

BEEF INDUSTRY DEVELOPMENT SOCIETY UND BARRY BROTHERS
SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 4. September 2008¹

Inhaltsverzeichnis

I	— Einleitung	I - 8643
II	— Rechtlicher Rahmen	I - 8643
III	— Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	I - 8645
	A — Sachverhalt	I - 8645
	B — Das Verfahren vor der irischen Wettbewerbsbehörde und das gerichtliche Ausgangsverfahren	I - 8647
	C — Vorlagefrage	I - 8648
IV	— Verfahren vor dem Gerichtshof.	I - 8650
V	— Vorbringen der Beteiligten	I - 8650
VI	— Rechtliche Würdigung	I - 8653
	A — Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung	I - 8653
	1. Inhalt, Aufbau und Anwendung von Art. 81 EG	I - 8653
	a) Aufbau von Art. 81 EG	I - 8653
	b) Anwendung von Art. 81 EG	I - 8654
	2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	I - 8655

1 — Originalsprache: Deutsch.

a) Relevantes Kriterium	I - 8656
b) Offensichtliche Wettbewerbsbeschränkungen?	I - 8657
c) Abschließende Liste?	I - 8657
d) Rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang	I - 8658
3. Ergebnis	I - 8661
 B — Bezwecken Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung?	 I - 8661
1. Beschränkung der Freiheit, die Politik am Markt eigenständig zu bestimmen	I - 8661
2. Beeinträchtigung der Marktverhältnisse	I - 8662
a) Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes um 25 %	I - 8663
b) Marktaustritt der Ausscheidenden	I - 8666
c) Beitragszahlungen	I - 8667
d) Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen	I - 8668
e) Ergebnis	I - 8670
3. Berücksichtigung der mit den BIDS-Verträgen verfolgten Ziele	I - 8670
4. Ergebnis	I - 8671
 C — Abschließende Beurteilung der Elemente einer Vereinbarung wie der BIDS-Verträge	 I - 8671
 VII — Ergebnis	 I - 8673
I - 8642	

I — Einleitung

1. Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens ist die Auslegung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG. Wirtschaftlicher Hintergrund sind vom Vorlagegericht festgestellte Überkapazitäten im irischen Verarbeitungsgewerbe für Rinder (im Weiteren: Verarbeitungsgewerbe). Das Verarbeitungsgewerbe bezieht Rinder von Zuchtbetrieben, schlachtet sie, entfernt die Knochen und verkauft das Rindfleisch dann im In- und Ausland. Die Verarbeiter möchten die Überkapazitäten durch Vereinbarungen reduzieren.

2. Das nationale Gericht möchte mit seiner Vorlagefrage wissen, ob der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG so auszulegen ist, dass er die Vereinbarungen der Verarbeiter umfasst. Damit ist die Vorlagefrage in zweifacher Hinsicht begrenzt. Zum einen geht es nur um Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, nicht dagegen um solche, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Zum anderen geht es lediglich darum, ob die Vereinbarungen unter das in Art. 81 Abs. 1 EG enthaltene Grundsatzverbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen fallen; nicht geprüft werden soll, ob die Vereinbarungen aufgrund ihrer positiven Wirkungen dennoch nach Art. 81 Abs. 3 EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein können.

II — Rechtlicher Rahmen

3. Art. 81 Abs. 1 EG bestimmt, dass alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen

gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen,

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind.

4. Nach Art. 81 Abs. 3 EG können die Bestimmungen des Art. 81 Abs. 1 EG für nicht anwendbar erklärt werden auf

- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

— Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,

— Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,

5. Art. 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln² bestimmt:

— aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

² — ABl. 2003, L 1, S. 1.

„(1) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die nicht die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

(2) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.“

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

A — Sachverhalt

6. Die laut Vorabentscheidungsersuchen bestehenden Überkapazitäten im Verarbeitungsgewerbe in Irland sind insbesondere auf folgende Gründe zurückzuführen: In der Vergangenheit wurden der Bau und die Ausrüstung von Verarbeitungsanlagen unabhängig von der tatsächlichen Nachfrage nach Rindfleisch stark gefördert. Weiter war die Menge der zu verarbeitenden Rinder früher stark saisonal geprägt. Dies führte dazu, dass zu saisonalen Spitzenzeiten ein hohes Verarbeitungsaufkommen bewältigt werden

musste. Die Aufzucht von Rindern ist inzwischen entsaisonalisiert worden. Zwar kommt es noch zu saisonalen Schwankungen von einem gewissen Umfang. Die Gesamtkapazität der Verarbeitungsanlagen geht nun aber auch zu saisonalen Spitzenzeiten um etwa 32 % über das Verarbeitungsaufkommen hinaus.

