, ob eine Verpackung in das ARA-System eingebracht werden dürfe oder nicht. Rechtliche Konsequenzen seien an die Bestimmung nicht geknüpft.
- (63) Sofern sich die BRG zur Erfüllung ihrer Entsorgungsdienstleistungen der Dienste von Subunternehmern bedient, hat sie diese gemäß § 4 zu verpflichten, die diesbezüglichen vertraglichen Verpflichtungen der BRG zu erfüllen. Neue Aufträge an Subunternehmer sind von der BRG nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs

und unter Einhaltung wirtschaftlich nachvollziehbarer Kriterien zu vergeben. Dabei sind jedoch die Bestimmungen der von der ARA mit den Gebietskörperschaften abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen über die Auswahl des Sammlers/Sortierers zu berücksichtigen. Zudem hat die BRG neue Aufträge an Subunternehmer nach vorheriger Ausschreibung zu vergeben. ARA steht ein Einsichtsrecht in die Ausschreibungsunterlagen und Angebote zu.

- (64) Gemäß § 5 genießt die BRG für die Dauer des Vertrages auf dem Vertragsgebiet, nämlich dem gesamten österreichischen Bundesgebiet, Ausschließlichkeit. Die BRG verpflichtet sich, außerhalb des ARA-Systems kein anderes Sammel- oder Verwertungssystem im Sinne der Verpackungsverordnung zu errichten, zu betreiben oder daran teilzunehmen sowie keine aktiven Entsorgungsleistungen zu erbringen, die in die Zuständigkeit anderer BRG fallen. Die BRG erkennt die Rolle der ARA als ausschließliche Mittlerin zwischen der BRG und den Lizenznehmern an, wird dadurch jedoch nicht gehindert, mit den Lizenznehmern direkte Gespräche zu führen und Verträge abzuschließen soweit dies für die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen notwendig ist; die BRG darf keine Verträge mit Lizenznehmern schließen, welche zu einer Entpflichtung des Lizenznehmers führen.
- (65) Gemäß § 6 besteht das Entgelt für die Entsorgungsleistungen der BRG in dem für ihre Leistungen kostengerecht von der ARA erhobenen Anteil an den Lizenzgebühren abzüglich eines der ARA zustehenden Aufschlags. Materiell bemisst sich das Entgelt nach den Kosten, die bei der Entsorgung des gebrauchten Verpackungsmaterials notwendigerweise anfallen. Nach § 6 Absatz 4 darf es dabei nicht zu Quersubventionen zwischen den BRG und der ARA in der packstoffspezifischen Kalkulation kommen. Quersubventionen werden definiert als eine nicht den wahren Kosten entsprechende Festlegung des Entgelts, die dazu führt, dass ein Packstoff im Vergleich zu einem anderen Packstoff begünstigt oder benachteiligt wird (§ 6 Absatz 4). Das Entgelt wird im Voraus auf Vorschlag der BRG von der ARA grundsätzlich für jeweils ein Kalenderjahr festgelegt. § 6 Absatz 13 enthält eine sogenannte Meistbegünstigungsklausel, wonach die BRG der ARA eine Meistbegünstigung in der Form einräumt, als sie mit den vertraglichen Entsorgungsleistungen vergleichbare Leistungen oder Teile solcher vergleichbarer Leistungen einem Dritten gegenüber nicht zu günstigeren Bedingungen anbieten oder durchführen wird als für die ARA bzw. deren Lizenznehmer.
- (66) Die Verträge zwischen ARA und der BRG werden auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die BRG ist verpflichtet, die vertraglichen Entsorgungsleistung ab dem 1. Dezember 1993 zu erbringen. Das Vertragsverhältnis kann gemäß § 7B von jeder Vertragspartei mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Das ordentliche Kündigungsrecht der Parteien gilt erst ab dem 31. Dezember 2000. Für den Fall, dass ein anderes Unternehmen der ARA preisgünstigere Leistungen anbietet, bestand für ARA ein Kündigungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen bereits vor dem 31. Dezember 2000.

- (67) Mit Vereinbarung vom 23. Januar 2001 hat ARA sowohl mit der ARGEV als auch mit der ARO vereinbart, dass die mit den beiden BRG zwischen dem 24. August 1993 und dem 30. September 1993 abgeschlossenen Entsorgungsverträge nicht vor dem 31. Dezember 2003 ordentlich kündbar sind. § 7C sieht das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund vor. Der Vertrag endet unter anderem fristlos, wenn der Vertrag oder das ARA-System eine notwendige kartellrechtliche Genehmigung nicht erhält.
- (68) Gemäß § 11 werden der ARA nach vorheriger Anmeldung Einsichtsrechte in die Sammel- und Entsorgungsstellen oder andere vertragsgegenständliche Betriebsstätten der BRG während der regulären Betriebszeiten eingeräumt. Derartige Einsichtsrechte bestehen auch gegenüber den Subunternehmen der BRG. Ein Einsichtsrecht besteht nach vorheriger Anmeldung auch in die Geschäftspapiere der BRG, sofern ARA dies zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung durch die BRG für notwendig erachtet. Gemäß § 12 bestehen auch auf Seiten der BRG Informations- und Einsichtsrechte.
- (69) § 13 sieht gegenseitige Meldepflichten der Vertragsparteien vor: die BRG haben der ARA Quartals- sowie Jahresmeldungen über ihre Entsorgungsleistungen zu erstatten; die ARA ist verpflichtet, der BRG laufende Meldungen über Anzahl und Umfang der mit den Lizenznehmern abgeschlossenen Verträge sowie die von den Lizenznehmern in Verkehr gesetzte Verpackungsmenge zu erstatten.
- (70) Über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien entscheidet gemäß § 14 ein Schiedsgutachter bzw. ein Schiedsgericht.
- (71) Nach § 15 soll die Verwertung der Verpackungen durch die für die Verwertung der jeweiligen Materialfraktion zuständigen BRG erfolgen. Zu diesem Zweck ist ARA verpflichtet, mit jeder dieser BRG einen im wesentlichen inhaltsgleichen Entsorgungsvertrag zu schließen, der als Entsorgungsleistung der BRG die Verwertung der genannten Verpackungen festlegt. Zudem ist vorgesehen, dass zwischen ARGEV und der für die Verwertung jeweils zuständigen BRG ein Vertrag abgeschlossen wird, der das Verhältnis der beiden Gesellschaften zueinander regelt, und zwar im Hinblick auf die von der ARGEV einerseits und der zuständigen BRG andererseits der ARA geschuldeten Entsorgungsleistungen. Durch diesen Vertrag soll insbesondere sichergestellt werden, dass ARGEV und die BRG insgesamt eine vollständige Entsorgung — von der Sammlung über Transport und Sortierung bis zur Verwertung — gewährleisten und dass zwischen ARGEV und der BRG keine Lücken in der Entsorgung entstehen.
- 2.2. *Verhältnis BRG — BRG*
- (72) Da die ARGEV nur für die Organisation der Sammlung und Sortierung zuständig ist, hat sie Kooperationsverträge mit anderen BRG (ÖKK, ALUREC, FERROPACK, AVM und VHP) abgeschlossen, die für die Organisation der Verwertung zuständig sind. Als Musterverträge wurden die Verträge der ARGEV mit ÖKK und ALUREC angemeldet.
- a) *Kooperationsvertrag zwischen ARGEV und ÖKK*
- (73) Der am 9. März 1994 abgeschlossene Vertrag regelt das Verhältnis zwischen ARGEV und ÖKK im Hinblick auf die Abgrenzung und lückenlose Durchführung der von der ARGEV einerseits und der ÖKK andererseits der ARA geschuldeten Entsorgungsleistungen.
- (74) Gemäß Absatz 1 Ziffer 1.2 organisiert die ARGEV den Aufbau und kontinuierlichen Betrieb eines flächendeckenden Sammel-, Sortier- und Konditioniersystems für Verpackungen; sie verpflichtet sich gegenüber der ÖKK zur laufenden Bereitstellung sämtlicher sortierter Verpackungen, die im Rahmen des ARGEV-Sammelsystems gesammelt werden. Die ÖKK organisiert ausreichende und geeignete Verwertungskapazitäten bzw. Zwischenlagerungsmöglichkeiten sowie den Transport zwischen dem jeweiligen ARGEV-Partner und dem Verwerter bzw. Zwischenlager.
- (75) Die ÖKK garantiert der ARGEV gemäß Absatz 2 die Abnahme der von der ARGEV bzw. deren Vertragspartnern vereinbarungsgemäß bereitgestellten Verpackungen. Vertragsgegenstand sind weiter Verpflichtungen betreffend die Bereitstellung und Übernahme von Altstoffen und die Qualität der Verpackungen, den Lizenzierungsnachweis, die Grundlagen der Kalkulation der ARA-Lizenzentgelte, eine Informations- und Schweigepflicht sowie eine Vereinbarung über die Schiedsgerichtsbarkeit.
- (76) In Absatz 4 wird festgestellt, dass die ARGEV Eigentum an den durch ihr System gesammelten Verpackungen erwirbt. Mit der Abnahme der spezifikationsgerechten Verpackungen durch das Zwischenlager oder den Verwerter geht das Eigentum an den Verpackungen auf die ÖKK über.
- (77) Gemäß Absatz 15 verpflichten sich die Vertragspartner, während der Dauer des Vertrages außerhalb des ARA-Systems kein anderes Sammel- und Verwertungssystem im Sinne der Verpackungsverordnung zu errichten, zu betreiben oder daran teilzunehmen, es sei denn mit ausdrücklicher Genehmigung des anderen Vertragspartners. Die ARGEV verpflichtet sich überdies, während der Vertragsdauer die Verpackungen ohne Zustimmung von ÖKK nicht an einen Dritten weiterzugeben. Entsprechend verpflichtet sich die ÖKK, von einem Dritten Verpackungen nicht ohne Zustimmung von ARGEV entgegenzunehmen. Von dieser Ausschließlichkeit ausdrücklich ausgenommen sind wechselseitige Vereinbarungen mit sogenannten Selbstentpflichtern, sofern dies im Einklang mit den mit ARA abgeschlossenen Entsorgungsverträgen steht. Überdies verpflichten sich die Vertragspartner, keine aktiven Entsorgungsleistungen zu erbringen, die in den Zuständigkeitsbereich des jeweils anderen Vertragspartners fallen.

(78) Gemäß Absatz 16 läuft der Vertrag ab dem 1. Oktober 1993 auf unbestimmte Zeit und kann von jeder Partei mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Ende eines jeden Kalenderjahres gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung war nicht vor dem 31. Dezember 2000 möglich. Nach Absatz 17 ist eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund möglich.

b) Kooperationsvertrag zwischen ARGEV und ALUREC

(79) Der am 20. Januar 1994 geschlossene Vertrag regelt die Erfüllung der vertraglichen Pflichten der ARGEV und der ALUREC gegenüber der ARA. Er stimmt hinsichtlich Vertragsgegenstand und Vertragsdauer im Wesentlichen mit dem Vertrag zwischen ARGEV und der ÖKK überein.

(80) Nach Absatz II verpflichtet sich ARGEV, sämtliche von ihr oder ihrem Subunternehmen gesammelten Verpackungen zur Verfügung zu stellen. ALUREC verpflichtet sich nach Absatz III, die von ARGEV bzw. den Sortierbetrieben übernommenen Verpackungen einer ordnungsgemäßen Wiederverwertung zuzuführen.

(81) Nach Absatz V verpflichtet sich ARGEV, während der Dauer des Vertrages sämtliche von ihr oder ihren Subunternehmen gesammelten gegenständlichen Verpackungen ausschließlich an die ALUREC zu übergeben. Die ALUREC verpflichtet sich ihrerseits, ausschließlich von der ARGEV bzw. ihren Subunternehmen die gesammelten gegenständlichen Verpackungen abzunehmen und einer Verwertung zuzuführen.

(82) Hinsichtlich der Eigentumsregelung gilt — auch wenn dies im Vertrag zwischen ARGEV und ALUREC nicht ausdrücklich geregelt ist — das gleiche wie im Kooperationsvertrag ARGEV — ARO. Zunächst erwirbt ARGEV Eigentum an der Sammelware, welches dann mit der Übergabe der Ware an ALUREC auf letztere übergeht.

(83) Gemäß Absatz VI läuft der Vertrag ab dem 1. Oktober 1993 auf unbestimmte Zeit. Der Vertrag kann von jeder Partei mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Ende eines jeden Kalenderjahres gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung ist nicht vor dem 31. Dezember 2000 möglich. Nach Absatz VII ist eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund möglich.

2.3. Verhältnis BRG — Regionalpartner

(84) Hierbei handelt es sich um die Verträge der ARGEV und der ARO mit den regionalen Entsorgungsunternehmen oder Gebietskörperschaften. Gegenstand der Verträge ist die Regelung der tatsächlichen Durchführung der Entsorgung der gebrauchten Verpackungen.

Vereinbarung der ARGEV

(85) In der ursprünglichen Fassung der Vereinbarung von ARGEV mit dem Regionalpartner (sogenannte Partnervereinbarung) aus dem Jahre 1994 verpflichtet sich der Regionalpartner in Absatz 2.2, ein Sammel-, Sortier- und Konditionierungssystem nach Maßgabe der Vereinbarung aufzubauen. Je Sammelregion wird nur ein Regionalpartner beauftragt.

(86) Die Sammlung von Verpackungsabfällen aus Haushalten und aus Einrichtungen mit einem vergleichbaren Verpackungsaufkommen wird vom Regionalpartner in Abstimmung mit der Gebietskörperschaft aufgebaut. Eine Beauftragung von Subunternehmen ist gemäß Absatz 2.3 im Einverständnis mit der ARGEV möglich. Die Sammlung erfolgt gemäß Absatz 2.7 in Sammelbehältern, die entweder vom Regionalpartner oder von der Gebietskörperschaft bereitzustellen sind. Nach Absatz 3 werden die Kosten für die Sammelbehälter sowie für die Errichtung einer Sammelinfrastruktur durch die Leistung eines Entgelts durch die ARGEV ausgeglichen.

(87) In Absatz 2.10 wird festgestellt, dass der Regionalpartner die Altstoffe für die ARGEV sammelt und daher an den Altstoffen durch die Sammlung Eigentum ausschließlich für die ARGEV erwirbt. Der Regionalpartner darf aus diesem Grund mit den Altstoffen auf keine andere Weise verfahren, als in der Vereinbarung vorgesehen. Widrigenfalls liegt ein wichtiger Grund für die ARGEV für eine fristlose Vertragsauflösung vor.

(88) Nach Absatz 2.16 garantiert die ARGEV dem Regionalpartner über die bilateralen Verträge mit den Verwertungsgarantiegebern die Abnahme der von ihm vereinbarungsgemäß bereitgestellten Altstoffe. Der Regionalpartner hat die Altstoffe in seinem Lager zur Abnahme bereitzuhalten und der ARGEV und/oder dem jeweils von der ARGEV oder dem zuständigen Verwertungsgarantiegeber benannten Verwerter die Übergabebereitschaft unverzüglich anzuzeigen.

(89) Nach Absatz 2.18 ist das Einvernehmen mit der zuständigen Gebietskörperschaft zu pflegen; bei Meinungsverschiedenheiten ist nach Absatz 2.21 ein Schiedsgutachter heranzuziehen.

(90) Der Vertrag wird erstmals 1994 und zwar auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von jedem Vertragspartner mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung war zu einem Termin vor dem 31. Dezember 2000 nicht möglich. Für den Fall, dass ein anderes Unternehmen der ARGEV die gleiche Leistung preisgünstiger anbot, war die ARGEV unter bestimmten Voraussetzungen zu einer ordentlichen Kündigung vor dem 31. Dezember 2000 berechtigt. Absatz 4.2 regelt das Recht der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund.

- (91) Sämtliche unter Absatz C der Präambel dieser Vereinbarung aufgezählten gesetzlichen sowie vertraglichen Verpflichtungen der ARGEV gelten auch für den Regionalpartner.
- (92) ARGEV hatte im Rahmen von Ergänzungs- bzw. Nachtragsvereinbarungen zu den bestehenden Entsorgungsverträgen Meistbegünstigungsklauseln mit praktisch allen Entsorgungsunternehmen vereinbart, mit denen sie vertragliche Beziehungen unterhält. Diese Klauseln besagen, dass das Entsorgungsunternehmen seine Leistungen einem Dritten nicht zu günstigeren Bedingungen anbieten oder für einen Dritten nicht zu günstigeren Bedingungen durchführen darf als für ARGEV. Mit der unter Randnummer 139 aufgeführten Zusage 1 hat ARGEV ab dem 29. November 2000 auf die Anwendung dieser Meistbegünstigungsklauseln verzichtet.
- (93) In der neuen Fassung der Vereinbarungen zur Regelung des Verhältnisses zu den Entsorgern wird nunmehr zwischen Sortier- und Sammelpartnern unterschieden; es existiert jeweils ein gesonderter Standardvertrag. Die beiden Vereinbarungen gleichen weitgehend der ursprünglichen Vereinbarung, sind jedoch detaillierter gefasst.
- (94) Beide Standardverträge sind am 1. Januar 2002 in Kraft getreten, mit Ausnahme der Verträge mit drei Kommunen (Wien, Linz und Salzburg), die bereits vor diesem Datum in Kraft getreten sind und mit den Musterverträgen materiell in den wesentlichen Punkten übereinstimmen. Die Verträge aus dem Jahre 1993/94 sind nicht mehr in Kraft.
- ARGEV - S a m m e l p a r t n e r**
- (95) Die Vereinbarung mit den Sammelpartnern regelt den konkreten Leistungsaustausch zwischen der ARGEV und dem Sammelpartner bei der Umsetzung der VerpackVO für die Teilbereiche „Sammlung“, „Umladung“ und „Betriebliche Individualentsorgung“. Je Sammelregion wird nur ein Sammelpartner beauftragt.
- (96) Gegenstand der Vereinbarung ist nach Absatz 1.2 der Aufbau und störungsfreie Betrieb eines Sammelsystems für gebrauchte Verpackungen in einer bestimmten Sammelregion. Die ARGEV behält sich nach Absatz 1.6 vor, innerhalb des Sammelsystems auch Abfälle mitzusammeln, die keine Verpackungsabfälle sind; die Vertragsbestimmungen finden hierauf sinngemäße Anwendung.
- (97) Abfälle aus dem Haushaltsbereich werden gemäß Absatz 2.2 gemeinsam mit Abfällen aus Einrichtungen mit vergleichbarem Verpackungsaufkommen gesammelt. Einrichtungen mit vergleichbarem Verpackungsaufkommen können gewerbliche oder institutionelle Anfallstellen sein; sie haben sich jährlich zur Sammlung anzumelden und dabei die 100 %ige ARA-Lizenzierung der einzubringenden Verpackungen nachzuweisen; bei weniger als einer 100 % Lizenzierung hat eine Entsorgung als Gewerbeabfall zu erfolgen.
- (98) Nach Absatz 2.2.3 vereinbart ARGEV in einer gesonderten Vereinbarung mit der Gebietskörperschaft die Bereitstellung erforderlicher Standplätze. Die Sammelbehälter und -säcke werden vom Sammelpartner oder der Gebietskörperschaft in Absprache mit ARGEV bereitgestellt. Die Kosten hierfür trägt die ARGEV gemäß Absatz 2.2.4 nur hinsichtlich der Behältnisse für den Haushaltsbereich, nicht jedoch für die Einrichtungen mit vergleichbarem Verpackungsaufkommen.
- (99) Die Leistung der Sammlung umfasst nach Absatz 2.2.5 die planmäßige Entleerung der Sammelbehälter und Abholung der Sammelsäcke sowie den Transport der Sammelware zur festgelegten Sortieranlage oder einer Umladestation im Einzugsbereich des Vertragsgebietes. Die Bereitstellung des Sammelvolumens durch den Sammelpartner erfolgt bedarfsorientiert, d. h. entsprechend dem Sammelverhalten der Bevölkerung bzw. Anfallstelle unter Berücksichtigung einer durchschnittlichen Auslastung der Sammelbehälter und -säcke von 80 % und einem maximalen Fehlwurfanteil in der Sammelware von 20 Masse-%. Im Falle der Mitsammlung von gewerblichen Verpackungen im Rahmen der Haushaltssammlung sind diese entsprechend den Vorgaben der ARGEV (Anlage 2 der Vereinbarung) abzugrenzen.
- (100) Für den Gewerbebereich erfolgt eine betriebliche Individualentsorgung. Der Sammelpartner betreibt gemäß Absatz 2.4.1 in diesem Bereich eine regionale Übernahmestelle für die unentgeltliche Rücknahme von ARGEV-Verpackungen aus dem Gewerbe, der kontrollierten Übernahme aus Recyclinghöfen und der Problemstoffsammlung. Vor allem in gewerbeintensiven Regionen bietet der Sammelpartner nach Absatz 2.4.2 über die Basisinfrastruktur der regionalen Übernahmestellen hinaus Holsysteme für die Erfassung lizenzierter Verpackungen ab der Anfallstelle an.
- (101) Nach Absatz 2.5.1 bedarf die Beauftragung Dritter mit Teilleistungen gemäß dieser Vereinbarungen der vorherigen Zustimmung durch ARGEV.
- (102) Absatz 2.5.2 stellt klar, dass der Sammelpartner die Verpackungen für die ARGEV übernimmt und deshalb an ihnen zu keinem Zeitpunkt Eigentum erwirbt. Der Sammelpartner darf daher mit ARGEV-Sammelware bzw. ARGEV-Verpackungen auf keine andere als die in der Vereinbarung vorgesehene Weise verfahren. Widrigenfalls liegt ein wichtiger Grund für die ARGEV für eine fristlose Vertragsauflösung vor.

- (103) In Beantwortung eines Auskunftsersuchens der Kommission hat ARGEV ausgeführt, bei der Haushaltssammlung sei der Entsorger nicht daran gehindert, Volumen in demselben Behälter für ein anderes System bereitzuhalten, sofern dadurch nicht die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber ARGEV beeinträchtigt werde. Insbesondere müsse das vertraglich vereinbarte Mindesterfassungsvolumen, entsprechend den von ARGEV vorgegebenen Spezifikationen, zur Sammlung ARA-lizenzierter Verpackungen ohne Beschränkung auf eine bestimmte Quote zur Verfügung stehen. Sollte der Entsorger durch die Gestattung einer Mitbenutzung die Entpflichtung der ARA-Lizenzpartner gefährden, wäre dies vertragswidrig.
- (104) Im Gewerbesystem mache ARGEV keine Vorgaben zu den Erfassungsgefäßen. Es sei den Entsorgern und/oder den Anfallstellen unbenommen, in den Erfassungsgefäßen auch fremdlizenzierte Verpackungen zu sammeln. Allerdings müsse durch genaue Aufzeichnungen für jede Anfallstelle sichergestellt sein, dass der Übernahmestelle der ARGEV nur Verpackungen übergeben werden, die nach Menge und Qualität den dort tatsächlich anfallenden ARA-lizenzierten Verpackungen entsprechen.
- (105) Der Sammelpartner erhält nach Absatz 3.1 für die von ihm beigestellten und dokumentierten Sammelbehälter und -säcke ein quartalsweises Entgelt nach Behälter-/Sackgrößen. Für die Entleerung der Sammelbehälter und Einsammlung der Sammelsäcke aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen sowie den Transport und die Entleerung der Sammelware bei einer Sortieranlage oder Umladestation und für das Berichtswesen erhält der Sammelpartner ein mengenabhängiges Entgelt. Für die Umladung von Sammelware aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen aus dem Vertragsgebiet und für das Berichtswesen erhält der Sammelpartner ein mengenabhängiges Entgelt. Die mit der ARGEV jährlich verrechenbaren Leistungen der Sammlung und der Umladung sind durch einen Maximalwert je Sammelregion und Sammelfraktion begrenzt. Der Mengenrahmen für die Jahre 2002 bis inklusive 2004 wurde auf Basis der prognostizierten Bruttosammelmengen 2001 aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen berechnet. Für die Übernahme und Sammlung von betrieblich anfallenden Verpackungen einschließlich Inputkontrolle, Nachsortierung, Konditionierung, Zwischenlagerung, Bereitstellung, Verladung etc. von vom Verwerter übernommenen Fraktionen aus gewerblichen, industriellen und institutionellen Anfallstellen sowie aus kontrollierten Übernahmen und Problemstoffsammlungen erhält der Sammelpartner mengenabhängige Outputentgelte.
- (106) Gemäß Absatz 3.5 garantiert die ARGEV dem Regionalpartner im Wege der bilateralen Verträge mit den Verwertungsgarantiegebern die Abnahme aller von ihm vereinbarungsgemäß bereitgestellten Altstoffe.
- (107) Nach Absatz 5.1 beginnt das Vereinbarungsverhältnis am 1. Januar 2002. Es wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann von jeder Vereinbarungspartei mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten, erstmals jedoch zum 31. Dezember 2004 gekündigt werden. Daneben existiert das Recht zur beiderseitigen außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes; ein solcher wichtiger Grund ist z. B. gegeben bei einer groben Verletzung der Abgrenzungspflicht von Gewerbemengen in Haushaltssammelware.
- (108) Zur Vertragslaufzeit hat ARGEV die unter Randnummer 139 wiedergegebene Zusage 4 abgegeben.
- (109) Ferner hat ARGEV mitgeteilt, dass die Sammelpartnervereinbarungen keine Ausschließlichkeitsverpflichtungen der Entsorger, und zwar weder im haushaltsnahen noch im gewerblichen Bereich enthalten. Die Entsorgungsunternehmen sind frei, vergleichbare Leistungen auch für andere Befreiungssysteme oder im Rahmen von Selbstentsorgerlösungen zu erbringen. Hinsichtlich der Mitbenutzung der Sammelgefäße hat ARGEV die unter Randnummer 139 aufgeführte Zusage 3 abgegeben.

ARGEV-Sortierpartner

- (110) Die Standardvereinbarung für den Sortierpartner entspricht weitestgehend der Vereinbarung für den Sammelpartner.
- (111) Nach Absatz 1.5 beauftragt ARGEV bundesweit in definierten Sammelregionen (in der Regel politischer Bezirk oder Statuarstadt) jeweils zuständige Sammelpartner mit dem Betrieb von Sammelsystemen für Leicht- und Metallverpackungen aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen. Die von den Sammelpartnern gesammelten Mengen werden direkt oder unter Einschaltung eines Transporteurs an den Sortierpartner übergeben. Je Sammelregion wird nur ein Sortierpartner beauftragt.
- (112) Nach Absatz 1.6 werden zum Zweck der Optimierung des Systems von Sammel-, Sortier- und Transportleistungen die Sammelmengen von bestimmten Sammelpartnern bzw. aus bestimmten Sammelregionen bestimmten Sortierpartnern bzw. bestimmten Sortieranlagen zugewiesen. Durch entsprechende Bestimmungen in den separaten Sammelpartnervereinbarungen wird ARGEV sicherstellen, dass die in bestimmten Sammelregionen (nach Anlage 5 der Vereinbarung) von den Sammelpartnern gesammelten Verpackungen aus Haushalt und vergleichbaren Einrichtungen ausschließlich in der Sortieranlage des Sortierpartners sortiert werden.

- (113) Der Sortierpartner ist nach Absatz 2.1.1 zur Übernahme und Sortierung der gesamten von dem(n) Sammelpartner(n) in den Sammelregionen bereitgestellten bzw. abgeholt Mengen von Verpackungen aus Haushalt (Modul 1) und vergleichbaren Einrichtungen (Modul 2) verpflichtet. Der Sortierpartner übernimmt unsortierte Sammelware aus Modul 1/2-Sammlung der ARGEV nur von Sammelpartnern bzw. aus Sammelregionen laut Anlage 5 der Vereinbarung. Nach Absatz 2.2 betreibt der Sortierpartner am Sitz der Sortieranlage eine Regionale Übernahmestelle, in welcher er Verpackungen aus Gewerbe (Modul 3), aus der Übernahme auf Recyclinghöfen (Modul 4) und der Problemstoffsammlung (Modul 5) unentgeltlich übernimmt.
- (114) Nach Absatz 2.4.2 übernimmt der Sortierpartner die Verpackungen für die ARGEV und erwirbt deshalb zu keinem Zeitpunkt Eigentum an den Verpackungen. Der Sortierpartner darf daher mit den Verpackungen auf keine andere als die in dieser Vereinbarung vorgesehene Weise verfahren. Widrigenfalls liegt ein wichtiger Grund für die ARGEV für eine fristlose Vertragsauflösung gemäß Absatz 5.5.2 a) vor.
- (115) In Beantwortung eines Auskunftsersuchens der Kommission hat ARGEV ausgeführt, aus der Eigentumsklausel ergebe sich kein Verbot der Benutzung der Sortiereinrichtungen für Dritte. Sollte der Entsorger allerdings durch die Gestattung einer Mitbenutzung die Verpflichtung der ARA-Lizenzpartner gefährden, wäre dies vertragswidrig.
- (116) Die Regelungen zur Beauftragung eines Subunternehmers (Absatz 2.4.1) und der Laufzeit/Beendigung des Vertrages (Absatz 5) entsprechen denjenigen in der Sammelpartnervereinbarung.
- (117) Der Sortierpartner erhält nach Absatz 3.1 jeweils innerhalb der angegebenen Mengenbandbreiten die in Anlage 6 des Vertrages angeführten Inputentgelte. Die Inputentgelte stellen das Entgelt für die Übernahme der Sammelware aus dem Haushaltssystem und dem hausnahen System der ARGEV, die Inputkontrolle, die anteiligen Fixkosten der Anlage bezogen auf die vereinbarten Jahresinputmengen, die Befreiung der Sammelware von Störstoffen und deren ordnungsgemäße Entsorgung sowie die Konditionierung, Zwischenlagerung, Bereitstellung und Verladung sämtlicher störstoffbefreiten bzw. positivsortierten Outputfraktionen dar. Die mit der ARGEV jährlich verrechenbare Sortierinputmenge ist mit der Summe der Haushaltssammelregionen begrenzt. Für die Positivsortierung von Outputfraktionen aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen erhält der Sortierpartner materialspezifische Entgelte. Diese Outputentgelte gelten auch für die Übernahme von Anlieferungen, Inputkontrolle, Nachsortierung, Konditionierung, Zwischenlagerung, Bereitstellung, Verladung etc. spezifizierter Fraktionen von betrieblichen Anfallstellen, Recyclinghöfen und aus der Problemstoffsammlung.
- (118) ARGEV hat mitgeteilt, dass die Sortierpartnervereinbarungen keine Ausschließlichkeitsverpflichtungen der Sortierpartner enthalten. Die Entsorgungsunternehmen sind frei, vergleichsweise Leistungen auch für andere Befreiungssysteme oder im Rahmen von Selbstentsorgungslösungen zu erbringen. Ferner hat ARGEV die unter Randnummer 139 aufgeführte Zusage 3 sowie zur Laufzeit der Vereinbarungen die Zusage 4 abgegeben.

Vereinbarung der ARO

ARO-Sammelpartner

- (119) Gegenstand der Vereinbarung ist der Betrieb eines Sammelsystems für Papierverpackungen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem AWG, der VerpackVO, dem Entsorgungsvertrag ARA/ARO sowie den Genehmigungsbescheiden. Je Sammelregion wird nur ein Sammelpartner beauftragt.
- (120) Nicht Gegenstand der Vereinbarung ist gemäß Absatz 1.1 die Sammlung von Altpapier und Papierverpackungen aus Haushalten und Einrichtungen mit einem vergleichbaren Aufkommen. Vielmehr bezieht sich die Vereinbarung auf die Geschäftsstraßenentsorgung (Absatz 2.4), den Abtransport von Verpackungen aus Recyclinghöfen (Absatz 2.5) sowie die betriebliche Individualentsorgung (Absatz 2.6).
- (121) Nach Absatz 1.5 ist die Rücknahmepflicht der ARO auf die bei der ARA lizenzierte Menge an Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe beschränkt. Allerdings ist die ARO bereit, die dem Sammel- und Verwertungssystem angeordnete Menge an Verpackungen zur Gänze zu übernehmen. Sofern dadurch die Verpflichtungen aus dem Genehmigungsbescheid, nämlich die Bereitstellung einer ausreichenden Übernahmekapazität von Papierverpackungen mit einer Erfassungsquote von 90 % im Gewerbe- und von 80 % im Haushaltsbereich sowie eine Verwertungsquote von 85 % im Gewerbe und 75 % im Haushaltsbereich, überstiegen wird und dies nicht den wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen der Lizenzpartner entspricht, behält sich ARO vor, ihre Abnahmegarantie sowie die entsprechenden Entgeltzahlungen wieder an die Anforderungen der Genehmigungsbescheide anzugleichen; die Sammelpartner setzt sie hiervon rechtzeitig in Kenntnis.

- (122) Die Geschäftsstraßenentsorgung dient der Entsorgung von sortenreinen Papierverpackungen bei kleingewerblichen Anfallstellen. Die sogenannten Einrichtungen zur Übernahme unter Aufsicht (Recyclinghöfe, Altstoffsammelzentren etc.) werden von der Gebietskörperschaft betrieben und nehmen Verpackungen von privaten Verpackungsbesitzern sowie gewerblichen Kleinanfallstellen entgegen. Der Sammelpartner der ARO übernimmt die Verpackungen von den Recyclinghöfen und führt den Abtransport durch. Zur betrieblichen Individualentsorgung betreibt der Entsorgungspartner der ARO sogenannte ARO-Übernahmestellen, an denen betriebliche Anfallstellen ihre Verpackungen unentgeltlich in das Sammel- und Verwertungssystem einbringen können.
- (123) Nach Absatz 2.7 ist der Sammelpartner zur Übernahme aller vereinbarungsgegenständlichen Papierverpackungen an den ARO-Übernahmestellen verpflichtet. Die Lizenzierung der übergebenen Verpackungen bei ARA ist von der betrieblichen Anfallstelle gemäß Absatz 2.7.4 in geeigneter Weise zu bestätigen. Zusätzliche Übernahmestellen bedürfen einer Genehmigung der ARO.
- (124) Nach Absatz 2.8 entscheidet die ARO über das Verwertungsunternehmen und die Modalitäten des Transports der Verpackungen. Der Partner hat daher diesbezüglich das schriftliche Einvernehmen mit der ARO herzustellen. Der Sammelpartner garantiert gegenüber der ARO eine gewisse Mindestqualität der Papierverpackungen bei Anlieferung zum Verwerter (Absatz 2.9).
- (125) In Absatz 2.10 wird festgestellt, dass der Partner die Papierverpackungen für die ARO sammelt und daher die Sammelware ausschließlich im Eigentum der ARO steht. Aus diesem Grund ist über die Sammelware nur in der von ARO vorgeschriebenen Weise zu verfügen. Widrigenfalls liegt ein wichtiger Grund für die ARO für eine fristlose Vertragsauflösung vor.
- (126) Die ARO garantiert gemäß Absatz 2.15 dem Sammelpartner über die bilateralen Verträge mit den Verwertern die Abnahme und verpackungsverordnungskonforme Verwertung der bereitgestellten Papierverpackungen. Sofern die Verwertungsgarantien gegenüber der ARO zurückgezogen wurden, hat diese für einen entsprechenden Ersatz an Verwertungsunternehmen zu sorgen.
- (127) Nach Absatz 4 beginnt das Vereinbarungsverhältnis mit dem 1. Januar 2002 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Bei Einhaltung einer 6-monatigen Kündigungsfrist ist es erstmals mit Wirkung zu 31. Dezember 2004 kündbar. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist eine fristlose Vertragsauflösung möglich.
- (128) Zur Vertragslaufzeit hat ARO die unter Randnummer 139 genannte Zusage 4 abgegeben.
- (129) Ferner hat ARO mitgeteilt, dass die Vereinbarungen mit den Sammelpartnern keine Ausschließlichkeitsverpflichtungen der Entsorger enthalten. Die Sammelpartner sind frei, vergleichbare Leistungen auch für andere Befreiungssysteme oder im Rahmen von Selbstentsorgerlösungen zu erbringen.
- ARO-Gebietskörperschaft
- (130) Gegenstand der Vereinbarung ist die Kooperation zwischen ARO und der Gebietskörperschaft beim Betrieb der kommunalen Altpapiersysteme für den Bereich der Papierverpackungen aus Haushalten und Einrichtungen mit einem vergleichbaren Verpackungsabfallaufkommen im Vereinbarungsgebiet. Dabei wird Bezug genommen auf die Verpflichtungen aus dem AWG, der VerpackVO, dem Entsorgungsvertrag ARA-ARO sowie aus den Genehmigungsbescheiden.
- (131) Nach Absatz 2.1 ist die Rücknahmepflicht der ARO gemäß der VerpackVO auf die bei ARA lizenzierten Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe beschränkt. Die ARO ist bereit, die dem System angebotenen Verpackungsmengen zur Gänze zu übernehmen, allerdings unter Vorbehalt einer nachträglichen Wiederranpassung an die Verpflichtungen des Genehmigungsbescheides, worüber die Gebietskörperschaften rechtzeitig in Kenntnis gesetzt werden.
- (132) In der von der Gebietskörperschaft betriebenen kommunalen Altpapiersammlung werden gemäß Absatz 2.2 planmäßig Verpackungen zusammen mit stoffgleichen Nichtverpackungen (Zeitungen, Illustrierten, Kataloge etc.) gesammelt. Die anteiligen Kosten für die Sammlung der Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe trägt die ARO; die übrigen Kosten der kommunalen Altpapiersammlung trägt die Gebietskörperschaft.
- (133) Nach Absatz 2.4 sind grundlegende Veränderungen des im Sammelkonzept beschriebenen Sammelsystems (z. B. Umstellung von Bring- auf Holsystem) einvernehmlich zwischen der Gebietskörperschaft und der ARO festzulegen, sofern sich daraus wesentliche Kostenerhöhungen für die ARO ergeben. Die Gebietskörperschaft übernimmt die Ausschreibung bzw. Neuverhandlung der Sammelleistungen unter vorheriger Absprache mit der ARO. Die Auswahl des Entsorgers (Sammlers) obliegt der Gebietskörperschaft.
- (134) Folgende Leistungen sind von der Gebietskörperschaft zu erbringen: die Sammlung der Papierverpackungen im Rahmen der kommunalen Altpapiersammlung (Absatz 3.1); die Bereitstellung von Standplätzen für die Sammelbehälter samt der erforderlichen Genehmigungen (Absatz 3.2); die Bereitstellung und Unterhaltung von Sammelbehältern (Absatz 3.3); die Übernahme der Verpackungen im Wege beaufsichtigter Recyclinghöfe, Altstoffzentren etc. (Absatz 3.4); die Qualitätsgarantie der Verpackungen verbunden mit der Kostenlast bei notwendiger Nachsortierung der in den Recyclinghöfen übernommenen Verpackungen (Absatz 3.5). Die ARO

ihrerseits übernimmt im Wege der bilateralen Verträge mit den Verwertern die Garantie der Verwertung nach den Vorgaben der VerpackVO (Absatz 3.6).

- (135) Absatz 3.7. regelt den Eigentumsübergang an der Verpackung: Was die Sammlung aus Haushalten und Einrichtungen mit vergleichbarem Verpackungsaufkommen betrifft, so geht das Eigentum daran bei Abgabe der Verpackungen bei der ARO-Übernahmestelle von der Gebietskörperschaft auf die ARO über. Das Eigentum an den in den Recyclinghöfen, Altstoffzentren etc. unter Aufsicht gesammelten Materialien geht mit Abholung durch den ARO-Entsorgungspartner auf die ARO über; falls der Transport durch die Gebietskörperschaft erfolgt, geht das Eigentum von der Gebietskörperschaft erst mit Übernahme an der ARO-Übernahmestelle auf die ARO über.
- (136) Die Gebietskörperschaft darf daher über die Papierverpackungen auf keine andere als die von ARO bestimmte Weise verfügen. Widrigenfalls liegt ein wichtiger Grund für ARO für eine fristlose Vertragsauflösung vor. Die Papierverpackungen können von den stoffgleichen Nichtverpackungen getrennt oder mit diesen gemischt verwertet werden.
- (137) Die Laufzeit des Vertrages beginnt gemäß Absatz 5.1 am 1. Januar 2002; das Vertragsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und ist mit 6-monatiger Kündigungsfrist erstmals mit Wirkung zum 31. Dezember 2003 kündbar. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist eine fristlose Vertragsauflösung möglich.
- (138) Der Vertrag enthält keine Bestimmung, die es ausschließt, dass ein anderes Sammel- und Verwertungssystem die Gefäße der kommunalen Altpapiersammlung ebenfalls mitbenutzt. ARO hat erklärt, im Bereich der haushaltsnahen Papiersammlung kaufe die ARO im Grunde nur Mengen der kommunalen Sammlung ein. Es sei kein Grund ersichtlich, warum die Gebietskörperschaften nicht gleichartige Vereinbarungen mit anderen Befreiungssystemen abschließen sollten.