7. Da der Rindfleischsektor eine bedeutende Rolle in der irischen Volkswirtschaft spielt, gaben die irische Regierung und Vertreter des Verarbeitungsgewerbes bei einem Wirtschaftsberatungsunternehmen eine Marktstudie in Auftrag. Ziel dieser Marktstudie war, Handlungsmöglichkeiten zur langfristigen Erhöhung der Rentabilität aller Akteure im Rindfleischsektor in Irland aufzuzeigen.

8. In der Marktstudie, die 1998 veröffentlicht wurde, wurde festgestellt, dass hohe Überkapazitäten im Verarbeitungsgewerbe bestanden, und prognostiziert, dass diese Überkapazitäten zu einer Senkung der Rentabilität des gesamten Verarbeitungsgewerbes führen würden. Diese Prognose beruhte im Wesentlichen auf folgender Überlegung: Entscheidend für den Profit eines Verarbeiters sei die Marge zwischen dem Ankaufspreis für das

Rind und den Verarbeitungskosten einerseits und dem Verkaufspreis für das Rindfleisch andererseits. Wie hoch der Profit eines Verarbeiters ausfalle, hänge insbesondere von der Auslastung der Verarbeitungsanlage und von Überkapazitäten ab. Bei einer höheren Auslastung würden Skalenvorteile erzielt, was die Verarbeitungskosten senke. Überkapazitäten heizten den Wettbewerb der Verarbeiter beim Verkauf des Rindfleischs an und führten daher zu sinkenden Preisen. Die Studie prognostiziert weiter, dass die sinkende Rentabilität der Verarbeiter auf Dauer zu Marktaustritten im Verarbeitungssektor führen werde.

9. Die Marktstudie schlägt als Lösungsansatz vor, die Anzahl der Verarbeiter im Verarbeitungsgewerbe zu verringern. Mit einem Entschädigungsmodell sollten Anreize zum Marktaustritt gegeben werden. Die Marktstudie hob die Kostenvorteile für das gesamte Verarbeitungsgewerbe hervor und bezifferte diese mit 18 Mio. Irische Pfund (IEP); begleitende effizienzsteigernde Maßnahmen könnten zu Kostenvorteilen von weiteren 14 Mio. IEP führen.

10. Eine Arbeitsgruppe Rindfleisch (Beef Task Force), die vom Minister for Agriculture and Food (Minister für Landwirtschaft und Ernährung) eingerichtet worden war, erstellte

im Jahr 1999 einen Bericht. Dieser erkannte die Ergebnisse der Marktstudie an und forderte das Verarbeitungsgewerbe zu einer Umsetzung der Studie auf.

11. Im Jahr 2002 gründeten Verarbeiter die Beef Industry Development Society Ltd (im Weiteren: BIDS). Die gegenwärtigen Mitglieder der BIDS stellen etwa 93 % des in Irland angebotenen Rindfleischs her. Gesellschaftszweck der BIDS ist die Umsetzung der Marktstudie des Wirtschaftsberatungunternehmens und des Berichts der Arbeitsgruppe Rindfleisch. Zu diesem Zweck hat die BIDS eine Vereinbarung (im Weiteren: BIDS-Vereinbarung) ausgearbeitet. Ziel der BIDS-Vereinbarung ist, die Gesamtkapazität des Verarbeitungsgewerbes innerhalb eines Jahres um 25 % zu senken. Zu diesem Zweck sieht die BIDS-Vereinbarung Folgendes vor:

12. Ein Teil der Verarbeiter, die Mitglieder der BIDS sind (im Weiteren: Ausscheidende), soll sich in Verträgen mit der BIDS dazu verpflichten, aus dem Verarbeitungsgewerbe auszuscheiden, ihre Verarbeitungsanlagen stillzulegen und ein Wettbewerbsverbot von zwei Jahren zu beachten (im Weiteren: Austrittsverträge). Die Austrittsverträge sollen weiter die Verpflichtungen enthalten, den Grundbesitz, auf dem die stillgelegten Verarbeitungsanlagen stehen, fünf Jahre lang nicht für die Verarbeitung von Rindern zu verwenden (im Weiteren: Verwendungsbeschränkung) und die Anlagen für die primäre Verarbeitung von Rindern an Verarbeiter in Irland nur zur Verwendung als Reserveanlage oder als Ersatzteile, ansonsten nur außerhalb von Irland zu verkaufen (im Weiteren: Ver-

füguungsbeschränkung). Die Möglichkeit der Stilllegung einzelner Verarbeitungsanlagen eines Verarbeiters ist nicht vorgesehen. Mit dem Verarbeiter Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (im Weiteren: Barry Brothers) hat die BIDS bereits einen Austrittsvertrag geschlossen.