V. ABGEGEBENE ZUSAGEN

- (139) Im Hinblick auf einige Bestandteile der angemeldeten Verträge hat die Kommission wettbewerbsrechtliche Bedenken mitgeteilt. Im Verlauf des Verfahrens haben die Parteien der Kommission folgende Zusagen erteilt:
- (Zusage 1) ARGEV und ARO verzichten ab dem 29. November 2000 auf die Anwendung der Meistbegünstigungsklauseln, die im Rahmen von Ergänzungs- bzw. Nachtragsvereinbarungen zu den Entsorgungsverträgen mit den Entsorgungsunternehmen, mit denen die jeweilige Gesellschaft vertragliche Beziehungen unterhält, vereinbart worden waren.
 - (Zusage 2) ARA verpflichtet sich, ihre Lizenzrechte an der Marke „Der Grüne Punkt“ (im folgenden der „Punkt“) nicht gegen Unternehmen geltend zu machen, die innerhalb oder außerhalb Österreichs

a) mit den gekennzeichneten oder artgleichen Verpackungen an Sammel- und Verwertungssystemen im Sinne der Richtlinie 94/62/EG über Verpackungen und Verpackungsabfälle teilnehmen, die die Verwendung des „Punktes“ vorschreiben, oder b) den „Punkt“ aus regulatorischen Gründen auf den Verpackungen anbringen müssen. Diese Verpflichtung gilt unter der Voraussetzung, dass das betreffende Unternehmen die mit dem „Punkt“ gekennzeichneten Verpackungen in Österreich nachweislich in Übereinstimmung mit der Verpackungsverordnung (Verordnung BGBl 648/1996 in der gültigen Fassung) sammelt und verwertet (sei es im Wege einer Selbstentsorgerlösung im Sinne der Verpackungsverordnung oder durch Teilnahme an einem genehmigten Sammel- und Verwertungssystem) und der ARA vertraglich entsprechende Kontrollrechte einräumt. Die Kontrollrechte dürfen nicht über die Kontrollbefugnisse aus dem ARA-Standardvertrag hinausgehen. ARA wird bei Ausübung dieser Kontrollrechte keine strengeren Anforderungen an den Nachweis der ordnungskonformen Sammlung und Verwertung stellen, als dies den Nachweispflichten des betreffenden Unternehmens gegenüber den mit der Vollziehung der Verpackungsverordnung befassten Behörden entspricht.

- (Zusage 3) ARGEV hindert Gebietskörperschaften und/oder Entsorgungsunternehmen nicht daran, für Wettbewerber des ARA-Systems tätig zu werden. Darüber hinaus wird ARGEV Gebietskörperschaften und/oder Entsorgungsunternehmen nicht daran hindern, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenützung von Behältern oder sonstigen Einrichtungen zur Sammlung und/oder Sortierung gebrauchter Verpackungen aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen abzuschließen und zu erfüllen. Diese Zusage schränkt das Recht der ARGEV nicht ein, ihre vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für das mitbenützte Sammel- und Verwertungssystem durchzusetzen und alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um ihre gesetzlichen und bescheidmäßigen Verpflichtungen als Sammel- und Verwertungssystem trotz der Mitbenützung erfüllen zu können. Darüber hinaus gilt die Zusage nur für den Fall, dass
 - a) sich die Gebietskörperschaften und/oder Entsorger bereit erklären, die von ARGEV für die Bereitstellung und den Betrieb von Einrichtungen zur Sammlung/Sortierung und/oder für die Sammlung/Sortierung zu zahlenden Entgelte anteilig — entsprechend der Nutzung der Behälter und sonstigen Einrichtungen — zu verringern und ARGEV die direkt der Sammlung/Sortierung zurechenbaren sonstigen Kosten (das sind die Kosten für das laufende Engineering und das Management des mitbenützten Sammelsystems, Kosten für Abfallberater, Kosten für F&E et cetera) anteilig zu ersetzen; über die Höhe und Zurechenbarkeit der verrechneten Kosten wird ARGEV das Testat eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers beibringen;

- b) sich die Gebietskörperschaften und/oder Entsorger bereit erklären, ARGEV jene zusätzlichen Kosten zu ersetzen, die den Gesellschaften des ARA-Systems und/oder deren Vertragspartnern infolge der Mitbenützung entstehen (etwa zusätzliche Analysekosten oder Sortierkosten zur Bewahrung der Qualität der im Auftrag der ARGEV gesammelten und zur Verwertung übergebenen Verpackungen). Über die Höhe und Zurechenbarkeit der verrechneten Kosten wird ARGEV das Testat eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers beibringen. Zusätzliche Kosten, die den Gesellschaften des ARA-Systems und/oder deren Vertragspartnern bloß aufgrund von Rückgängen der Lizenzmenge erwachsen, werden nicht berücksichtigt. Die Umsetzung dieser Zusage erfolgt anlassbezogen durch Zusatzvereinbarungen zum jeweiligen Leistungsvertrag.
- (Zusage 4) ARGEV und ARO werden ihre Verträge mit den Entsorgungspartnern zum Ablauf einer Vertragsdauer von drei Jahren kündigen, sofern sich die Vertragsparteien nicht einvernehmlich auf eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses um höchstens zwei Jahre einigen. Spätestens nach Ablauf einer Vertragsdauer von fünf Jahren werden ARGEV und ARO die Leistungsverträge erneut in einem wettbewerblichen, transparenten und objektiven Verfahren (Ausschreibungen aller Art, Angebotseinholung etc.) vergeben.

VI. DER RELEVANTE MARKT

- (140) Sowohl aus der Sicht der betroffenen Dienstleistung als auch aus räumlicher Sicht werden die relevanten Märkte im Hinblick auf die Würdigung der von dem Verfahren erfassten Vereinbarungen abgegrenzt.

Produktmarkt

- (141) Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst alle Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden.
- (142) Der Geschäftszweck des ARA-Systems ist die Organisation und der Betrieb eines flächendeckenden Rücknahmesystems in Österreich für gebrauchte Verpackungen. Die dem ARA-System zugrunde liegenden Vereinbarungen entfalten auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen ökonomische Wirkungen. Zudem werden im Rahmen der Verträge innerhalb des ARA-Systems sowohl einzelne Verpackungsarten als auch unterschiedliche Anfallorte der zu entsorgenden Verpackungen unterschieden. Die Prüfung auf der Grundlage von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag hinsichtlich der einzelnen Verträge
- und des jeweiligen Anfallortes der Verpackungen hat auf der Grundlage verschiedener, eigenständiger relevanter Märkte zu erfolgen.
1. *Märkte für Systeme oder Selbstentsorgerlösungen zur Sammlung und Verwertung von gebrauchten Verpackungen*
- (143) Durch den Betrieb des Sammel- und Verwertungssystems ermöglicht ARA ihren Lizenzpartnern die „Entpflichtung“ von den Verpflichtungen der VerpackVO für die kontrahierten Verpackungen (sog. Befreiungssystem) und tritt insoweit als Treuhänder ihrer Lizenzpartner gegenüber den zur Rücknahme und Verwertung verpflichteten BRG auf. Nachfrager sind die durch die VerpackVO verpflichteten Unternehmen.
- (144) Da ARA als Treuhänderin für die verpflichteten Unternehmen auftritt, ist sie gleichzeitig Nachfragerin nach der Organisationsleistung eines Befreiungssystems. Den Betrieb eines Befreiungssystems bieten die BRG an, die die Inhaber der öffentlich-rechtlichen Genehmigungsbescheide sind. Sowohl die Treuhändertätigkeit der ARA als auch der Betrieb des Befreiungssystems durch die BRG sind angebotsseitig auf derselben Ebene der Wertschöpfungskette anzuordnen. Wäre ARA nicht als Treuhänderin zwischengeschaltet, könnten die BRG die Befreiungsdienstleistung den verpflichteten Unternehmen direkt anbieten. Da ARA und die BRG insoweit auf einem einheitlichen Markt tätig sind, wird im weiteren von dem Angebot der Befreiungsdienstleistung durch das ARA-System gesprochen.
- (145) Unternehmen, die sich einem flächendeckenden Sammel- und Verwertungssystem nicht anschließen wollen, bleiben selbst für die Erfüllung der Verpflichtungen aus der VerpackVO verantwortlich. Dasselbe gilt für eingetragene Großanfallstellen hinsichtlich der bei ihnen anfallenden Verpackungen. Mit der Durchführung der ihnen obliegenden Entsorgung der gebrauchten Verpackungen können die nicht an Systemen teilnehmenden Unternehmen jedoch Dritte beauftragen. Dies führt dazu, dass diese Dritten die Organisation der individuellen Erfüllung der Sammel- und Verwertungspflichten von gebrauchten Verpackungen aus der VerpackVO (sog. Selbstentsorgerlösung) anbieten.
- (146) Es bedarf keiner abschließenden Feststellung darüber, ob Befreiungssysteme und Selbstentsorgerlösungen auf dem gleichen Markt oder auf unterschiedlichen, jedoch benachbarten Märkten tätig sind. Denn wie dargelegt wird, kommt es bei keiner dieser beiden sachlichen Marktangaben im Hinblick auf die hier zu prüfenden Vereinbarungen zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag. Insoweit kann die genaue Marktangabe hinsichtlich der Organisation der Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verpackungen offengelassen werden.

- (147) Der Markt, auf dem Befreiungssysteme und Selbstentsorgerlösungen tätig sind, kann unter der Bezeichnung „Systemmarkt“ zusammengefasst werden. Der Systemmarkt ist auf Verpackungsabfälle beschränkt, da diese aufgrund der spezifischen in der VerpackVO für die Nachfrager vorgesehenen Verpflichtungen von den sonstigen Abfällen abgrenzbar sind.
- (148) Innerhalb dieses „Systemmarkts“ sind hinsichtlich des jeweiligen Anfallortes der Verpackungen die relevanten Märkte wie folgt zu unterscheiden.
- (149) Das ARA-System bietet zum einen die Teilnahme an einem System für die Entsorgung von gebrauchten Verpackungen an, die in Haushalten des privaten Endverbrauchers und in haushaltsnahen Einrichtungen anfallen. Zum anderen bietet das ARA-System die Teilnahme an einem System für die Entsorgung von Verpackungen, die im Bereich von Großgewerbe und Industrie anfallen, an. Das ARA-System hat getrennte Genehmigungen für sein Haushalts- und Gewerbesystem erteilt bekommen.
- (150) Ein Unternehmen, das eine Befreiung von den Pflichten der VerpackVO nachfragt, bringt Verpackungen in Verkehr, die entweder im Bereich Haushalt, im Bereich Großgewerbe/Industrie oder in jeweils abgrenzbaren Mengen in beiden Bereichen anfallen. Es kann daher nur an einem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen, das für die betreffenden Anfallstellen eingerichtet ist. Aus Sicht des nachfragenden Unternehmens ist daher die Teilnahme mit Verpackungen an einem System für Haushaltsverpackungen und an einem System für Verpackungen aus dem Bereich Großgewerbe und Industrie zwecks Erreichung einer Befreiung von den Verpflichtungen der VerpackVO nicht substituierbar.
- (151) Angebotsseitig hat sich die Organisation eines Befreiungssystems zur „Entpflichtung“ der Lizenzpartner wesentlich nach den gesetzlichen Vorgaben auszurichten, die zwischen Haushalts- und Gewerbesystemen trennen und unterschiedliche Anforderungen stellen. Die Geschäftsfelder müssen organisatorisch oder zumindest rechnerisch getrennt werden (Randnummer 41) und allein Haushaltssysteme müssen eine möglichst hohe Teilnahmequote anstreben, haben eine Kontrahierungspflicht, müssen in erhöhtem Umfang Bericht erstatten und unterliegen umfangreicheren Kontrollmöglichkeiten (Randnummer 40).
- (152) Vor diesem Hintergrund gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass aus Sicht des Systembetreibers die einem Unternehmen im Rahmen eines Systems für Haushaltsverpackungen angebotene Befreiungsleistung nicht mit derjenigen funktionell austauschbar ist, die dem Unternehmen im Rahmen eines Systems für Verpackungen aus dem Bereich Großgewerbe und Industrie angeboten wird.
- (153) Eine über dargestellte Differenzierung hinausgehende Unterteilung der beiden relevanten Märkte nach einzelnen Materialfraktionen (z. B. Papier, Glas etc.) kann hier unterbleiben, da dies zu keiner anderen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag führen würde.
- (154) Die Kommission stellt daher fest, dass im Hinblick auf die Organisation von Systemen zur Entsorgung von gebrauchten Verpackungen („Systemmarkt“) der Markt für die Systeme für Haushaltsverpackungen von dem Markt für Systeme für Verpackungen aus dem Bereich Großgewerbe und Industrie zu unterscheiden ist.
2. Märkte für die Sammlung und Sortierung gebrauchter Verpackungen
- (155) Innerhalb des ARA-Systems sind einige BRG für die Organisation der Sammlung und Sortierung der gebrauchten Verpackungen verantwortlich. Da sie die Entsorgung nicht selber vornehmen, fragen sie diese Leistung nach. Anbieter der Entsorgungsleistung sind Entsorgungsunternehmen und kommunale Körperschaften (im folgenden „Entsorger“ genannt).
- (156) Bei der Sammlung und Sortierung von gebrauchten Verpackungen ist eine Trennung einerseits nach Materialfraktionen und andererseits zwischen Haushalt und Gewerbe zu untersuchen.
- (157) Bei Haushalten anfallende PPK-Verpackungen werden gemeinsam mit stoffgleichen Nichtverpackungen (Zeitungen, Zeitschriften etc.) gesammelt. Die Sammlung wird von den Gebietskörperschaften betrieben. Diese vergeben daher auch die Verträge mit den Entsorgungsunternehmen. ARO kauft lediglich bestimmte Mengen bei der kommunalen Altpapiersammlung ein. Die kommunale Altpapiersammlung bestand bereits vor Schaffung des ARA-Systems. Altpapier hat ganz überwiegend einen positiven Marktpreis. In der Regel werden die PPK-Abfälle im Bring-System in auf kommunalem Grund aufgestellten Sammelcontainern gesammelt. Sofern eine Nachsortierung vorgenommen werden muss, ist diese verhältnismäßig einfach. Aufgrund dieser Besonderheiten geht die Kommission davon aus, dass ein abgrenzbarer Markt für die Sammlung und Sortierung von bei Haushalten anfallendem Altpapier besteht, der PPK-Verpackungen ebenso wie Zeitungen, Zeitschriften und sonstiges Altpapier umfasst. Im Gewerbebereich anfallende PPK-Verpackungen werden entweder in Recyclinghöfen oder Altstoffsammelzentren entgegengenommen, an von den Systemen geschaffenen Übernahmestellen gesammelt oder an Großanfallstellen direkt abgeholt. Der Entsorger kontrahiert mit der ARO, mit Wettbewerbssystemen oder mit der Großanfallstelle. Überschneidungen mit der Haushaltssammlung ergeben sich nur in geringem Umfang.

- (158) Für die Materialfraktion Glas bestehen Besonderheiten, die ebenfalls eine Abgrenzung nach dieser Materialfraktion nahe legen. Die Altglassammlung bestand bereits vor der Schaffung des ARA-Systems. In der Regel wird Altglas im Bring-System in auf kommunalem Grund aufgestellten Sammelcontainern gesammelt. Sofern eine Nachsortierung vorgenommen werden muss, ist diese verhältnismäßig einfach. Altglas hat einen positiven Marktpreis. Die Altglassammlung beschränkt sich weitgehend auf bei Haushalten anfallendes Altglas.
- (159) Die Sammlung der Leichtverpackungen (insbesondere Kunststoff, Materialverbunde, Aluminium, Weißblech und Stahl) wird dagegen erst seit Schaffung des ARA-Systems getrennt von der Hausmüllsammlung vorgenommen. Die Sammlung erfolgt überwiegend im Hol-System in bei den Haushalten aufgestellten Tonnen oder Säcken. Leichtverpackungen aus Kunststoff und Materialverbunden haben ganz überwiegend einen negativen Marktpreis. Daraus folgt, dass sich die Bedingungen für die Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen dieser Materialfraktionen in entsorgungslogistischer Hinsicht wesentlich von denen sowohl für die Haushaltssammlung von Altpapier und Altglas als auch für die Sammlung und Sortierung von Verpackungen aus dem Bereich des Großgewerbes und der Industrie unterscheiden.
- (160) Da bei der Sammlung von Leichtverpackungen im Haushaltsbereich im Normalfall alle Haushalte unmittelbar zu entsorgen sind, ergeben sich ausgeprägte Netzefekte, d. h. umfangreiche ökonomische Skalen- und Verbundeffekte. Diese spezifischen Angebotsbedingungen haben zur Folge, dass Anfallstellen bei Haushalten im Regelfall nur von einer begrenzten Anzahl von Entsorgern kostenoptimal bedient werden können. Zudem kann bei letzteren in der Regel nur ein Erfassungsgefäß je Stoffgruppe bereitgestellt werden. Die Zahl der Anfallstellen bei Industrie und Großgewerbe ist dagegen überschaubarer und aufgrund des großen Entsorgungsvolumens auch durch verschiedene Entsorger bedienbar.
- (161) Außerdem unterscheiden sich die in Haushalten anfallenden Verkaufsverpackungen von ihrer Wertstoffbasis signifikant von den im Bereich des Großgewerbes und der Industrie anfallenden Verpackungen. Denn verschiedene Materialfraktionen fallen zusammen in geringer Menge beim privaten Endverbraucher an und werden von diesem erfasst mit der Folge, dass sie anschließend über vergleichsweise kapitalintensive Sortieranlagen sortiert werden müssen. Für Verpackungen aus Großgewerbe und Industrie, die in der Regel in großer Menge und bereits in einzelnen Materialfraktionen sortiert anfallen, sind Sortieranlagen in einer solchen technischen Konfiguration nicht erforderlich.
- (162) Vor diesem Hintergrund ist eine funktionale Austauschbarkeit der Sammel- und Sortierdienstleistungen auf dem Gebiet der beim privaten Endverbraucher erfassten Verpackungen mit denen im Bereich von Industrie und Großgewerbe nicht gegeben.
- (163) Der Markt für die Sammlung und Sortierung gebrauchter Haushaltsverpackungen ist abzugrenzen von der auch nach Verabschiedung der VerpackVO im Verantwortungsbereich der entsorgungspflichtigen Gebietskörperschaften gebliebenen Haus- und Restmüllabfuhr. Von letzterer unterscheidet sich der Markt für die Sammlung und Sortierung gebrauchter Verpackungen durch ein wesentlich erweitertes Dienstleistungsprofil, da der auf diesem Markt erbrachten materialbezogenen Sortierung der erfassten Verpackungen nach spezifischen Vorgaben und der Bereitstellung der sortierten Wertstoffe zur Weiterverwertung eine eigenständige Wertschöpfungskette zukommt, die in der Regel umfangreiche und nachfragespezifisch gebundene Investitionen in eine entsprechende Sortierinfrastruktur voraussetzt. Zudem liegt für jeden Bereich eine eigenständige Sammelinfrastruktur vor, da Haus- und Restmüll in privaten Haushalten in anderen Behältern gesammelt wird als gebrauchte Verpackungen.
- (164) Für den Haushaltsbereich können daher folgende Märkte unterschieden werden: Markt für die Sammlung von Altpapier, Markt für die Sammlung von Altglas und Markt für die Sammlung und Sortierung von Leichtverpackungen.
- (165) Im Gewerbebereich sind Nachfrager nach Entsorgungsleistungen die mit der Sammlung befassten BRG (ARGEV und ARO) sowie Wettbewerbssysteme. Systeme fragen nur Entsorgungsleistungen von Verpackungen nach und können diese Nachfrage aufgrund der gesetzlichen Anforderungen nicht durch andere Entsorgungsleistungen substituieren. Daneben kommen als Nachfrager Selbstentsorger und Großanfallstellen in Frage. Bei diesen fallen sowohl Verpackungsabfälle als auch sonstige gewerbliche Abfälle an. Wegen der besonderen Ausgestaltung der gesetzlichen Pflichten für die Verpackungsentsorgung ist diese jedoch aus der Sicht der Nachfrager nicht mit der Entsorgung sonstiger Gewerbeabfälle austauschbar.
- (166) Auch aus Sicht der Anbieter von Entsorgungsleistungen bestehen erhebliche Unterschiede zwischen der Sammlung und Sortierung gewerblicher Verpackungen und der Entsorgung sonstigen gewerblichen Abfalls. Zwar sind die entsorgungslogistischen Anforderungen (Anfallort, Sammelrhythmus, Abfalleigenschaften) teilweise vergleichbar, aber die abweichenden gesetzlichen Verpflichtungen wirken sich auch auf der Ebene der Sammlung und Sortierung aus. Verpackungsabfälle unterliegen Erfassungsvorgaben, für deren Erfüllung die Sammler und Sortierer zuständig sind. Sie müssen daher gegenüber ihren Auftraggebern die Sammlung und Vorbereitung zur Verwertung von Mindestmengen nachweisen und dokumentieren. Dies verlangt eine Planung, die nicht nur an dem anfallenden Abfall ansetzt, sondern darüber hinaus eine stetige Zuführung hinreichender Abfallmengen sicherstellen sollte. Aufgrund der Nachweisanforderungen ist zudem eine Sammlung von Verpackungen und Nichtverpackungen gleicher Materialfraktion in demselben Behälter erschwert. Dies wird

entweder vom Auftragnehmer ausgeschlossen oder es ist eine anteilige Aufteilung vorzunehmen, die den gesetzlichen Anforderungen an den Quotennachweis genügen muss.

- (167) Es ist daher davon auszugehen, dass der Markt für die Sammlung und Sortierung von gewerblich anfallenden Verpackungen von dem Markt für die Entsorgung sonstigen gewerblichen Abfalls abzugrenzen ist. Es kann offen bleiben, ob auf dem Markt für die Sammlung und Sortierung gewerblicher Verpackungen eine Unterscheidung nach Materialfraktionen vorzunehmen ist, da dies für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag nicht erheblich ist.
- (168) Nach alledem ist neben den Haushaltsmärkten ein Markt für die Sammlung und Sortierung von gebrauchten Verpackungen aus dem Bereich des Großgewerbes und der Industrie abgrenzbar. Eine darüber hinausgehende Differenzierung nach elementaren Wertschöpfungsketten (z. B. sammeln, transportieren, sortieren) kann mangels abweichender wettbewerbsrechtlicher Beurteilung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag unterbleiben.