13. Als Ausgleich sollen die Ausscheidenden von der BIDS entschädigt werden. Im Innenverhältnis sollen die Entschädigungszahlungen durch die Mitglieder der BIDS, die im Verarbeitungsgewerbe verbleiben (im Weiteren: Verbleiber), finanziert werden.

14. Die Beitragszahlungen sind gestaffelt: Soweit die Verbleiber ihren herkömmlichen Schlachtanteil nicht überschreiten, fällt ein Beitrag von 2 Euro pro verarbeitetem Rind an, überschreiten sie ihren herkömmlichen Schlachtanteil, so steigt der Beitrag für jedes über den herkömmlichen Schlachtanteil hinausgehende Tier auf 11 Euro pro verarbeitetes Rind. Der herkömmliche Schlachtanteil richtet sich nach dem durchschnittlichen Schlachtanteil eines Verarbeiters während der drei letzten Jahre vor der Umsetzung der BIDS-Vereinbarung.

B — Das Verfahren vor der irischen Wettbewerbsbehörde und das gerichtliche Ausgangsverfahren

15. Während der Ausarbeitung der BIDS-Vereinbarung suchte die BIDS die Abstimmung mit der irischen Competition Authority

(im Weiteren: Competition Authority). Die Competition Authority wies die BIDS am 5. und 26. Juni 2003 darauf hin, dass sie die BIDS-Vereinbarung und den Austrittsvertrag mit Barry Brothers (im Weiteren werden die BIDS-Vereinbarung und der Austrittsvertrag mit Barry Brothers gemeinsam als „BIDS-Verträge“ bezeichnet) nicht für vereinbar mit dem irischen Wettbewerbsrecht hält. Am 30. Juni 2003 stellte die Competition Authority vor dem irischen High Court (im Weiteren: High Court) einen Antrag auf Feststellung, dass die BIDS-Verträge gegen Art. 81 EG verstoßen.

16. Der High Court wies den Antrag der Competition Authority mit Urteil vom 27. Juli 2006 ab. Er begründete die Abweisung damit, dass die BIDS-Verträge nicht unter das Verbot von Art. 81 Abs. 1 EG fielen. Die BIDS-Verträge bezweckten keine Wettbewerbsbeschränkung, da sie weder eine Preisabsprache noch eine Aufteilung der Kunden, noch eine Einschränkung der Erzeugung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis c EG zum Gegenstand hätten. Die Reduzierung der Gesamtkapazität sei nicht als Einschränkung der Erzeugung einzuordnen. Weiter bewirkten die BIDS-Verträge keine Wettbewerbsbeschränkung. Eine Reduzierung der Gesamtkapazität um 25 % könne den Wettbewerb nur dann beschränken, wenn sie zu einem Kapazitätsmangel führe, der steigende Preise verursache. Da die Gesamtproduktion von Rindfleisch in Irland zukünftig nicht steigen, sondern tendenziell eher fallen werde, sei auch bei einer Reduzierung der Gesamtkapazität um 25 % gesichert, dass alle Rinder verarbeitet würden. Auch die Preise würden

sich voraussichtlich nicht erhöhen. Die Beitragszahlungen würden zwar die Verarbeitungskosten der Verarbeiter steigern. Eine Preissteigerung könne allerdings insbesondere deswegen ausgeschlossen werden, weil die Reduzierung der Gesamtkapazität zu Skalenvorteilen bei den Verbleibern führen werde und die Abnehmer der Verarbeiter eine starke Verhandlungsmacht hätten.

Supreme Court (im Weiteren: Supreme Court) angefochten.

17. Auch die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen seien keine Wettbewerbsbeschränkung. Zwar sei es unter der gegenwärtigen Marktlage wirtschaftlich nicht tragbar, neue Verarbeitungsanlagen zu bauen. Potenzielle Wettbewerber könnten aber durch den Kauf von anderen Verarbeitungsanlagen (also von Verbleibern oder Nichtmitgliedern der BIDS) in den Markt eintreten.

C — Vorlagefrage

21. Der Supreme Court ist der Auffassung, dass die Rechtssache eine Auslegungsfrage hinsichtlich Art. 81 Abs. 1 EG aufwirft, die für seine Entscheidung in der Hauptsache erheblich ist. Er hat daher dem Gerichtshof nach Art. 234 EG folgende Vorlagefrage gestellt:

18. Im Ergebnis seien die BIDS-Verträge nicht derart beanstandungswürdig, dass sie als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden könnten.

„Wenn zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass

19. Weiter war der High Court der Auffassung, dass die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt seien. Die BIDS habe nicht nachgewiesen, dass die Verbraucher angemessen an dem Gewinn beteiligt würden. Auf Art. 81 Abs. 3 EG komme es aber nicht an, da bereits das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG nicht erfüllt sei.