3. Märkte für Verwertungsdienstleistungen und Sekundärrohstoffe

- (169) In die Märkte für Verwertungsdienstleistungen und/oder Sekundärrohstoffe greift das ARA-System insoweit ein, als die BRG, außer ARGEV, für die im Rahmen des Systems erfassten Wertstoffe eine den Vorgaben der VerpackVO entsprechenden Zuführung der sortierten Wertstoffe zu einer stofflichen Verwertung dauerhaft und unabhängig von der jeweiligen Marktlage organisieren. Die Verwertungsunternehmen führen als Vertragspartner der BRG die bereitgestellten Wertstoffe einer stofflichen Verwertung nach der VerpackVO zu.
- (170) Es ist davon auszugehen, dass es sich um nach Wertstofffraktionen getrennte Märkte handelt. Ferner wird auf der Verwertungsebene keine Differenzierung zwischen Haushalts- und Industrieverpackungen einer Materialfraktion vorgenommen, da die technischen und ökonomischen Anforderungen an die Verwertung weitgehend identisch sind. Aus demselben Grund können andere zur Verwertung bestimmte Produkte derselben Materialfraktion in den Verwertungsmarkt einbezogen werden. Bei PPK wären dies z. B. Zeitungen und Zeitschriften.
- (171) Ferner handelt es sich bei der reinen Organisation der Verwertung einer bestimmten Materialfraktion durch die BRG und der tatsächlichen Durchführung der Verwertung des Wertstoffs bzw. dem Angebot von Sekundärrohstoffen um verschiedene Ebenen jeweils eines Produktmarktes.

Geografischer Markt

- (172) Der geografisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesem Gebiet herrschen, abgrenzt.
- (173) Es ist davon auszugehen, dass sich die objektiven Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf den hier relevanten Märkten von jenen in anderen Gebieten des Gemeinsamen Marktes deutlich unterscheiden. Bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf die vom ARA-System erfassten Produktmärkte ist daher, soweit Systemmärkte und die Märkte für die Sammlung und Sortierung betroffen sind, das Gebiet Österreichs zugrunde zu legen.
- (174) Hinsichtlich der Märkte für Verwertungsdienstleistungen und Sekundärrohstoffe geht die Kommission davon aus, dass diese Märkte teilweise bereits deutlich durch Internationalisierungstendenzen und grenzüberschreitende Elemente geprägt sind und daher das Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraumes als relevanter geografischer Markt zugrunde zu legen ist. Insoweit kann jedoch die genaue Festlegung des relevanten geografischen Marktes letztlich offen bleiben.

VII. MARKTSTRUKTUR

- (175) Die Anzahl der Lizenzpartner des ARA-Systems betrug 1997 10 994, 1998 11 479, 1999 12 027, 2000 12 295 und 2001 12 652. Die Lizenzentnahmen der ARA beliefen sich 1997 auf 2 608,1 Mio. ATS/189,6 Mio. EUR, 1998 auf 2 673,0 Mio. ATS/194,2 Mio. EUR, 1999 auf 2 694,2 Mio. ATS/195,8 Mio. EUR, 2000 auf 2 543,3 Mio. ATS/184,8 Mio. EUR und 2001 auf 162,7 Mio. EUR
- (176) Im Haushaltsbereich stellt das ARA-System das einzige flächendeckende und alle Materialfraktionen (außer Getränkeverbundkartons) umfassende Sammel- und Verwertungssystem in Österreich dar.
- (177) Im Haushaltsbereich betreibt neben ARA lediglich die Öko-Box Sammel GmbH ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für gebrauchte Getränkeleichtverpackungen und kooperiert dabei mit der ARGEV, um eine flächendeckende Sammlung gewährleisten zu können. Außerdem betreibt die Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG ein Entsorgungssystem für Verpackungen, die im Baubereich auf Rohbauten beim privaten Letztverbraucher und im Agrarbereich beim Landwirt verbleiben.

- (178) Im Haushaltsbereich werden Selbstentsorgerlösungen nach § 3 Absatz 6 VerpackVO nicht in nennenswertem Umfang betrieben.
- (179) Im Bereich der gewerblichen und industriellen Verpackungen hat das ARA-System einige Mitbewerber, die allerdings hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit dem ARA-System vergleichbar sind. Hierbei handelt es sich um:
- „EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH“ (EVA), eine Tochter der INTERSEROH Gruppe in Deutschland, für die Entsorgung von Metall, Kunststoff, Papier, Holz, Verbunde,
 - die „Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG“ (Bonus) (frühere FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG), Kufstein, für die Entsorgung von Verpackungen aus Metall, Kunststoff, Papier, Holz und Textile Verpackungen, allerdings eingeschränkt auf Verpackungen, die bei einem gewerblichen Letztverbraucher (im Baubereich auch auf Rohbauten beim privaten Letztverbraucher und im Agrarbereich auch beim Landwirt) verbleiben,
 - die „RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft m.b.H.“, Kornneuburg, für die Entsorgung von wiederverwendbaren Weinflaschen und von Agrarfolien,
 - die „GUT Dr. Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting“ (GUT), Klosterneuburg, für die Entsorgung von Metall, Kunststoff, Papier, Holz, Verbunde, biogenen Verpackungen,
 - die „Pape Entsorgung GmbH & Co KG“, Hannover in Deutschland, für die Entsorgung von KFZ-Markenersatzteilverpackungen.
- (180) Nur die Unternehmen EVA, Bonus und GUT verfügen über eine Systemgenehmigung für den gesamten gewerblichen Bereich.
- (181) Daneben gibt es Selbstentsorgerlösungen, unter anderem für sogenannte Großanfallstellen.
- (182) Tabellen zu Lizenz- und Erfassungsmengen

Lizenzmengen / Systemmengen Verpackungsabfälle 2001 ⁽⁹⁾

	Marktmenge (Gesamtmenge der in Österreich auf den Markt gebrachten Verpackungen) in Tonnen	Lizenzmenge andere Systeme in Tonnen	Lizenzmenge ARA in Tonnen	Anteil ARA-lizenzierter Verpackungen an Gesamtmenge der in Österreich auf den Markt gebrachten Verpackungen
PPK	535 000	13 300	[...]* (*)	[... 50-60 % ...]*
Glas	230 000	0	[...]*	[... 80-90 % ...]*
Holz	70 000	1 600	[...]*	[... 65-75 % ...]*
Keramik	28	0	[...]*	[... 90-100 % ...]*
Metalle	85 000	900	[...]*	[... 50-60 % ...]*
Textil	—	34	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Kunststoff	210 000	7 100	[...]*	[... 50-60 % ...]*
MV ⁽¹⁰⁾	40 000	23 600	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Sonstige	—	54	0	[... 0-10 % ...]*
Gesamt	1 170 028	46 700	[...]*	[... 55-65 % ...]*

— = keine Angabe möglich.

(*) Vertrauliche Informationen wurden gestrichen; die betreffenden Textstellen sind in eckige Klammern gesetzt und mit einem Sternchen gekennzeichnet.

⁽⁹⁾ Angaben in dieser Tabelle laut Informationen des österreichischen Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stand 2001.

⁽¹⁰⁾ Materialverbunde.

Erfassungsmengen Verpackungsabfälle 2001 ⁽¹¹⁾

	Erfassungsmenge ARA insgesamt in Tonnen	Erfassungsmenge sonstige Systeme	Erfassungsmengen Anlage 3 (= Gewerbe)	Deponie und Verbrennung	Summe	Anteil ARA an den insgesamt erfassten Verpackungs- abfällen
PPK	297 400	11 500	102 200	92 000	503 100	59 %
Glas	174 400	0	900	39 000	214 300	81 %
Holz	15 600	600	12 100	40 000	68 300	23 %
Keramik	9	0	0	0	9	100 %
Metalle	29 500	700	4 600	27 000	61 800	48 %
Textil	7	27	300	0	334	2 %
Kunststoff	102 800	6 000	6 900	78 000	193 700	53 %
MV ⁽¹²⁾	5 000	17 200	100	5 000	27 300	18 %
Sonstige	0	45	200	0	245	0 %
Gesamt	624 716	36 072	127 300	281 000	1 069 088	58 %

VIII. BEMERKUNGEN DRITTER

Haushaltsbereich. Ferner wurde von ihnen die Reichweite der Zusagen als nicht ausreichend angesehen.

(183) Nach Veröffentlichung der Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 3 des Protokolls 21 des EWR-Abkommens haben insgesamt 8 betroffene Dritte der Kommission ihre Bemerkungen übermittelt. Diese konzentrierten sich auf die folgenden Punkte.

(184) Dritte haben vorgeschlagen, die von ARA abgegebenen Zusagen durch Auflagen abzusichern. Dies betraf insbesondere die Mitbenutzung der Sammelinfrastruktur im

(185) Weiter wurde vorgetragen, das ARA-System nehme eine Quersubventionierung des gewerblichen Bereichs auf Kosten des Haushaltsbereichs vor, um Konkurrenten aus dem Markt zu drängen. Es bestünde weder bei den Tarifen noch bei der Kalkulation eine klare Trennung zwischen den beiden Bereichen. Daher solle ARA die Tätigkeit im Gewerbebereich untersagt werden.

(186) Schließlich wurde geltend gemacht, ARA bevorzuge bestimmte Gruppen von Lizenznehmern, indem es gezielt Beiträge an diese zurückerstatte, während anderen Lizenznehmern nur die allgemeinen Tarifsenkungen zugute kämen.

(187) Das Tarifblatt wurde von der ARA nicht angemeldet. Daher sind das Tarifsystem und mögliche Quersubventionierungen nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

(188) Die Kommission hat die Bemerkungen Dritter sorgfältig geprüft und, soweit erforderlich, im Rahmen dieser Entscheidung berücksichtigt.

⁽¹¹⁾ Angaben in dieser Tabelle laut Informationen des österreichischen Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stand 2001. Laut mündlicher Auskunft des zuständigen Mitarbeiters im österreichischen Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vom Juni 2003 verteilt sich die von ARA erfasste PPK Menge zu etwa 1/3 auf den Haushaltsbereich und zu etwa 2/3 auf den Gewerbebereich; die von ARA erfassten Kunststoffmengen verteilen sich etwa zu 7/10 auf den Haushaltsbereich und zu 3/10 auf den Gewerbebereich.

⁽¹²⁾ Materialverbunde. Zu den Materialverbunden gehören auch Getränkeverbundkartons. Die Öko-Box hat 16 600 Tonnen Getränkeverbundkartons erfasst, das ARA-System hat keine Getränkeverbundkartons erfasst.

**IX. ARTIKEL 81 ABSATZ 1 EG-VERTRAG UND ARTIKEL 53
ABSATZ 1 EWR-ABKOMMEN**

(189) Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und bewirken.

Vereinbarungen zwischen Unternehmen

(190) ARA und die aus der VerpackVO verpflichteten Unternehmen üben eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Damit stellen die zwischen ARA und den verpflichteten Unternehmen abgeschlossene Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dar.

(191) Die BRG üben eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aus. Da ARA an einigen BRG jeweils nur einen Anteil in Höhe von 11 % hält, kann sie diese BRG gesellschaftsrechtlich nicht kontrollieren. Da zwischen den am ARA-System beteiligten Gesellschaften weder ein Konzernrechtsverhältnis noch ein Mutter-Tochter-Verhältnis — mit Ausnahme des AVM, dessen Anteile zu jeweils 50 % von ÖKK und ARO gehalten werden — besteht, sind sowohl die zwischen ARA und den BRG abgeschlossenen Entsorgungsverträge als auch die zwischen der ARGEV und ÖKK, ALUREC, FERROPACK und VHP abgeschlossenen Kooperationsverträge Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

(192) Zum Zwecke der tatsächlichen Erbringung der Sammel-, Sortier- und Verwertungsleistungen schließen die BRG ihrerseits Verträge mit Entsorgungsunternehmen ab. Teilweise treten als Entsorgungsunternehmen kommunale Körperschaften auf. Diese üben insoweit auch eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Sämtliche Verträge zwischen den BRG und Sammel-/Sortier- und Verwertungsunternehmen sind daher Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

Einschränkung des Wettbewerbs

1. Systemmarkt für haushaltsverpackungen

1.1. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung

(193) In den Markt für Haushaltsverpackungen greift ARA ein, indem sie mit Unternehmen Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen abschließt und diese Unternehmen dadurch für die kontrahierten Verpackungen, die anschließend in den Haushalten privater Endverbraucher erfasst werden, von ihren Rücknahme- und Verwertungspflichten aus der VerpackVO befreit.

(194) ARA verwendet unterschiedliche Varianten der Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen. Als Mustervertrag wird insoweit die „Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung für Transport-, Verkaufs- und Umverpackungen“ („ELV“) im Folgenden genauer untersucht.

Nachweis für die Inanspruchnahme eines parallelen Befreiungssystems oder einer Selbstentsorgerlösung

(195) Nach Absatz I Ziffer 2 ELV besteht lediglich dann eine Ausnahme von der Verpflichtung des Lizenzpartners, mit sämtlichen Verpackungen an den Sammel- und Verwertungssystemen des ARA-Systems teilzunehmen, wenn er einen Nachweis der Inanspruchnahme eines parallelen Befreiungssystems oder einer Selbstentsorgerlösung erbringt. Hinsichtlich der Anforderungen an diesen Nachweis hat ARA mitgeteilt, dass als Nachweis der Inanspruchnahme eines parallelen Befreiungssystems eine nach § 3 Absatz 5 VerpackVO vom Systembetreiber auszustellende Bescheinigung und als Nachweis der Inanspruchnahme einer Selbstentsorgerlösung der nach § 3 Absatz 6 Ziffer 2 VerpackVO zur Vorlage beim Umweltministerium auszustellende Rücknahmenachweis ausreichend ist (Randnummer 52).

(196) Nach Absatz II Ziffer 1 ELV bemisst sich das vom Lizenzpartner zu entrichtende Entgelt nach den von ihm im Inland in Verkehr gebrachten Verpackungen. Allerdings hat ARA mitgeteilt, dass Absatz II Ziffer 1 ELV so gehandhabt wird, dass das Lizenzentgelt nur für Verpackungen geleistet wird, für die der Lizenzpartner eine Entpflichtung durch das ARA-System anstrebt und deren Menge der Lizenzpartner demzufolge dem ARA-System nach Artikel II Ziffer 4 als Grundlage für die Berechnung des Lizenzentgelts meldet (Randnummer 55). Zudem kann der Lizenzpartner eine rückwirkende Korrektur seiner Meldungen für das abgelaufene Kalenderjahr vornehmen und eine entsprechende Lizenzentgeltverrechnung beantragen, wenn er bestimmte Mengen anderweitig entsorgt hat. Dieses flexible System der Lizenzentgeltberechnung birgt die Gefahr, dass Unternehmen, die am ARA-System teilnehmen, eine bestimmte Packstoffmenge nachträglich von der Lizenzentgeltberechnung ausnehmen, ohne eine anderweitige Entsorgung sicherzustellen. Da ARA insbesondere auch die nachträgliche Korrektur der Packstoffmeldungen akzeptiert, erscheint es aus Sicht der Kommission gerechtfertigt, wenn ARA ein Unterlaufen des flexiblen Meldesystems seitens der Lizenznehmer durch das Erfordernis eines Nachweises verhindert.

(197) Angesichts dieses Sachverhalts steht die in Absatz I Ziffer 2 ELV formulierte Nachweispflicht nicht in Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“

- (198) Eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag könnte sich ergeben, wenn die Lizenznehmer eine Lizenzgebühr für sämtliche Verpackungen, die das Zeichen „Der Grüne Punkt“ tragen, entrichten müssten. In diesem Fall ergäben sich Probleme für einen Lizenznehmer, der nur für Teilmengen die Befreiungsleistung von ARA in Anspruch nimmt oder in Österreich ganz auf die Befreiungsdienstleistung verzichtet, in anderen Mitgliedstaaten des EWR eine einheitlich gestaltete Verpackung aber mit dem „Grünen Punkt“ vertreibt. Er wäre dann dazu gezwungen, für die Mengen, mit denen er nicht am ARA-System teilnimmt, entweder eine Lizenzgebühr an ARA neben einer weiteren Lizenzgebühr an den Wettbewerber zu zahlen oder getrennte Verpackungs- und Distributionslinien einzuführen, was weder praktikabel noch wirtschaftlich wäre.
- (199) Die ELV enthält keine Regelung, nach der Verpackungen, die am ARA-System teilnehmen und in Österreich in Verkehr gebracht werden, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ tragen müssen. Ebenso wenig ist in der VerpackVO eine solche Kennzeichnungspflicht für Verpackungen, die an einem Sammel- und Entsorgungssystem teilnehmen, vorgesehen.
- (200) Darüber hinaus ist Absatz II der ELV nach Angaben von ARA so zu verstehen, dass die Zahlungsverpflichtung der Lizenzpartner nicht eine Gegenleistung für das Recht der Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ ist, sondern vielmehr das Entgelt für die vom ARA-System vermittelte Befreiungsleistung darstellt. Es handelt sich insoweit daher nicht um ein Zeichennutzungs-, sondern um ein Dienstleistungsentgelt.
- (201) Dies bedeutet, dass Unternehmen mit Teilmengen oder der Gesamtmenge ihrer mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verpackungen an einem konkurrierenden Befreiungssystem oder an einer Selbstentsorgerlösung teilnehmen können, ohne gegenüber der ARA zur Zahlung eines Lizenzentgelts verpflichtet zu sein, sofern sie die ordnungskonforme Entsorgung dieser Verpackungen gegenüber ARA nachweisen.
- (202) Um sicherzustellen, dass ARA keine sonstigen Maßnahmen gegen Unternehmen trifft, die nicht Lizenznehmer von ARA sind, jedoch aufgrund eines Vertrages mit einem Sammel- und Verwertungssystem aus einem anderen Mitgliedstaats oder aufgrund des nationalen Rechts eines anderen Mitgliedsstaates zur Kennzeichnung der von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ verpflichtet sind, hat ARA die Zusage abgegeben, dass ihrerseits kein Einwand bestehe, wenn das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf nicht ARA-lizenzierten Verpackungen angebracht ist, sofern diese nachweislich ordnungskonform verwertet werden und dies ARA nachgewiesen wird. Dies gilt sowohl bei teilweiser als auch bei vollständiger Nichtteilnahme am ARA-System. Auch bei vollständiger Nichtteilnahme am ARA-System wird ein Hinweis darauf auf der Verpackung nicht verlangt.

- (203) Angesichts dieses Sachverhalts ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen in der ELV hinsichtlich der Verwendung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ auf in Verkehr gebrachten Verpackungen nicht zu einer Behinderung gegenwärtiger oder potenzieller konkurrierender Sammel- und Verwertungssysteme bzw. Selbstentsorgerlösungen für Haushaltsverpackungen und damit nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag führen.

Ordentliches Kündigungsrecht für ausländische Lizenznehmer aus anderen Mitgliedstaaten

- (204) Artikel 7 der Richtlinie 94/62/EG verlangt, dass Rücknahmesysteme auch Importprodukten offen stehen, die keine Benachteiligung erfahren dürfen. Bei den Modalitäten und etwaigen Gebühren für den Zugang darf es nicht zu Diskriminierungen kommen. Dementsprechend ordnet § 32 Absatz 2 AWG für den Haushaltsbereich einen Kontrahierungszwang an. Folglich darf ARA das Kündigungsrecht im Grundsatz nicht ausüben. Sofern dies in den von ARA beschriebenen Ausnahmefällen (Randnummer 60) dennoch geschehen sollte, unterliegt ARA einer Missbrauchskontrolle. Vor diesem Hintergrund ist die vertragliche Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechts für ausländische Lizenznehmer nicht als spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu werten.

1.2. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Entsorgungsverträge ARA-BRG

- (205) Der zwischen ARA und ARGEV geschlossene Entsorgungsvertrag, der als Mustervertrag für die von ARA mit sämtlichen BRG abgeschlossenen Verträge angemeldet wurde, enthält in § 5 Ausschließlichkeitsklauseln sowohl zugunsten der ARA als auch zugunsten der BRG. Ferner enthält der Vertrag in § 6 Nr. 13 eine Meistbegünstigungsklausel zugunsten der ARA.

Ausschließlichkeit zugunsten der ARA

- (206) Die in § 5 Absatz 2 des Entsorgungsvertrages zwischen ARA und den BRG vorgesehenen Ausschließlichkeiten zugunsten der ARA während der Dauer des Vertrages bewirken, dass potenzielle Wettbewerber von ARA nicht mit den BRG, die Inhaber der Systemgenehmigungen sind, kontrahieren können. Dies ist jedoch keine wettbewerbsrechtlich gebotene Voraussetzung für den Eintritt auf dem Systemmarkt. Maßgeblich ist vielmehr, dass Konkurrenten Verträge mit Unternehmen schließen können, die die tatsächliche Sammlung und Sortierung vornehmen. Dieser, dem Systemmarkt nachgelagerte Markt, wird im Folgenden noch näher untersucht.