20. Die Competition Authority hat die Entscheidung des High Court vor dem irischen

a) im Verarbeitungsgewerbe im Rindfleischsektor Überkapazitäten bestehen, die — nach der Verarbeitungsmenge in Spitzenzeiten berechnet — etwa 32 % betragen,

- b) diese Überkapazitäten mittelfristig sehr ernste Folgen für die Rentabilität des gesamten Gewerbes haben werden,
- c) unabhängige Berater ungeachtet der Tatsache, dass die Wirkungen der bedarfsübersteigenden Kapazitäten bisher angeblich nicht sehr spürbar waren, warnend darauf hingewiesen haben, dass die Überkapazitäten kurzfristig wahrscheinlich nicht durch normale Marktmaßnahmen beseitigt werden, im Lauf der Zeit aber zu ganz erheblichen Verlusten führen können und schließlich die Verarbeiter und Betriebe veranlassen könnten, sich aus dem Verarbeitungsgewerbe zurückzuziehen,
- d) Verarbeiter von Rindfleisch, die ungefähr 93 % des Markts für die Versorgung mit Rindfleisch in diesem Gewerbe darstellen, Maßnahmen vereinbart haben, um die Überkapazitäten zu beseitigen, und sich bereit erklärt haben, einen Beitrag zur Finanzierung von Zahlungen an Verarbeiter zu entrichten, die der Einstellung ihrer Produktion zustimmen, und die genannten Verarbeiter, d. h. zehn Gesellschaften, eine juristische Person gründen (Society)³, um eine Vereinbarung mit folgendem Inhalt umzusetzen:
1. Betriebe [...] ⁴, die 420 000 Tiere pro Jahr schlachten und verarbeiten und ungefähr 25 % der aktiven Kapazitäten darstellen, vereinbaren mit den verbleibenden Gesellschaften [...] ⁵, dass sie aus dem Verarbeitungsgewerbe ausscheiden und die folgenden Bestimmungen einhalten.
 2. Die Ausscheidenden unterzeichnen eine Klausel über ein zwei Jahre geltendes Wettbewerbsverbot bezüglich der Verarbeitung von Rindern auf der gesamten Insel Irland.
 3. Die Betriebe der Ausscheidenden werden stillgelegt.
 4. Grundbesitz in Verbindung mit stillgelegten Betrieben wird fünf Jahre lang nicht für die Zwecke der Rinderverarbeitung verwendet.

³ — Gemeint ist die BIDS.

⁴ — Ausgelassen wurde der Zusatz „(im Folgenden: Ausscheidende)“.

⁵ — Ausgelassen wurde der Zusatz „(im Folgenden: Verbleiber)“.

5. Es wird an die Ausscheidenden eine Entschädigung in Raten gezahlt, die von den Verbleibern durch Darlehen an die Society aufgebracht wird.
6. Alle Verbleiber zahlen an die Society einen freiwilligen Beitrag in Höhe von 2 Euro pro Tier im Rahmen ihres herkömmlichen Schlachtanteils und 11 Euro je Tier für jede über diesen Anteil hinausgehende Schlachtung.

Mitgliedstaaten auswirken kann: Ist in einem solchen Fall davon auszugehen, dass diese Vereinbarung den Zweck verfolgt, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen und daher mit Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar ist?“

7. Der Beitrag wird für die Rückzahlung der Darlehen an die Verbleiber verwendet; die Beiträge werden nicht mehr erhoben, wenn die Darlehen zurückgezahlt sind.
8. Die Anlagen der Ausscheidenden für die primäre Rinderverarbeitung werden nur an Verbleiber zur Verwendung als Reserveanlage oder als Ersatzteile oder aber außerhalb der Insel Irland verkauft.

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

22. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 20. April 2007 beim Gerichtshof eingegangen. Im schriftlichen Verfahren haben die BIDS, die Competition Authority, die belgische Regierung und die Kommission Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 4. Juni 2008 haben die Competition Authority, die BIDS und die Kommission ihren Vortrag ergänzt.

9. Die Freiheit der Verbleiber in Bezug auf Erzeugung, Preisgestaltung, Verkaufsbedingungen, Ein- und Ausfuhr, Erhöhung der Kapazitäten u. a. bleibt unberührt.

V — Vorbringen der Beteiligten

23. Zwischen der BIDS, der Competition Authority, dem Königreich Belgien und der Kommission besteht Übereinstimmung hinsichtlich der folgenden Punkte: Art. 81 Abs. 1 EG unterscheidet zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen. Bei

und wenn Einigung besteht, dass eine solche Vereinbarung sich spürbar im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG auf den Handel zwischen

bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen muss keine Wirkung nachgewiesen werden. Bei der Prüfung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ist nicht nur der Inhalt der Vereinbarung, sondern auch der rechtliche und wirtschaftliche Kontext zu berücksichtigen.

24. Uneinig sind sich die Beteiligten hinsichtlich der