(207) Die Untersuchung der Ausschließlichkeitsklausel in § 5 des Entsorgungsvertrages ergibt, dass sie zu keiner spürbaren Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag führt.

Ausschließlichkeit zugunsten der BRG

(208) Aus der Ausschließlichkeit zugunsten der BRG für die Dauer des Vertrages nach § 5 Absatz 1 folgt, dass kein anderes Unternehmen eine BRG im ARA-System werden und folglich nicht die Treuhänderdienstleistung der ARA in Anspruch nehmen kann. Da Wettbewerber gerade statt der ARA Verträge mit den verpflichteten Unternehmen schließen wollen, ist kein Interesse an einer Inanspruchnahme der Dienstleistung der ARA erkennbar. Die Kommission kommt daher auch hier zu dem Ergebnis, dass keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag vorliegt.

(209) Darüber hinaus werden jeder der BRG bestimmte Materialgruppen und Entsorgungsschritte zugeteilt. Nach § 5 Absatz 3 des Entsorgungsvertrages verpflichtet sich die jeweilige BRG, keine aktiven Entsorgungsleistungen zu erbringen, die in den Zuständigkeitsbereich anderer BRG fallen. Dies bewirkt, dass die BRG sich untereinander keine Konkurrenz machen können, wovon zunächst die Organisation innerhalb des ARA-Systems betroffen ist. Außerhalb des ARA-Systems entfaltet diese Regelung keine über die erörterte Ausschließlichkeit hinausgehende Wirkung. Innerhalb des ARA-Systems wird zwar die Handlungsfreiheit der BRG zusätzlich beschränkt. Dies kann jedoch durch die Notwendigkeit einer eindeutigen Zuordnung und sinnvollen Spezialisierung innerhalb des Systems gerechtfertigt werden. Auf der Systemebene könnten ohne eine klare Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche die Aufgaben wie etwa die Ausschreibung der Verträge mit Sammlern, Sortierern und Verwertern oder die Sicherstellung der Einhaltung der Quotenvorgaben nicht wirksam erledigt werden. Von Bedeutung ist auch, dass die Festlegung der BRG auf ihren Aufgabenbereich keine Wirkung für die Zeit nach Vertragsende beansprucht. Die Regelung des § 5 Absatz 3 des Entsorgungsvertrages steht somit nicht im Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

Meistbegünstigungsklausel

(210) Zu prüfen ist ferner, ob die in § 6 Nr. 13 des Entsorgungsvertrages zwischen ARA und den BRG enthaltene Meistbegünstigungsklausel, wonach die BRG ihre Leistungen einem Dritten nicht zu günstigeren Bedingungen anbieten oder für einen Dritten nicht zu günstigeren Bedingungen durchführen werden als für die ARA bzw. deren Lizenznehmer, eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag auf dem Systemmarkt darstellt. Die Meistbegünstigungsklausel kann neben der Ausschließlichkeitsklausel keine eigenständige Wirkung entfalten, da es der BRG aufgrund letzterer untersagt ist, mit einem anderen Sammelsystem als der ARA zusammenzuarbeiten. Die Frage nach günstigeren Bedingungen stellt sich daher

grundsätzlich nicht. Daher kann die Meistbegünstigungsklausel auch für sich genommen keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.

1.3. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Kooperationsvereinbarung ARGEV-BRG

(211) Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte in der zwischen ARGEV und ÖKK/ALUREC geschlossenen Ausschließlichkeitsklausel zugunsten der ARGEV dann liegen, wenn dadurch der Markteintritt potenzieller Konkurrenten verhindert würde. Nach Absatz 15 des Entsorgungsvertrages von ARGEV mit der für die Organisation und Verwertung von Plastikverpackungen zuständigen ÖKK verpflichten sich die Vertragspartner, während der Dauer des Vertrages außerhalb des ARA-Systems kein anderes Sammel- und Verwertungssystem im Sinne der Verpackungsverordnung zu errichten, zu betreiben oder daran teilzunehmen, außer mit Genehmigung des anderen Vertragspartners. Die Vereinbarung zwischen ARGEV und ALUREC sieht in Absatz V eine inhaltlich gleichartige Ausschließlichkeit vor.

(212) Potenziellen Wettbewerbern bleibt somit die organisatorische Ebene der Verwertung bzw. Vermarktung von Sekundärrohstoffen verschlossen, nicht aber der Zugang zu diesem Markt. Die Organisationsstruktur kann seitens eines Konkurrenten selbst aufgebaut werden. Insbesondere bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es Hindernisse im Hinblick auf Vertragsabschlüsse möglicher Konkurrenten des ARA-Systems mit den Verwertern gäbe. Es liegt keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag durch die Ausschließlichkeitsklausel zugunsten der ARGEV vor.

2. Systemmarkt für verpackungen aus dem bereich grossgewerbe und industrie

2.1. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen (ELV)

(213) Die ELV findet sowohl auf die Lizenzierung von Haushaltsverpackungen als auch auf Verpackungen aus dem Bereich Großgewerbe und Industrie Anwendung.

(214) Daher gilt die unter Ziffer 1.1 (Randnummern 193 ff.) dargestellte Analyse der Bestimmungen der ELV hinsichtlich des Nachweises für die Inanspruchnahme eines parallelen Befreiungssystems oder einer Selbstentsorgerlösung gleichermaßen für Verpackungen aus dem Bereich von Großgewerbe und Industrie. Die Zusage zur Nutzung des „Grünen Punktes“ kann zur Anwendung gelangen, sofern eine Verpackung in einem anderen Mitgliedsstaat zumindest auch im Haushaltsbereich anfällt und daher den „Grünen Punkt“ tragen muss.

(215) Aus diesem Grund kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die relevanten Bestimmungen in der ELV zu keiner Wettbewerbsbeschränkung auf dem Systemmarkt für Verpackungen aus dem Bereich Großgewerbe und Industrie führen und als solche nicht von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst werden.

2.2. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Entsorgungsverträge ARA-BRG

(216) Die Entsorgungsverträge von ARA mit den BRG, für welche der zwischen ARA und der ARGEV geschlossene Vertrag als Muster angemeldet wurde, betreffen sowohl die Entsorgung der Verpackungen aus dem Haushaltsbereich als auch aus dem Gewerbebereich. Insofern sei auf die unter Randnummern 206 ff. erfolgte rechtliche Beurteilung der problematischen Ausschließlichkeitsklauseln im Haushaltsbereich verwiesen. Ebenso wie im Haushaltsbereich führen auch im Gewerbebereich die untersuchten Klauseln im Ergebnis nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

2.3. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Kooperationsvereinbarungen ARGEV-BRG

(217) In den Kooperationsvereinbarungen von ARGEV mit den BRG, für welche als Muster die Vereinbarung zwischen ARGEV und ÖKK sowie ARGEV und ALUREC angemeldet wurden, wird nicht zwischen dem Haushalts- und Gewerbebereich unterschieden. Es ergeben sich keine Unterschiede zu der rechtlichen Würdigung im Rahmen der Untersuchung des Marktes für Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen (Randnummern 211 f.). Aus den dort genannten Gründen stellen die in den Verträgen enthaltenen beidseitig wirkenden Ausschließlichkeitsklauseln keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

3. Markt für die Sammlung und Sortierung gebrauchter Haushaltsverpackungen

(218) In den Markt für die Sammlung und Sortierung gebrauchter Leichtverpackungen, die bei Haushalten anfallen, greift das ARA-System insbesondere durch die Regionalpartnervereinbarung der ARGEV mit Sammlern und Sortierern ein.

(219) In den ab dem 1. Januar 2002 geltenden Vereinbarungen der ARGEV hat diese mit den Entsorgern getrennte Verträge für die Sammlung und die Sortierung der Verpackungen abgeschlossen.

3.1. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Regionalpartnervereinbarung ARGEV — Sammlerpartner

Ausschließlichkeit zugunsten der Sammlerpartner

(220) Die Sammlerpartnervereinbarung wird jeweils zwischen ARGEV und einem Sammlerpartner im Hinblick auf eine bestimmte Erfassungsregion geschlossen, für welche der Sammlerpartner ausschließlich zuständig ist.

(221) Aufgrund der von ARGEV eingegangenen Verpflichtung, sämtliche Sammeldienstleistungen während des Vertragszeitraums ausschließlich bei einem Entsorger für das entsprechende Vertragsgebiet nachzufragen, werden vor dem Hintergrund der überragenden Marktstellung des Nachfragers ARGEV (siehe Randnummer 182) anderen Anbietern von Sammeldienstleistungen für Haushaltsleichtverpackungen wichtige Angebotsmöglichkeiten entzogen.

(222) Die Beauftragung nur jeweils eines Sammlerpartners je Entsorgungsregion bewirkt eine Selbstbeschränkung der ARGEV in der Nachfrage nach Sammeldienstleistungen für Haushaltsleichtverpackungen. Diese Beschränkung hat zur Folge, dass konkurrierende Anbieter von Sammeldienstleistungen für Haushaltsleichtverpackungen vom Angebot gegenüber dem maßgeblichen Nachfrager nach derartigen Dienstleistungen ausgeschlossen sind und dadurch angebotsseitig der Wettbewerb zwischen den Sammlerpartnern in den jeweiligen Vertragsgebieten eingeschränkt wird. Auch wenn in den ab dem Jahr 2002 geltenden Verträgen die Sammlung von der Sortierung vertraglich getrennt wurde, besteht eine Nachfragebündelung durch das ARA-System. Es kommt hinzu, dass die Sammler gleichzeitig noch im Gewerbebereich für das ARA-System aufgrund einer einheitlichen Sammlerpartnervereinbarung tätig werden.

(223) Die Verträge der ARGEV mit den Sammlerpartnern enthalten grundsätzlich keine zeitliche Beschränkung und lediglich eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit nach drei Jahren. Im Rahmen der in Randnummer 139 genannten Zusage 4 hat sich ARGEV verpflichtet, ihre Verträge mit den Entsorgungspartnern zum Ablauf einer Vertragsdauer von drei Jahren zu kündigen, sofern sich die Vertragsparteien nicht einvernehmlich auf eine Verlängerung der Vertragsdauer um höchstens zwei Jahre einigen. Auf jeden Fall wird ARGEV nach Ablauf einer Vertragsdauer von fünf Jahren die Leistungsverträge erneut in einem objektiven Verfahren vergeben. Auch wenn durch diese Zusage verhindert wird, dass sich die Vertragsparteien auf unbestimmte Zeit binden, ist eine Vertragslaufzeit von bis zu 5 Jahren möglich. Damit wird den ausgeschlossenen Entsorgern der entscheidende Nachfrager für einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren entzogen, was den Wettbewerb im Vertragsgebiet merklich einschränkt.

Spürbarkeit

- (224) Die Ausschließlichkeit zugunsten der Sammelpartner verstößt jedoch nur dann gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag, wenn sie den Wettbewerb in spürbarem Ausmaß beeinträchtigt. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung wird dabei vor allem von der Stellung der Vertragspartner auf dem relevanten Markt und von der Laufzeit der Ausschließlichkeitsbindung bestimmt.
- (225) ARGEV hat für insgesamt 64 Vertragsgebiete eine Sammelpartnervereinbarung abgeschlossen und damit ein Netz von Verträgen geschaffen, das ganz Österreich abdeckt. Allein das ARA-System verfügt damit gegenwärtig über ein flächendeckendes und alle Materialfraktionen umfassendes Sammel- und Verwertungssystem im Bereich der haushaltsnahen Verpackungen in Österreich und ist von daher sowohl österreichweit als auch in der jeweiligen Sammelregion der maßgebliche Nachfrager nach derartigen Entsorgungsleistungen. Im Bereich der Haushaltsleichtverpackungen hat allein die Öko-Box ein Wettbewerbssystem installiert. Dieses ist allerdings auf Getränkeverbundkartons beschränkt, welche sich auf etwa 20 % der gesamten bei Haushalten anfallenden Leichtverpackungsmenge belaufen (vergleiche Randnummer 182).
- (226) Da ARGEV den gesamten relevanten geografischen Markt mit einem Netz gleichartiger Verträge überzogen hat, folgt aus der Bündelung der darin enthaltenen Ausschließlichkeitsbindungen, dass der Marktzutritt Dritter für die Laufzeit der Verträge verhindert wird. Die kumulative Wirkung der Gesamtheit der Verträge führt zu einer Marktabschlusswirkung für die ausgeschlossenen Entsorgungsunternehmen.
- (227) Angebotsseitig ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass insbesondere raumökonomische und entsorgungslogistische Gründe der Errichtung einer weiteren, neben der von den ARGEV-Sammelpartnern betriebenen Erfassungsstruktur beim privaten Endverbraucher entgegenstehen (vgl. Randnummern 160, 281 ff.). Auch die Öko-Box nutzt teilweise die Sammelinfrastruktur der ARGEV-Entsorger mit. Alternative Angebotsmöglichkeiten für ausgeschlossene Sammeldienstleister müssen daher gegenwärtig als eher unwahrscheinlich bezeichnet werden. Vielmehr wird realistischerweise ein potenziell mit ARA konkurrierendes Befreiungssystem mit jenen Sammelpartnern zusammenarbeiten, die bereits gegenwärtig die Sammlung der Verpackungen für das ARA-System im Rahmen der Sammelpartnervereinbarung erbringen. Vor diesem Hintergrund muss es als unwahrscheinlich angesehen werden, dass sich während der Laufzeit der Sammelpartnervereinbarung in den jeweiligen Vertragsgebieten in spürbarem, d. h. erheblichem Umfang, neue Angebotsmöglichkeiten auf dem relevanten Markt für ausgeschlossene Sammeldienstleister ergeben.
- (228) Bedeutend für die Beurteilung der Auswirkungen der Ausschließlichkeitsbindung auf den Wettbewerb ist auch deren Laufzeit. Aufgrund der von ARGEV abgegebenen Zusage 4 (Randnummer 139) müssen zukünftig die Sammelpartnervereinbarungen nach spätestens fünfjähriger Vertragslaufzeit neu ausgeschrieben werden. Dies bewirkt einen entsprechend langen Ausschluss von zentralen Angebotsmöglichkeiten für andere, bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigte Anbieter von Sammeldienstleistungen.
- (229) Daher kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die in den Sammelpartnervereinbarungen enthaltene Ausschließlichkeit zugunsten der jeweiligen Entsorgungspartner den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt.
- Zugang zu den Sammeleinrichtungen der Sammelpartner
- (230) Aufgrund des in Randnummer 227 ausgeführten Engpasscharakters der haushaltsnahen Erfassungsinfrastruktur kommt dem ungehinderten und freien Zugang von Wettbewerbern des ARA-Systems zu diesen Einrichtungen eine besondere Bedeutung für den Wettbewerb zu. Eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag läge insbesondere dann vor, wenn die Sammelpartnervereinbarung so ausgestaltet wäre, dass die Wettbewerber des ARA-Systems vom Zugang zur Entsorgungsinfrastruktur ausgeschlossen sind.
- (231) Die Leistungsverträge enthalten keine Ausschließlichkeitsklausel zugunsten von ARGEV, so dass die Entsorger ihre Leistungen auch für andere Befreiungssysteme oder im Rahmen von Selbstentsorgerlösungen anbieten können. Den Verzicht auf eine Ausschließlichkeitsklausel zugunsten von ARGEV hat ARGEV in der unter Randnummer 139 wiedergegebenen Zusage 3 bekräftigt.
- (232) Zu prüfen bleibt, ob die Sammelpartnervereinbarung einer Mitbenutzung der Sammelgefäße der Sammelpartner durch Wettbewerber des ARA-Systems entgegensteht.
- (233) Problematisch könnte insoweit die Eigentumsklausel in Absatz 2.5.2 der Sammelpartnervereinbarung sein, wonach der Sammelpartner die Verpackungen für die ARGEV übernimmt und daher mit ARGEV-Sammelware nur in der nach der Vereinbarung vorgesehenen Weise verfahren darf. Ferner zahlt ARGEV ein Entgelt zum Ausgleich der Kosten der Sammelbehälter und behält sich vor, dass die Aufstellung in Absprache mit ihr zu geschehen hat. Aus diesen Bestimmungen könnte ARGEV eine gewisse Kontrolle der Sammelbehälter ableiten, sie schließen aber eine Mitbenutzung nicht ausdrücklich aus. Außerdem hat ARGEV erklärt, dass der Entsorger nicht daran gehindert sei, Volumen in

demselben Behälter für ein anderes System bereitzuhalten, sofern dadurch nicht die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber ARGEV beeinträchtigt wäre (Randnummer 103). Hinsichtlich der Eigentumsklausel hat ARGEV klargestellt, dass diese sich nur auf die für ARA lizenzierten Verpackungsmengen bezieht und damit nicht verhindert, dass Wettbewerber des ARA-Systems auf die für sie im Rahmen der Mitbenutzung der Entsorgungseinrichtungen gesammelten Verpackungen uneingeschränkt zurückgreifen können. Die Eigentumsklausel ist demnach so auszulegen, dass sie einer Aufteilung der in einem Behälter für mehrere Systeme gesammelten Verpackungsmengen nicht entgegensteht.

- (234) Demnach kann nicht dargelegt werden, dass Bestimmungen der Sammelpartnervereinbarung die Entsorger daran hindern, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenutzung der Sammelgefäße abzuschließen und zu erfüllen. Die Einschränkungen der Zusage 3 zur Mitbenutzung begründen jedoch die Gefahr, dass ARGEV ohne konkrete Anknüpfung an eine Bestimmung der Sammelpartnervereinbarung versuchen könnte, den Sammelpartnern die Öffnung der Sammelgefäße für Wettbewerber zu erschweren. Diese Gefahr ist zu berücksichtigen, wenn über das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen für die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammelpartner entschieden wird (siehe Randnummern 278 ff.).

3.2. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Regionalpartnervereinbarung ARGEV — Sortierpartner

- (235) Aufgrund der Trennung in Sammel- und Sortierpartnervereinbarung seit dem 1. Januar 2002 können Sammel- und Sortierpartner jeweils unterschiedliche Unternehmen sein. Inhaltlich ähneln die Verträge von ARGEV mit den Sortierpartnern denen mit den Sammelpartnern.
- (236) Die Sortierpartnervereinbarung sieht in Absatz 5 die gleiche Vertragsdauer wie die Sammelpartnervereinbarung vor. Ferner wird je Sammelregion ebenfalls nur ein Sortierpartner von ARGEV für die Sortierung von gebrauchten Verkaufsverpackungen beauftragt. Die unter Randnummer 139 aufgeführte Zusage 4 hinsichtlich der Vertragslaufzeit sowie der Neuausschreibung spätestens nach Ablauf von fünf Jahren Vertragslaufzeit gilt auch für die Sortierpartnervereinbarung. Zur rechtlichen Würdigung dieser Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sortierpartner wird insoweit auf die Ausführungen zu der Sammelpartnervereinbarung verwiesen. Im Ergebnis stellt auch die in der Sortierpartnervereinbarung enthaltene Ausschließlichkeit eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

3.3. Beschränkung des Wettbewerbs durch Vereinbarungen der ARO mit den Gebietskörperschaften

- (237) ARO hat mit den Gebietskörperschaften eine Vereinbarung bezüglich des Betriebs der kommunalen Altpapiersysteme für Papierverpackungen aus Haushalten und Einrichtungen mit vergleichbarem Verpackungsabfallaufkommen abgeschlossen. Nach dieser Vereinbarung erbringen die Gebietskörperschaften jedoch nicht ihre Sammeldienstleistungen für ARO, sondern betreiben jeweils eine eigene kommunale Altpapiersammlung und -entsorgung, die auch Nichtverpackungen (z. B. Zeitungen und Zeitschriften) umfasst. Im Bereich der haushaltsnahen Sammlung von Verpackungen aus Papier, Pappe und Karton beschränkt sich ARO darauf, Mengen der kommunalen Sammlung einzukaufen. In der Vereinbarung mit den Gebietskörperschaften sind keine Bestimmungen vorgesehen, die es ausschließen, dass ein anderes Sammel- und Verwertungssystem die Gefäße der kommunalen Altpapiersammlung mitbenutzen. Den Gebietskörperschaften bleibt es daher unbenommen, auch mit Wettbewerbern von ARO Verträge über die Sammlung und Verwertung von Papierverpackungen zu schließen.
- (238) Bei diesem Sachverhalt kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die von ARO mit den Gebietskörperschaften geschlossene Vereinbarung keine wettbewerbsbeschränkenden Klauseln enthält und folglich nicht im Widerspruch zu Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag steht.

4. Markt für die Sammlung und Sortierung von Gewerbeverpackungen

- (239) In den Markt für Sammlung und Sortierung von Gewerbeverpackungen greift das ARA-System insbesondere durch die zwischen den BRG und Sammel-/Sortierpartnern geschlossenen Regionalpartnervereinbarungen ein.
- (240) Die von ARGEV und ARO zur tatsächlichen Umsetzung der in der VerpackVO festgelegten Anforderungen an Sammel- und Verwertungssysteme mit den Sammel- und Sortierpartnern abgeschlossenen Verträge umfassen die Gewerbeverpackungen.
- ### 4.1. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Regionalpartnervereinbarung ARGEV — Sammelpartner
- (241) Die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammelpartner ist auch für den Bereich der Sammlung gewerblicher Verpackungen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu überprüfen.

- (242) Aufgrund der von ARGEV eingegangenen Verpflichtung, sämtliche Sammeldienstleistungen auch im gewerblichen Bereich ausschließlich bei einem Entsorger nachzufragen, werden anderen konkurrierenden Anbietern von Sammeldienstleistungen für gewerbliche Verpackungen Angebotsmöglichkeiten entzogen und so der Wettbewerb zwischen den Sammelpartnern/Entsorgungsunternehmen im gewerblichen Bereich eingeschränkt.
- (243) Anders als im Bereich der Entsorgung für Haushaltsverpackungen ist ARGEV auf dem Markt für Gewerbeverpackungen und sonstigen gewerblichen Abfall allerdings nicht der ganz überwiegende Nachfrager nach Entsorgungsleistungen. Hinsichtlich gewerblicher Verpackungen bestehen weitere Systeme, die ebenfalls als Nachfrager nach Entsorgungsleistungen auf dem Markt auftreten. Die Entsorgungsunternehmen können ihre Sammeldienstleistungen auch den Großanfallstellen anbieten.
- (244) Auch wenn ARGEV nicht der ganz überwiegende Nachfrager nach Entsorgungsleistungen im gewerblichen Bereich ist, so sind doch im Bereich der gewerblichen Verpackungen die konkurrierenden Sammel- und Verwertungssysteme sowie die Großanfallstellen hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit dem ARA-System vergleichbar (vgl. Randnummer 182). Es ist daher davon auszugehen, dass die Ausschließlichkeitsbindung den Entsorgungsunternehmen nicht unbedeutende Angebotsmöglichkeiten entzieht und daher spürbare Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt für Entsorgungsleistungen für gewerbliche Verpackungen hat.
- (245) Da die Sammelpartnervereinbarung einen einheitlichen Vertrag sowohl für die Sammlung von Verpackungen aus dem Bereich Haushalt als auch aus dem Gewerbebereich vorsieht, ist es Entsorgungsunternehmen nur dann möglich, Sammelpartner von ARGEV für gewerbliche Verpackungen zu werden, wenn das Unternehmen gleichzeitig in der Lage ist, die Infrastruktur für die Haushaltssammlung zur Verfügung zu stellen. Kleine, nicht so leistungsstarke Entsorgungsunternehmen werden daher in ihrem Leistungsangebot an ARGEV behindert. Eine solche Regelung stellt eine Verstärkung der beschriebenen Wettbewerbsbeschränkung dar.
- (246) Ferner ist für die Beurteilung der Auswirkungen der Ausschließlichkeit auf den Wettbewerb auch die Laufzeit der Sammelpartnervereinbarungen bedeutend. Aufgrund der von ARGEV abgegebenen Zusage müssen die Vereinbarungen spätestens nach fünfjähriger Laufzeit neu ausgeschrieben werden. Das führt dazu, dass Anbieter von Entsorgungsleistungen für diesen Zeitraum von nicht unbedeutenden Angebotsmöglichkeiten ausgeschlossen sind.
- (247) Danach ist festzustellen, dass die Ausschließlichkeitsbindung für den genannten Vertragszeitraum im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Sammlung und Sortierung von Gewerbeverpackungen darstellt.
- 4.2. *Beschränkung des Wettbewerbs durch die Regionalpartnervereinbarung ARGEV-Sortierpartner*
- (248) Auch die Sortierpartnervereinbarung regelt sowohl den Haushalts- als auch den Gewerbebereich.
- (249) Bezüglich der Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sortierpartner kann auf die unter den Randnummern 241 ff. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Im Ergebnis ist ein Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu bejahen.
- 4.3. *Beschränkung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung ARO-Sammelpartner*
- (250) Die Vereinbarung der ARO mit den Sammelpartnern für im Gewerbebereich anfallende PPK-Verpackungen enthält eine Ausschließlichkeit zugunsten der Sammelpartner mit einer durch die Zusage begrenzten Vertragslaufzeit von maximal fünf Jahren. Durch diese Klausel ist den ausgeschlossenen Anbietern für Sammeldienstleistungen im Gewerbebereich ARO als ein wichtiger Nachfrager entzogen. Zwar bestehen auch hinsichtlich der Sammlung von Verpackungen aus PPK weitere Systeme, die ebenfalls als Nachfrager nach Entsorgungsleistungen auf dem Markt auftreten. Doch auch für den Bereich der PPK-Entsorgung gilt, dass die konkurrierenden Sammel- und Verwertungssysteme hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht mit dem ARA-System vergleichbar sind (vgl. Randnummer 182). Es ist daher davon auszugehen, dass durch die Ausschließlichkeitsbindung den Entsorgungsunternehmen nicht unbedeutende Angebotsmöglichkeiten entzogen sind. Damit liegt eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Produktmarkt im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag vor.
5. *Märkte für Verwertung und Vermarktung der Sekundärrohstoffe*
- (251) In den Markt für Verwertung und Vermarktung der Sekundärrohstoffe greift ARA ein, indem die jeweiligen BRG die stoffliche Verwertung des im System erfassten Verpackungsmaterials organisieren. Dabei ist ARGEV für Leicht- sowie Metallverpackungen aus Haushalten und vergleichbaren Einrichtungen sowie für Verpackungen aus Kunststoff, Metallverbunden, Holz, textilen Faserstoffen und Keramik aus betrieblichen Anfallstellen zuständig und ARO für Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe, Wellpappe aus dem Haushalts- wie auch dem Gewerbebereich zuständig.

(252) Es ist zu prüfen, inwiefern sich die in den Verträgen zwischen ARGEV bzw. ARO und den Sammelpartnern enthaltene Lenkung des Verpackungsstroms auf dem Verwertungs- und Vermarktungsmarkt auswirkt und ob sie mit Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag vereinbar ist.

5.1. Vereinbarung der ARGEV/ARO-Sammelpartner

(253) Nach den Vereinbarungen der ARGEV und der ARO mit den Sammelpartnern dürften die Sammelpartner über die Verpackungen nur in einer in der Vereinbarung vorgesehenen Art und Weise verfügen, was die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Wahl der Sortieranlagen, Umladestationen und Verwertungsunternehmen beinhaltet (Artikel 2.5.2 i.V.m. 2.2.5 der ARGEV Vereinbarung und Artikel 2.8 der ARO-Vereinbarung).

(254) Nach der von ARO mit den Gebietskörperschaften geschlossenen Vereinbarung, die sich hauptsächlich auf die Sammlung von Verpackungen aus dem Haushaltsbereich bezieht, darf die Gebietskörperschaft über die Papierverpackungen auf keine andere als die von ARO bestimmte Weise verfügen (Absatz 3.7).

(255) Die in den Vereinbarungen zwischen ARGEV bzw. ARO und den Sammelpartnern enthaltene Lenkung des Verpackungsstroms schränkt die Sammelpartner nicht in ihren Verfügungs- oder Verwertungsmöglichkeiten ein, da sie zu keinem Zeitpunkt Eigentum an den Verpackungen erwerben. ARGEV und ARO verfügen über die in ihrem Eigentum stehenden Verpackungen.

(256) Die Möglichkeit einer Marktabschottung durch die Vereinbarungen ist vor dem Hintergrund der Marktstellung der jeweiligen BRG auf den betroffenen Märkten für Verwertung- und Vermarktung von Sekundärrohstoffen und unter Berücksichtigung der Struktur der Märkte zu verneinen.

(257) Der Marktanteil der Ferropack Recycling GmbH für Verpackungen aus FE-Metallen (Weißblech und Stahl) liegt unter 10 % und derjenige der ALUREC für Aluminiumverpackungen nur bei 1,7 %. Die jährliche Verwertungsmenge der ARO für Verpackungen aus Papier, Karton, Pappe und Wellpappe beträgt 22 % des gesamtösterreichischen Aufkommens. Aufgrund dieser niedrigen Marktanteile kann nicht von einer Marktabschlusswirkung auf diesen Materialgebieten ausgegangen werden.

(258) Einzig im Bereich der Materialfraktion Kunststoffe liegt der Marktanteil der zuständigen BRG, ÖKK, an der jährlichen Verwertungsmenge bei 40 %. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Materialfraktion im Gegensatz zu anderen, wie etwa Glas oder Papier, bis zur Verabschiedung der VerpackVO und Errichtung des ARA-Systems Bestandteil der traditionellen Hausmüllabfuhr war und nicht separat erfasst und verwertet wurde.

Durch die VerpackVO wurde somit ein neues, umweltpolitisch motiviertes unternehmerisches Tätigkeitsfeld im Bereich der Erfassung und Verwertung von Kunststoffverpackungen geschaffen. Allerdings weisen die meisten im Rahmen des ARA-Systems gesammelten Kunststofffraktionen keinen positiven Marktwert auf, so dass die ÖKK für die ordnungsgemäße Verwertung dieser Materialien Zuzahlungen zu leisten hat. Aufgrund dieser Struktur des Verwertungsmarktes in Bezug auf die Kunststoffmaterialfraktion ist eine Wettbewerbsbeschränkung bedingt durch den Marktanteil der ÖKK nicht festzustellen.

(259) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Entsorgungswirtschaft, soweit sie Teil des Vereinsausschusses der ARGEV ist, kein Stimmrecht hat und von der Teilnahme an Sitzungen, die Rechtsgeschäfte zwischen der Verwertungs-BRG und Vereinsmitgliedern betreffen, ausgeschlossen ist. Insoweit ist keine Einflussnahme der Entsorgungswirtschaft zu ihren Gunsten möglich.

(260) Vor diesem Hintergrund kommt die Kommission zu der Erkenntnis, dass die relevanten Bestimmungen der Vereinbarungen zwischen ARGEV bzw. ARO und den Sammelpartnern zu keiner spürbaren Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag auf dem relevanten Produktmarkt für Verwertung und Vermarktung von Sekundärrohstoffen führen.

5.2. Vereinbarungen ARGEV-BRG

(261) In den Verträgen zwischen ARGEV und ÖKK/ALUREC ist auch jeweils eine Ausschließlichkeitsklausel zugunsten letzterer vorgesehen, wonach sich ARGEV verpflichtet, die gesammelten Verpackungen während der Dauer des Vertrages keinem dritten Unternehmen zu übergeben. Die Folge ist, dass kein anderes Unternehmen auf der Ebene der Organisation der Verwertung für die ARGEV tätig werden kann. Die Erbringung der tatsächlichen Verwertungsleistungen für das ARA-System wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Die Verträge der Verwertungs-BRG mit den Verwertungsunternehmen, die die eigentliche Verwertung vornehmen, werden durch jährliche Ausschreibungsverfahren vergeben. Ferner sprechen die geringen Marktanteile der Verwertungs-BRG auf dem Gesamtmarkt für Verwertung und Vermarktung von Sekundärrohstoffen für die Annahme, dass die Ausschließlichkeitsklauseln keine Marktabschottung zur Folge haben.

(262) Die in den Verträgen der ARGEV mit ÖKK und ALUREC enthaltene Ausschließlichkeitsklausel zugunsten der Verwertungs-BRG führt demnach zu keiner spürbaren Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt der Verwertung und Vermarktung von Sekundärrohstoffen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten

- (263) Da die Ausschließlichkeitsbindungen zugunsten der Sammel- und Sortierpartner in den Sammel- und Sortierpartnervereinbarungen der ARGEV und der ARO wettbewerbsbeschränkend wirken, ist zu prüfen, ob sie geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.
- (264) ARGEV und ARO haben für 64 Vertragsgebiete Sammelpartnervereinbarungen mit einer Ausschließlichkeitsbindung abgeschlossen und damit ein ganz Österreich abdeckendes Entsorgungnetz für die Sammlung gebrauchter Verpackungen errichtet. Während der Vertragsdauer wird dadurch anderen Sammeldienstleistern, insbesondere solchen aus anderen Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes, der Marktzutritt erheblich erschwert. Die Ausschließlichkeitsbindung wirkt sich in hohem Maße negativ auf die Möglichkeit ausländischer Entsorger, sich auf dem relevanten Märkten für Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen und Gewerbeabfällen zu etablieren, aus. Folglich kann die in der Sammelpartnervereinbarung enthaltene Ausschließlichkeitsbindung den Handel zwischen Mitgliedsstaaten spürbar beeinträchtigen.
- (265) Aus den genannten Gründen kann auch die in der Sortierpartnervereinbarung enthaltene Ausschließlichkeitsbindung den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen.

Ergebnis

- (266) Die Untersuchung der Ausschließlichkeitsbindung in der Sammel- und Sortierpartnervereinbarung zugunsten der Sammel- und Sortierdienstleistungsunternehmen ergibt, dass der Marktzutritt in- und ausländischer Entsorger auf dem relevanten Markt in bedeutendem Maße erschwert und damit ein erheblicher Beitrag zur Marktabschottung eines wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes geleistet wird. Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag ist folglich auf die in der Sammel- und Sortierpartnervereinbarung enthaltene Ausschließlichkeitsbindung anwendbar.

X. ANWENDUNG VON ARTIKEL 81 ABSATZ 3 EG-VERTRAG UND ARTIKEL 53 ABSATZ 3 EWR-ABKOMMEN

- (267) Da die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammel- und Sortierpartner in der Sammel- und Sortierpartnervereinbarung unter den Tatbestand des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag fällt, ist zu prüfen, ob die Bestimmung die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag erfüllt. Im folgenden werden die positiven Effekte, die die nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag unzulässige Ausschließlichkeitsbindung der Sammelpartnervereinbarung mit sich bringen kann, gegen die wettbewerbsbeschränkende Auswirkung dieser Bindung abgewogen.

1. Markt für die Sammlung und Sortierung Gebrauchter Haushaltsleichtverpackungen

1.1. Regionalpartnervereinbarung ARGEV-Sammelpartner

Verbesserung der Warenerzeugung/-verteilung oder Förderung des technischen/wirtschaftlichen Fortschritts

- (268) ARA betreibt gegenwärtig das einzige flächendeckende Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen in Österreich und hat ihrem Unternehmenszweck zufolge die Umsetzung staatlicher und gemeinschaftlicher Umweltpolitik auf dem Gebiet der Vermeidung, Wiederverwendung und Verwertung von Verpackungsabfall zum Ziel. Die Sammelpartnervereinbarung dient somit sowohl der Umsetzung der Vorgaben der österreichischen VerpackVO als auch der Umsetzung der gemeinschaftlichen Richtlinie 94/62/EG. Der Zweck dieser Rechtsakte ist die Vermeidung und Verringerung der Auswirkungen von Abfällen aus Verpackungen auf die Umwelt und damit die Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus.
- (269) Die zwischen der ARGEV und den Sammelpartnern abgeschlossene Sammelpartnervereinbarung hat die operative Umsetzung dieser umweltpolitischen Vorgaben im Bereich der Sammlung gebrauchter Leichtverpackungen zum Ziel. Sie stellt eine Voraussetzung dafür dar, dass ARA und ARGEV die im Rahmen der Systemtätigkeit übernommenen Verpflichtungen erfüllen können. Zu diesem Zweck verlangt die Sammelpartnervereinbarung den Aufbau einer mit erheblichen Investitionen verbundenen Sammellogistik (Randnummern 160 f.). Die regelmäßige Erfassung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher nach bestimmten Wertstofffraktionen dient von daher der unmittelbaren Umsetzung umweltpolitischer Vorgaben.
- (270) Die untersuchte Ausschließlichkeitsbindung ermöglicht es den Vertragspartnern, ihre Leistungen langfristig zu planen und zu organisieren. Da im Bereich der Erfassung gebrauchter Haushaltsleichtverpackungen aufgrund der Existenz der unter Randnummer 160 genannten positiven Netzwerkeffekte umfangreiche Größen- und Verbundvorteile realisiert werden können, führt die Beauftragung eines einzigen Entsorgers im Vertragszeitraum je Vertragsgebiet zu Effizienzgewinnen. Dem Leistungsnachfrager ARA/ARGEV wird gleichzeitig die regelmäßige und zuverlässige Bedarfsbefriedigung in diesem sensiblen, vormals öffentlich-rechtlich organisierten Bereich gesichert.
- (271) Vor diesem Hintergrund gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammelpartner in den Leistungsverträgen zu einer Verbesserung der Warenerzeugung und einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt.

Vorteile des Verbrauchers

- (272) Ziel der Sammelpartnervereinbarung ist die praktische Umsetzung der flächendeckenden, nach Wertstoffen differenzierten Erfassung der dem ARA-System angeschlossenen Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher. Dies entspricht zum einen den bisherigen Entsorgungsgewohnheiten des Endverbrauchers, weshalb es als besonders verbraucherfreundlich zu qualifizieren ist. Zum anderen dürfte realistischerweise die Beteiligung an einem flächendeckenden Befreiungssystem der von der Rücknahme- und Verwertungspflicht betroffenen Hersteller und Verreiber aufgrund der unter Randnummer 160 erwähnten realisierbaren Größen- und Verbundvorteile Kostenersparnisse im Vergleich zur Individualerfüllung dieser Pflicht zur Folge haben. Es ist davon auszugehen, dass die im Vertragszeitraum realisierten Kostenersparnisse bei Wettbewerb auf den Märkten für die verpackten Produkte angemessen an die Verbraucher weitergegeben werden.
- (273) Die Kommission kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Sammelpartnervereinbarung dem Verbraucher zugute kommt und dieser am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt ist.

Unerlässlichkeit der Beschränkung

- (274) Bei der Prüfung der in der Sammelpartnervereinbarung enthaltenen Ausschließlichkeitsbindung hat die Kommission die aufgrund der unter Randnummer 139 aufgeführten Zusage 4 neu gefasste Laufzeit der Verträge, inklusive der Neuausschreibung nach spätestens fünf Jahren Vertragslaufzeit, zugrunde gelegt und erachtet diese im Ergebnis als unerlässlich.
- (275) Die Beurteilung der Unerlässlichkeit der Ausschließlichkeitsbindung hängt von den wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen ab, innerhalb derer die untersuchte Vereinbarung getroffen wurde. Aus der Sicht von ARA sprechen Management- und Effizienzgesichtspunkte, vor allem aber der Aspekt einer dauerhaften und zuverlässigen Sicherstellung der für den Systemerfolg insgesamt unerlässlichen Sammeldienstleistung dafür, nur einen Sammelpartner je Entsorgungsgebiet während des Vertragszeitraumes mit der Sammlung zu beauftragen.
- (276) Eine entscheidende Bedeutung bei der Beurteilung der Unerlässlichkeit der vereinbarten Ausschließlichkeit kommt dem Erfordernis von Planungs- und Investitionssicherheit für die zur Erfüllung der Sammelpartnervereinbarung vorzunehmenden Investitionen zu. Zur Aufrechterhaltung des Systems sind seitens der Sammelpartner von ARA umfangreiche Investitionen in den Aufbau und die Erhaltung der Erfassungsinfrastruktur für gebrauchte Verpackungen zu tätigen. Insbesondere sind geeignete Sammelfahrzeuge und Erfassungsbehälter vorzuhalten.

- (277) Die Kommission kommt daher zu dem Ergebnis, dass unter Berücksichtigung der besonderen Umstände im Zusammenhang mit der Umsetzung der Vorgaben der VerpackVO und der damit verbundenen Errichtung eines flächendeckenden Rücknahme- und Befreiungssystems die Ausschließlichkeitsbindung von mindestens drei Jahren aus wirtschaftlichen Gründen unerlässlich ist. Hingegen ist dies nicht mehr der Fall nach einer fünfjährigen Vertragslaufzeit, weshalb ab diesem Zeitpunkt die Neuausschreibung der Verträge im Sinne der Zusage gerechtfertigt und für eine Freistellung vom Kartellverbot nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auch erforderlich ist.

Nichtausschaltung des Wettbewerbs

- (278) Auch unter Berücksichtigung der Marktstellung des ARA-Systems auf den betroffenen Märkten ist die Ausschließlichkeitsbindung in der Sammelpartnervereinbarung nicht geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt für die Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen auszuschalten.
- (279) Bei der Beurteilung der Nichtausschaltung des Wettbewerbs ist an die spezifischen Angebotsbedingungen des in Frage stehenden Marktes anzuknüpfen. Wie in Randnummer 160 ausgeführt, zeichnet sich der Markt für Sammlung und Sortierung beim privaten Endverbraucher anfallender Leichtverpackungen angebotsseitig durch ausgeprägte ökonomische Netz-, d. h. Skalen- und Verbundeffekte aus. Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist daher jedenfalls innerhalb eines Befreiungssystems die Beauftragung von nur einem Entsorger je Vertragsgebiet sinnvoll.
- (280) Ist ein Wettbewerb der Sammeldienstleister im Entsorgungsgebiet aus den eben genannten Gründen unwahrscheinlich, so ist aber doch zu erwarten, dass die in der Zusage enthaltene Neuregelung, wonach spätestens nach Ablauf einer Vertragsdauer von fünf Jahren ARGEV seine Leistungsverträge erneut in einem offenen, transparenten und objektiven Verfahren ausschreiben wird, zumindest zu einem „Wettbewerb um Entsorgungsgebiete“ im Rahmen eines solchen Ausschreibungsverfahrens führt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Markt für Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen spezifischen Angebotsbedingungen unterliegt.
- (281) Im Hinblick auf den Nachfragewettbewerb auf dem Markt für die Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen ist zu berücksichtigen, dass es praktisch und wirtschaftlich kaum möglich wäre, die Sammelinfrastruktur im Haushaltsbereich in ganz Österreich zu duplizieren. Dies liegt sowohl an räumlichen Beschränkungen als auch gewachsenen Entsorgungstraditionen der Endverbraucher.

- (282) Die Einrichtung eines weiteren Holsystems wäre zunächst unwirtschaftlich. Die Kosten der Einrichtung eines weiteren oder sogar mehrerer paralleler Holsysteme stünden in keinem wirtschaftlich zumutbaren Verhältnis zu den im Zeitpunkt des Markteintritts vergleichsweise geringen Wertstoffmengen der Verbraucher, so dass die erforderlichen Anreize zum Markteintritt von Wettbewerbern fehlen würden. Eine Duplizierung der Systeme würde bei volkswirtschaftlicher Betrachtung lediglich eine Erhöhung der Kosten bedeuten, wohingegen aber die zu entsorgenden Wertstoffmengen auch bei Markteintritt von Wettbewerbern des ARA-Systems nicht erheblich ansteigen würden. Zum einen bestimmen sich diese nach dem Konsum des Endverbrauchers, zum anderen ist zu erwarten, dass Wettbewerber zumindest teilweise derzeitige Kunden des ARA-Systems abwerben würden.
- (283) Daneben machen die örtlichen Gegebenheiten und auch die gewachsenen Entsorgungstraditionen des Endverbraucher eine Einrichtung eines weiteren parallelen Holsystems tatsächlich unmöglich. In privaten Haushalten ist vielfach kein weiterer Stellplatz für zusätzliche Erfassungsbehälter von Leichtverpackungen vorhanden. Ebenso dürfte die Einführung von Sacksammlungen zu keiner grundlegenden Änderung führen, da auch gefüllte Säcke ähnlich viel Platz wie feste Erfassungsgefäße beanspruchen. Das gleiche gälte im Falle der Errichtung eines alternativen Bringsystems für die öffentlichen Stellplätze für Glas und Papiersammelbehälter. Diese räumliche Beschränkung wird insbesondere bei Eintritt eines dritten oder vierten Wettbewerbers deutlich: Stellflächen für die Erfassungsbehälter von drei oder vier Befreiungssystemen zur Sammlung identischer Materialfraktionen stehen weder auf privaten noch auf öffentlichen Grundstücken bereit.
- (284) Des Weiteren entstünden durch die Duplizierung des Entsorgungssystems gravierende Akzeptanzprobleme. Für die Endverbraucher wäre es schwer nachvollziehbar und entspräche nicht ihren bisherigen Entsorgungsgewohnheiten, wenn sie Verpackungen derselben Materialfraktion in unterschiedlichen Behältnissen sammeln sollten. Auch bliebe offen, nach welchen Kriterien sich den Endverbrauchern erschließen sollte, welchem Sammelsystem die jeweilige Verpackung zuzuführen ist.
- (285) Österreich weist in seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2003⁽¹³⁾ darauf hin, dass die Aufstellung zusätzlicher Behälter in der Nähe der Letztverbraucher aus Platzmangel, Gründen des Orts- und Landschaftsschutzes sowie wegen der erhöhten Verkehrsdichte (separates Anfahren und Entleeren der Behälter) und höheren ökologischen Belastungen in der Praxis auszuschließen sei. Ferner werde eine sinnvolle Trennung durch eine Verkomplizierung der Sammlung und vermehrten Trennaufwand für den Konsumenten in Frage gestellt. Die Gesichtspunkte der höheren ökologischen Belastung und des vermehrten Trennaufwandes treffen auch für eine separate Sacksammlung zu.
- (286) Sowohl der Einrichtung eines weiteren parallelen Holsystems als auch der Einrichtung eines alternativen Bringsystems stehen daher erhebliche tatsächliche, rechtliche und wirtschaftliche Vorbehalte entgegen. Aufgrund dieser besonderen Angebotsbedingungen auf dem relevanten Markt sind die haushaltsnah aufgestellten Erfassungsbehältnisse für gebrauchte Verkaufsverpackungen vielfach ein Engpass für den Wettbewerb. Bei realitätsnaher Betrachtungsweise kann davon ausgegangen werden, dass auf den Markt tretende Befreiungssysteme vielfach jeweils mit jenen Entsorgern zusammenarbeiten werden, welche bereits gegenwärtig die Erfassungsdienstleistungen für ARGEV erbringen. Entsprechend stellt der freie und ungehinderte Zugang zur bereitgestellten Erfassungsinfrastruktur eine entscheidende Voraussetzung sowohl für die Intensivierung des Nachfragewettbewerbs nach Sammeldienstleistungen für gebrauchte Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher als auch im Hinblick auf eine Intensivierung des Wettbewerbs auf dem vertikal vorgelagerten Markt für die Organisation der Rücknahme und Verwertung beim privaten Endverbraucher anfallender gebrauchter Verkaufsverpackungen dar.
- (287) Nachfragewettbewerb nach Sammeldienstleistungen für gebrauchte Verkaufsverpackungen kann demnach nur dann entstehen, wenn ARGEV den Sammelpartnern nicht verbietet, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenutzung der Erfassungsbehälter abzuschließen. Daher darf ARGEV die Sammelpartner weder aufgrund konkreter Bestimmungen der Sammelpartnervereinbarung (siehe dazu Randnummer 230) noch aus anderen Gründen an der Gestattung einer Mitbenutzung hindern.

A u f l a g e n

- (288) ARGEV hat zwar erklärt, dass die Entsorger nicht daran gehindert seien, Volumen in demselben Behälter für Wettbewerbssysteme bereitzuhalten, möchte die Mitbenutzung aber an erhebliche Einschränkungen knüpfen (siehe Zusage Nr. 3, Randnummer 139). Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung, welche dem ungehinderten Zugang zur Entsorgungsinfrastruktur für die Entfaltung von Wettbewerb auf diesem durch besondere Angebotsbedingungen gekennzeichneten Markt zukommt, ist es daher notwendig, die vorliegende Entscheidung mit Auflagen zu verknüpfen. Das Ziel ist sicherzustellen, dass die Wirkungen für den Wettbewerb tatsächlich eintreten, Nachfragewettbewerb auf diesem Markt möglich wird und somit die Freistellungsvoraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 EG-Vertrag gegeben sind.

⁽¹³⁾ Siehe Anlage, S. 4 und 5.

- (289) ARGEV wird die Auflage erteilt, die Entsorger nicht daran zu hindern, mit Wettbewerbern von ARA und ARGEV Verträge über die Mitbenutzung von Behältern oder sonstigen Einrichtungen zum Sammeln und Sortieren gebrauchter Verkaufsverpackungen abzuschließen und zu erfüllen (Auflage a)).
- (290) Ferner darf ARGEV von den Entsorgern nur den Nachweis über die Verpackungsmengen verlangen, die dem Anteil des ARA-Systems an den insgesamt durch Systeme im Haushaltsbereich für bestimmte Materialfraktionen lizenzierten Verpackungsmengen entsprechen (Auflage b)). ARGEV darf nicht von den Entsorgern verlangen, dass diese gegenüber ARGEV Verpackungsmengen nachweisen müssen, die nicht für das ARA-System gesammelt wurden. Diese Auflage ist notwendig, um sicherzustellen, dass ARGEV nicht die Gesamtmenge der gesammelten Verpackungen an sich bindet und so die Quotenerfüllung durch Wettbewerber unmöglich macht, sondern dass die Wettbewerber des ARA-Systems uneingeschränkt auf die für sie gesammelten Verkaufsverpackungen zurückgreifen können.
- (291) In diesem Fall kann ARGEV das Entgelt nach Ziffer 3.1.1 der Sammelpartnervereinbarung in dem in Auflage b) genannten Verhältnis verringern. Für die Entgelte nach Ziffer 3.1.2 und 3.1.3 der Sammelpartnervereinbarung sind die der ARGEV nachgewiesenen Mengen maßgeblich. Dadurch soll verhindert werden, dass nachweislich für Dritte erbrachte Dienstleistungen der Sammelpartner gegenüber ARGEV abgerechnet werden. Daher kann ARGEV eine angemessene Entgeltreduktion im Verhältnis zu den Sammelpartnern vornehmen.
- (292) Auflage b) bezieht sich nicht nur auf die Entsorger, die die Mitbenutzung gestatten, sondern auf alle Entsorger, mit denen ARGEV eine Sammelpartnervereinbarung abgeschlossen hat. Dies gilt, sofern und soweit ein Wettbewerbssystem in der jeweiligen Sammelregion überhaupt eine Mitbenutzung nach Auflage a) anstrebt und ab dem Zeitpunkt, zu dem die Systemzulassung erfolgt ist. Damit wird einerseits den Entsorgern ein Anreiz zum Vertragsabschluss mit dem Wettbewerbssystem gegeben, andererseits ist sichergestellt, dass das Wettbewerbssystem dann auf die Verpackungsmengen zugreifen kann, wenn dies für seine Quotenerfüllung erforderlich wird.
- (293) Diese Auflagen sind unerlässlich, um die Ausschaltung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten zu verhindern, und stellen eine der Rechtssicherheit dienende Konkretisierung der vertraglichen Beziehung zwischen ARGEV und deren Sammel- und Sortierpartnern dar. Die Auflagen schränken die sonstigen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der ARGEV gegenüber ihren

Sammel- und Sortierpartnern nicht ein. Sie stehen insbesondere nicht dem Recht der ARGEV entgegen, die für sie zu sammelnden Materialfraktionen zu bestimmen.

- (294) ARGEV vertritt die Auffassung, dass es für die Auflagen keine Rechtsgrundlage gebe, die Auflagen undurchführbar sowie unverhältnismäßig seien und in die Rechtsposition Dritter eingriffen.

Fehlende Rechtsgrundlage

- (295) ARGEV betont nochmals, dass kein Ausschließlichkeitsrecht auf die in den vorhandenen Behältern gesammelten Verpackungen bestehe. Da die Sammel- und Sortierpartnervereinbarungen der ARGEV demnach keine Wettbewerbsbeschränkungen enthielten, sei die Auflage nicht statthaft.
- (296) Die Wettbewerbsbeschränkung folgt aus der Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammel- und Sortierpartner (Randnummern 229 und 236). Um diese Wettbewerbsbeschränkung freistellen zu können, darf der Wettbewerb auf dem Markt für die Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen nicht ausgeschaltet werden. Nachfragewettbewerb ist auf diesem durch besondere Bedingungen gekennzeichneten Markt nur möglich, wenn ARGEV die Sammel- und Sortierpartner nicht daran hindert, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenutzung der Erfassungsbehälter abzuschließen (Randnummern 281 und 287). ARGEV knüpft jedoch die Mitbenutzung an erhebliche Einschränkungen, die einer Mitbenutzung entgegenstehen könnten (Randnummern 288 sowie 304 ff.). Die Auflage ist daher erforderlich, um die Freistellungsvoraussetzungen herzustellen und findet ihre Rechtsgrundlage in Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b) der Verordnung Nr. 17.

Undurchführbarkeit und Unverhältnismäßigkeit

- (297) ARGEV meint, die Auflagen seien undurchführbar, da weder ARGEV noch den Entsorgern bekannt sei, wie hoch der Anteil des ARA-Systems an den insgesamt durch Systeme im Haushaltsbereich für bestimmte Materialfraktionen lizenzierten Verpackungsmengen ist.
- (298) Wettbewerbssysteme werden dem Entsorger mitteilen, für welche Lizenzierungsmengen sie eine Mitbenutzung anstreben. Der Entsorger wird diese Menge (anonymisiert) an ARGEV weiterleiten. Aufgrund dieser Information kann ARGEV seinen Lizenzierungsanteil errechnen.

- (299) ARGEV vertritt ferner die Auffassung, die Auflagen seien unverhältnismäßig, da sie zwangsläufig dazu führen müssten, dass ARGEV ihren Genehmigungsbescheid betreffend den Betrieb eines Sammel- und Verwertungssystems nicht mehr erfüllen könne. Sofern ein Wettbewerbssystem zusätzliche Verpackungsmengen lizenziere, würde ARGEV seine Erfassungsquoten verfehlen, da die vorhandene Infrastruktur nicht ohne weiteres mehr Verpackungsabfall aufnehmen könne. Sofern ein neues System ganz oder teilweise eigene Sammeleinrichtungen installiere, müsse ARGEV Abstriche in seiner Erfassungsmenge hinnehmen, obwohl das Konkurrenzsystem die in den von ARGEV bestellten Einrichtungen anfallenden Verpackungen gar nicht benötige.
- (300) Der ARGEV bleibt auch im Falle einer Mitbenutzung der Behältnisse die Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflichten möglich. Die VerpackVO enthält keinen Hinweis darauf, dass Sammelbehältnisse ausschließlich einem System zur Verfügung gestellt werden dürfen. Auch Österreich hat in seiner Stellungnahme vom 15. Januar dieses Jahres ausgeführt, dass die Mitbenutzung von Behältern für die Haushaltssammlung unter den Bedingungen der Systemgenehmigung gemäß AWG 2002 grundsätzlich zulässig sei. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei der Auslegung der VerpackVO die dargelegte Bedeutung der Mitbenutzung für das Entstehen von Wettbewerb aufgrund der Einwirkung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen ist⁽¹⁴⁾.
- (301) Sofern und soweit ein Wettbewerbssystem zusätzliche Verpackungsmengen lizenziert, würde sich dies in den Vorgaben an die Systeme hinsichtlich der Erfassungsmengen widerspiegeln. Gegebenenfalls wäre das Behältervolumen anzupassen, um eine höhere Erfassungsmenge aufnehmen zu können. Sofern und soweit ein Wettbewerbssystem eine Mitbenutzung nicht anstrebt, sondern eigene Sammeleinrichtungen installiert, finden die Auflagen keine Anwendung.
- (302) Außerdem trägt ARGEV vor, die Auflagen seien grob benachteiligend, da ARGEV keine Vergütung für die laufende Optimierung des Sammelssystems erhalte, obwohl diese Leistungen anteilig auch dem Wettbewerber zugute kämen. Ferner werde unterstellt, dass das Packstoffverhalten von Wettbewerbssystemen im Haushaltbereich mit dem des ARA-Systems übereinstimme, wofür es keine empirische Grundlage gebe und was den bisherigen Erfahrungen widerspreche.
- (303) Indem Auflage b) ARGEV die Möglichkeit eröffnet, das Entgelt im Verhältnis zu den Sammlern angemessen zu reduzieren, wird dem legitimen Interesse von ARGEV Rechnung getragen, dass keine nachweislich für Dritte erbrachten Dienstleistungen der Sammlerpartner gegenüber ARGEV abgerechnet werden.
- (304) Es ist allerdings nicht notwendig, dass die Entsorger der ARGEV etwaige direkt der Sammlung zurechenbare sonstige Kosten ersetzen, wie nach der von ARGEV abgegebenen Zusage 3 Buchstabe a) vorgesehen (Randnummer 139). Die genannten sonstigen Kosten sind Systemkosten, die bei der ARGEV zur Unterhaltung ihres Systems anfallen. Die Sammler erbringen als Vertragspartner der ARGEV bestimmte Dienstleistungen und erhalten für diese ein Entgelt. Die sonstigen Systemkosten der ARGEV sind für sie nicht relevant und nicht Gegenstand der Partnervereinbarung. Eine teilweise Überwälzung würde außerdem bei Gestattung der Mitbenutzung für die Entsorger zu einem nicht kalkulierbaren finanziellen Risiko führen. Die Wettbewerber ziehen daraus keinen ungerechtfertigten Vorteil, da bei ihnen ebenfalls Kosten für den Aufbau eines eigenen Systems anfallen werden. Ferner sollten Wettbewerber die Möglichkeit haben, mit den Gebietskörperschaften direkt und selbständig Vereinbarungen etwa über die Bezahlung von Abfallberatern zu treffen.
- (305) Ferner ist es nicht angemessen, dass die Entsorger der ARGEV zusätzlich Kosten ersetzen, die den Gesellschaften des ARA-Systems oder deren Vertragspartnern infolge der Mitbenutzung entstehen (vergleiche Zusage 3 Buchstabe b), Randnummer 139). Solche Kosten fallen nicht in den Verantwortungsbereich der Entsorger. Die Übernahme dieser Kosten führte für die Entsorger zu einem nicht kalkulierbaren finanziellen Risiko.
- (306) Überdies geht die Kommission davon aus, dass bei einer Mitbenutzung keine zusätzlichen Analyse- und Sortierkosten anfallen. Zwar hat Österreich in seiner Stellungnahme vom 15. Januar dieses Jahres ausgeführt, dass die Quoten durch die Sammlung und Verwertung jener Verpackungsabfälle nachzuweisen seien, für die auch eine Teilnahme am System erfolge. Insbesondere die technische Verwertbarkeit der Verpackungen werde durch die Füllgüter, die Größe der verwendeten Etiketten und die Mengenverhältnisse der Kunststoff-Packmittel bestimmt. Daher sei eine möglichst exakte Analyse der Sammelmengen in den einzelnen Behältern und eine anschließende Aufteilung der Mengen erforderlich. Dies führe zu deutlich höheren Kosten, die auf bis zu 25 % der Gesamtkosten geschätzt würden.

⁽¹⁴⁾ Vergleiche Entscheidung 2001/463/EG der Kommission vom 20. April 2001 in der Sache COMP D3/34493 — DSD u. a. (ABl. L 319 vom 4.12.2001, S. 1, Rn. 171).

(307) Die VerpackVO enthält jedoch keine Bestimmung, die den Quotennachweis an die Sammlung und Verwertung ausschließlich der an dem jeweiligen System teilnehmenden Verpackungen bindet. Gemäß § 11 VerpackVO hat ein Sammel- und Verwertungssystem für Transport- oder Verkaufsverpackungen die Sammlung und Verwertung von denjenigen Packstoffen zu gewährleisten, für die Verträge mit den Herstellern von Verpackungen abgeschlossen wurden. Packstoffe sind nach der Legaldefinition in § 2 Absatz 6 der VerpackVO bestimmte Materialfraktionen, aus denen Verpackungen hergestellt werden, wie etwa PPK, Glas oder Kunststoffe.

(308) Ferner wäre eine Mitbenutzungsaufgabe bei einem Quotennachweis nur über die konkret am System teilnehmenden Verpackungen nicht praktikabel. Dieser Grundsatz kann daher nicht Gegenstand der Auflage werden. Stattdessen ist davon auszugehen, dass die gesammelten Mengen je Materialfraktion im Verhältnis zu den lizenzierten Mengen je Materialfraktion⁽¹⁵⁾ zwischen den Systemen aufgeteilt werden. Zusätzliche Analyse- und Sortierschritte sind dann nicht erforderlich. Diese Wirkungsweise der Auflage hat auch Österreich aufgrund der überragenden Bedeutung der Mitbenutzung für die Entstehung von Wettbewerb bei der Auslegung der VerpackVO sowie der Erteilung von Systembescheiden zu berücksichtigen.

(309) Die wettbewerbsrechtlich gebotene Wirkungsweise der Auflage führt nicht zu ungerechtfertigten Nachteilen der ARGEV. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass es im Falle einer Mitbenutzung zu einer Qualitätsänderung der Sammelfraktionen insgesamt kommen könnte. Es ist vielmehr zu erwarten, dass Systeme, die sich im Haushaltsbereich als maßgeblicher Wettbewerber etablieren wollen und daher eine Mitbenutzung anstreben, versuchen werden, für die gesamte Bandbreite der Verpackungen Verträge anzubieten. Das von ARGEV als Beispiel genannte Bonus-System hat seinen Schwerpunkt bei Gewerbeverpackungen und ist im Haushaltsbereich nur an ganz spezifischen Anfallstellen am Marktrand tätig (siehe Randnummer 179). Zudem unterscheidet auch das ARA-System bei der Lizenzierung nach den vorliegenden Tarifen nur nach Materialfraktion und Größe der Verpackung, nicht jedoch nach Inhalt oder Branche.

Eingriff in Rechtsposition Dritter

(310) ARGEV macht schließlich geltend, die Auflagen beschränkten Rechte der Entsorgungspartner, da die mengenabhängigen Entgelte auch dann gekürzt werden

könnten, wenn die Entsorger keinen anderen Interessen finden und da die Entsorger eine verhältnismäßige Kürzung des Entgelts für die Behälterbeistellung akzeptieren müssten. Letzteres sei zwar grundsätzlich legitim, die Entsorgungspartner müssten aber zumindest eine Möglichkeit zur Stellungnahme haben.

(311) Die Auflage b) bezieht sich auf alle Entsorger, damit — sofern überhaupt eine Mitbenutzung angestrebt wird — für die Entsorger ein Anreiz geschaffen wird, mit Wettbewerbssystemen zu kontrahieren. Wenn ein Entsorger sich dazu entschieden hat, die Mitbenutzung zu gestatten, belasten die Auflagen ihn nicht stärker als die in der Zusage 3 vorgesehenen Bedingungen (siehe Zusage 3 Buchstaben a) und b), Randnummer 139).

(312) Den Entsorgungspartnern wurde vor Erlass der Entscheidung eine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Der Verband Österreichischer Entsorgungsbetriebe (VÖEB) hat in einer Stellungnahme für die Mehrzahl der Sammel- und Sortierpartner ausgeführt, dass er einer Mitbenutzung positiv gegenüberstehe. Er ist aber der Auffassung, dass die Auflage b) die Entsorger mit administrativem Aufwand belaste und zu einer Entgeltkürzung für die Entsorger führen könnte, die keine Verträge mit alternativen Systembetreibern abgeschlossen haben.

(313) Wie unter Randnummer 298 ausgeführt, wird das Wettbewerbssystem dem Entsorger die Lizenzierungsmenge mitteilen, die dieser wiederum ARGEV mitteilt. Dies ist für den Entsorger nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Es wäre aber auch denkbar, dass sowohl ARGEV als auch die Entsorger die Lizenzmengen an eine unabhängige Stelle melden, die die Lizenzierungsanteile ermittelt. Zu einer Entgeltreduzierung kommt es nur, sofern und soweit das Wettbewerbssystem in der jeweiligen Sammelregion eine Mitbenutzung anstrebt und erst ab dem Zeitpunkt der Systemzulassung (Randnummer 301).

(314) Ferner weist der VÖEB darauf hin, dass die Erfassungs- und Sortierinfrastruktur teilweise von den Kommunen zur Verfügung gestellt werde. Der VÖEB ist der Auffassung, dass das Wettbewerbssystem die Gesamtheit der für die Sammlung und Sortierung erforderlichen Infrastruktureinrichtungen mitbenutzen solle, unabhängig davon, wer diese zur Verfügung stelle. Die Mengenaufteilung könne erst nach der Sortierung vorgenommen werden.

⁽¹⁵⁾ Eine weitere Unterteilung nach bestimmten Verpackungstypen innerhalb einer Materialfraktion wäre denkbar, sofern diese bei Lizenzierung sowie Sammlung und/oder Sortierung getrennt behandelt werden.

(315) Die Auflagen beziehen sich auf das Verhältnis zwischen der ARGEV und den Sammel- sowie Sortierpartnern. Ein Wettbewerbssystem hat die in seinem Verantwortungsbereich liegenden Voraussetzungen für eine Mitbenutzung zu schaffen. Eine Mengenaufteilung nach der Sortierung erscheint insbesondere dann sinnvoll, wenn eine weitere Unterteilung nach Verpackungstypen innerhalb einer Materialfraktion vorgenommen wird und diese erst nach der Sortierung getrennt werden (siehe Randnummer 308).

1.2. Vereinbarung zwischen ARGEV und den Sortierpartnern

Freistellungs Voraussetzungen

(316) Die Ausschließlichkeitsbindung in der Sortierpartnervereinbarung erfüllt aus den genannten Gründen ebenfalls die Freistellungs Voraussetzungen unter Berücksichtigung der mit der Freistellung verbundenen Auflage. Die Sortierpartner müssen erhebliche Investitionen für den Auf- und Ausbau einer Sortierinfrastruktur für Leichtverpackungen vornehmen. Die Trennung der Leichtverpackungen nach Wertstoffen verlangt technisch anspruchsvolle Verfahren. Die für deren Auf- und Ausbau notwendigen Investitionen sind nur begrenzt für andere Sortiervorgänge nutzbar zu machen.

Auflage

(317) ARGEV hat zwar erklärt, dass die Entsorger nicht daran gehindert seien, die Sortiereinrichtungen Wettbewerbssystemen zur Verfügung zu stellen, möchte die Mitbenutzung aber an erhebliche Einschränkungen knüpfen (siehe Zusage Nr. 3, Randnummer 139). Die Kommission erachtet es daher wegen der Bedeutung, die dem ungehinderten Zugang zu den Sortieranlagen für die Entfaltung von Wettbewerb zukommt, für notwendig, die vorliegende Entscheidung mit der Auflage zu verknüpfen, dass ARGEV die Entsorger nicht daran hindert, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenutzung von Einrichtungen zum Sortieren gebrauchter Verkaufsverpackungen abzuschließen und zu erfüllen. In diesem Zusammenhang ist im wesentlichen auf die Ausführungen im Zusammenhang mit den Sammelpartnervereinbarungen der ARGEV zu verweisen. Auch hier soll die Auflage sicherstellen, dass die erwarteten Wirkungen für den Wettbewerb tatsächlich eintreten, Nachfragewettbewerb auf diesem Markt tatsächlich möglich wird und somit die Freistellungs Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 EG-Vertrag gegeben sind.

(318) Die Wettbewerber des ARA-Systems sind insbesondere bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf die Mitbenutzung der Sortiereinrichtungen angewiesen, um ihre Sortier- und Verwertungsverpflichtungen erfüllen zu können. Die Einrichtung neuer Sortiereinrichtungen würde hohe Investitionen erfordern, die für sie nicht unerhebliche Marktzutrittsschranken darstellen würden. Zumindest würde es zu einer erheblichen Verzögerung der Einfüh-

rung eines Wettbewerbs auf dem Markt für Entsorgungsdienstleistungen kommen. Ferner wird den ARA-Sortierpartnern dadurch, dass sie ihre Dienstleistungen auch Wettbewerbern des ARA-Systems anbieten können, ermöglicht, die auf dem Markt für die Sortierung von beim privaten Endverbraucher anfallenden Verkaufsverpackungen bestehenden Skalen- und Verbundeffekte auszunutzen.

2. Markt für die Sammlung und Sortierung von Gewerbeverpackungen

2.1. Sammelpartnervereinbarung zwischen ARGEV und den Sammelpartnern

(319) Da die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammelpartner in der Sammelpartnervereinbarung auch im Bereich der Sammlung von gewerblichen Verpackungen dem Tatbestand des Artikels 81 Absatz 1 EG-Vertrag unterfällt, ist zu prüfen, ob die Bestimmung die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag erfüllt.

Verbesserung der Warenerzeugung /-verteilung oder Förderung des technischen / wirtschaftlichen Fortschritts

(320) ARA stellt auch für den gewerblichen Bereich ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für Verpackungen in Österreich zur Verfügung, welches sich nach der VerpackVO und dem Abfallwirtschaftsgesetz richtet, die die Richtlinie 94/62/EG umsetzen. Die Richtlinie gilt für Haushaltsverpackungen ebenso wie für gewerbliche Verpackungen. Die regelmäßige Erfassung gebrauchter Verpackungen im gewerblichen Bereich nach bestimmten Wertstofffraktionen dient von daher der unmittelbaren Umsetzung umweltpolitischer Vorgaben.

(321) Ähnlich wie im Haushaltsbereich ermöglicht die untersuchte Ausschließlichkeitsbindung es den Vertragspartnern, ihre zu erbringenden Leistungen langfristig zu planen und zu organisieren. Der Ausbau der Sammellogistik im Bereich der Sammlung gewerblicher Verpackungen und Abfälle erfordert nicht unerhebliche Investitionen. Ein gewisser Zeitraum zur Amortisierung ist als Anreiz für diese Investitionen notwendig. Auch wenn im Bereich der gewerblichen Verpackungen die Netzwerkeffekte geringer sind als bei in Haushalten anfallenden Verpackungen, können durch die Beauftragung eines einzigen Entsorgers im Vertragszeitraum Größen- und Verbundvorteile realisiert werden, die zu Effizienzgewinnen führen. Für das ARA-System als Leistungsnachfrager ist es im Hinblick auf die von den Verpackungsherstellern übernommenen Verpflichtungen aus der VerpackVO wichtig, eine gewisse Planungssicherheit hinsichtlich einer regelmäßigen und zuverlässigen Bedarfsbefriedigung zu gewährleisten. Die Planungssicherheit gewährleistet somit für alle Beteiligten eine zuverlässige Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der VerpackVO.

- (322) Vor diesem Hintergrund gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die Ausschließlichkeitsbindung zugunsten der Sammlerpartner in den Leistungsverträgen zu einer Verbesserung der Warenerzeugung und einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt.

Vorteile des Verbrauchers

- (323) Ziel der Sammlerpartnervereinbarung ist die praktische Umsetzung der flächendeckenden, nach Wertstoffen differenzierten Erfassung der dem ARA-System angeschlossenen Verkaufsverpackungen auch im Bereich des Großgewerbes und der Industrie.
- (324) Verbraucher im Sinne des Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag sind nicht nur Endverbraucher der angebotenen Dienstleistungen, sondern alle unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer der in Betracht kommenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen, also auch die Unternehmen im Bereich Großgewerbe und Industrie. Für diese ist die Sammlerpartnervereinbarung vorteilhaft, weil damit die regelmäßige und ordnungskonforme Entsorgung der bei ihnen anfallenden Verpackungen sichergestellt wird.
- (325) Die Kommission kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Sammlerpartnervereinbarung dem Verbraucher angemessen im Sinne von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag zugute kommt.

Unerlässlichkeit der Beschränkung

- (326) Bei der Prüfung der in der Sammlerpartnervereinbarung enthaltenen Ausschließlichkeitsbindung hat die Kommission auch für den gewerblichen Bereich die durch die unter Randnummer 139 aufgeführte Zusage 4 neu gefasste Laufzeit der Verträge, inklusive der Neuausschreibung nach spätestens fünf Jahren Vertragslaufzeit, zugrunde gelegt und erachtet diese im Ergebnis als unerlässlich.
- (327) Die Beurteilung der Unerlässlichkeit der Ausschließlichkeitsbindung hängt von den wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen ab, innerhalb derer die untersuchte Vereinbarung getroffen wurde. Von entscheidender Bedeutung bei der Beurteilung der Unerlässlichkeit der Ausschließlichkeit ist die Planungs- und Investitionssicherheit für die zur Erfüllung der Sammlerpartnervereinbarung erforderlichen Investitionen. Im gewerblichen Bereich sind regionale Übernahmestellen und ein Holzsystem zu installieren, ferner ist die Logistik der Abfahrten abzustimmen. Der Sammlerpartner ist daher darauf angewiesen, seine Investitionen und seine Tätigkeit für einen bestimmten Zeitraum planen zu können. Ebenso ist es aus der Sicht von ARA auch hinsichtlich der Sammlung gewerblicher Verpackungen unter dem Aspekt einer dauerhaften und zuverlässigen Sicherstellung der Sammeldienstleistung für den Systemerfolg insgesamt unerlässlich, nur einen Sammlerpartner je Entsorgungsgebiet für das ARA-System während des Vertragszeitraumes mit der Sammlung zu beauftragen.

Im Gewerbebereich sind zwar einerseits die für den Auf- und Ausbau der Infrastruktur erforderlichen Investitionen weniger umfangreich als im Haushaltsbereich, andererseits ist aber die aus der Ausschließlichkeitsbindung folgende Wettbewerbsbeschränkung wegen der begrenzten Nachfragemacht der ARGEV geringer. Eine Ausschließlichkeitsbindung bei einer Vertragslaufzeit von mindestens 3 Jahren und höchstens 5 Jahren ist daher auch im Gewerbebereich unerlässlich. Auch hier gilt, dass dies nach einer fünfjährigen Vertragslaufzeit nicht mehr der Fall ist, weshalb ab diesem Zeitpunkt die Neuausschreibung der Verträge im Sinne der Zusage gerechtfertigt und für eine Freistellung vom Kartellverbot nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auch erforderlich ist.

Nichtausschaltung des Wettbewerbs

- (328) Auch unter Berücksichtigung der Marktstellung von ARGEV auf den betroffenen Märkten ist die Ausschließlichkeitsbindung in der Sammlerpartnervereinbarung nicht geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt für die Sammlung und Sortierung von Haushaltsverpackungen auszuschalten.
- (329) Die von ARGEV ausgeschlossenen Anbieter von Sammeldienstleistungen können ihre Entsorgungstätigkeit sowohl anderen Sammel- und Verwertungssystemen im gewerblichen Bereich als auch Selbstentsorgerlösungen und Großanfallstellen anbieten.
- (330) Auch ist für den Gewerbebereich zu beachten, dass es den Entsorgern erlaubt ist, in ihren Erfassungsgefäßen bei Wettbewerbern des ARA-Systems lizenzierte Verpackungen zu sammeln, und dass anders als im Haushaltsbereich hier eine gemeinsame Sammlung bereits erfolgt.
- (331) Zu prüfen bleibt, welche Auswirkungen die Koppelung der Sammeldienstleistung für gewerbliche Verpackungen an die Sammlung von Verpackungen im Haushaltsbereich auf den Wettbewerb hat. Einem Unternehmen ist es unter diesen Bedingungen nur dann möglich, als Sammlerpartner für ARGEV im gewerblichen Bereich tätig zu werden, wenn es in der Lage ist, auch die erforderlichen Investitionen zur Einrichtung der Sammelinfrastruktur für den Haushaltsbereich zu tätigen. Allerdings führt auch das Erfordernis der Bereitstellung einer Infrastruktur für den Haushaltsbereich, um als ARGEV-Sammlerpartner im Gewerbebereich tätig zu werden, nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Markt für Gewerbeverpackungen und sonstigen Gewerbeabfall. Die Entsorgungsunternehmen, die nicht in der Lage sind, auch eine entsprechende Infrastruktur für die Haushaltssammlung einzurichten, können wie bereits ausgeführt ihre Sammeldienstleistungen den anderen Sammel- und Verwertungssystemen, für die die Einrichtung einer Sammelinfrastruktur für den Haushaltsbereich nicht erforderlich ist, sowie Selbstentsorgern und Großanfallstellen anbieten.

(332) Auch ist zu beachten, dass das ARA-System die Entsorgung nach unterschiedlichen Materialfraktionen getrennt ausgeschrieben hat, so dass die Anbieter ihre Leistungen auf bestimmte Materialfraktionen beschränkt anbieten können. Im Gewerbebereich gilt dies insbesondere für Leichtverpackungen einerseits und PPK-Verpackungen andererseits.

(333) Der Restwettbewerb wird durch die Ausschließlichkeitsbindung auf dem Gemeinsamen Markt für die Sammlung von gewerblichen Verpackungen und sonstigem Gewerbeabfall demnach nicht ausgeschaltet.

(334) Die Freistellungs Voraussetzungen nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag sind folglich bei einer drei- bis fünfjährigen Vertragslaufzeit erfüllt.

2.2. *Sortierpartnervereinbarung zwischen ARGEV und den Sortierpartnern*

(335) Aus den genannten Gründen erfüllt die Ausschließlichkeitsbindung in der Sortierpartnervereinbarung angesichts der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für die Sortierung von Gewerbeabfällen ebenfalls die Freistellungs Voraussetzungen.

2.3. *Vereinbarung zwischen ARO und den Sammelpartnern*

(336) Die Ausschließlichkeitsbindung in der Vereinbarung zwischen ARO und den Sammelpartnern gewährleistet für die beteiligten Entsorgungsunternehmen eine gewisse Planungs- und Investitionssicherheit und somit für alle Beteiligten auch eine regelmäßige zuverlässige Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der VerpackVO. Dabei ist eine drei- bis fünfjährige Vertragslaufzeit unter Berücksichtigung des Gewichts der Wettbewerbsbeschränkung durch die vorliegende Ausschließlichkeitsbindung als erforderlich anzusehen. Der Wettbewerb wird auf dem betroffenen Markt aus den genannten Gründen (Randnummern 329 bis 332) nicht ausgeschaltet. Somit sind die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 bei einer maximal fünfjährigen Vertragslaufzeit erfüllt.

XI. RÜCKWIRKUNG, DAUER DER FREISTELLUNG, AUFLAGEN

(337) Die Sammel- und Sortierpartnervereinbarungen der ARGEV und ARO wurden am 30. Juni 1994 bei der EFTA-Überwachungsbehörde angemeldet und gemäß Artikel 172 Absatz 3 der Beitrittsakte an die Kommission überwiesen. Am 28. August 2001 wurde die neue Fassung der Sammel- und Sortierpartnervereinbarungen bei der Kommission angemeldet. Die Kommission stellt fest, dass die Sammel- und Sortierpartnervereinbarungen

seit dem Zeitpunkt ihrer Anmeldung die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag erfüllen.

(338) Freistellungen sind gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 für eine bestimmte Zeit zu erteilen und können mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Gemäß Artikel 6 der Verordnung darf der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer solchen Entscheidung nicht vor dem Zeitpunkt, an dem die Anmeldung in Übereinstimmung von Artikel 81 Absätze 1 und 3 EG-Vertrag gebracht wurde, liegen. Die Freistellung sollte seit Inkrafttreten der derzeit gültigen Sammelpartnervereinbarungen der ARGEV und ARO bis zum 31. Dezember 2006 gelten, um ARA, ARGEV, ARO und den Entsorgern für die Absicherung ihrer Investitionen ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit im Rahmen der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu geben.

(339) Um den Zugang Dritter zu den Entsorgungseinrichtungen der Sammel- und Sortierpartner von ARGEV und ARO zu gewährleisten und um eine Ausschaltung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten zu verhindern, sollten der ARGEV die genannten Auflagen erteilt werden. Diese Auflagen sind unerlässlich, um die Ausschaltung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten zu verhindern. Diese Auflagen bleiben für die Dauer der Freistellung in Kraft. Gemäß Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b) der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission die vorliegende Entscheidung bei Nichterfüllung der Auflagen durch die Parteien widerrufen.

(340) Diese Entscheidung berührt nicht die Anwendung von Artikel 82 EG-Vertrag.

(341) Diese Entscheidung ergeht ferner unbeschadet anhängiger oder künftiger Verfahren der Kommission gegen die VerpackVO oder andere staatliche Vorschriften —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Ausgehend von ihrem jetzigen Kenntnisstand und unter Berücksichtigung der Zusagen der Altstoffrecycling Austria AG (ARA), der ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges.m.b.H. (ARGEV) und der Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft m.b.H. (ARO) stellt die Kommission fest, dass für sie keine Veranlassung besteht, gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen gegen die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen zwischen ARA und den aus der österreichischen Verpackungsverordnung verpflichteten Unternehmen, gegen den Entsorgungsvertrag zwischen ARA und den BRG, gegen den Entsorgungs- bzw. Kooperationsvertrag zwischen ARGEV und den BRG sowie gegen den Vertrag zwischen ARO und den Gebietskörperschaften vorzugehen.

Artikel 2

Die Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag und von Artikel 53 Absatz 1 EWR-Abkommen werden gemäß Artikel 81 Absatz 3 und Artikel 53 Absatz 3 EWR-Abkommen für nicht anwendbar erklärt auf individuelle Sammel- und Sortierverträge der ARGEV und der ARO mit ihren jeweiligen regionalen Entsorgungspartnern, die eine Ausschließlichkeitsbindung vorsehen und deren Laufzeit spätestens am 31. Dezember 2006 endet.

Die Freistellung gilt vom 30. Juni 1994 bis zum 31. Dezember 2006.

Artikel 3

Die Freistellung des Artikels 2 ist an folgende Auflagen gebunden:

- a) ARGEV hindert die Entsorger nicht daran, mit Wettbewerbern des ARA-Systems Verträge über die Mitbenutzung von Behältern oder sonstigen Einrichtungen zum Sammeln und Sortieren gebrauchter, bei Haushalten anfallender Verkaufsverpackungen abzuschließen und solche Verträge zu erfüllen.
- b) ARGEV darf von den Entsorgern nur den Nachweis der Verpackungsmengen verlangen, die dem Anteil des ARA-Systems an den insgesamt durch Systeme im Haushaltsbereich für bestimmte Materialfraktionen lizenzierten Ver-

packungsmengen entsprechen. In diesem Fall kann ARGEV das Entgelt nach Ziffer 3.1.1 der Sammelpartnervereinbarung in dem in Satz 1 dieses Absatzes genannten Verhältnis verringern. Für die Entgelte nach Ziffer 3.1.2 und 3.1.3 der Sammelpartnervereinbarung sind die der ARGEV nachgewiesenen Mengen maßgeblich. Diese Auflage bezieht sich auf alle Entsorger, mit denen ARGEV eine Sammelpartnervereinbarung abgeschlossen hat.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist an folgende Unternehmen gerichtet:

Altstoffrecycling Austria AG
Mariahilfer Straße 123
A-1062 Wien

ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH
Lindengasse 43/12
A-1071 Wien

Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH
Gumpendorfer Straße 6
A-1061 Wien

Brüssel, den 16. Oktober 2003.

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission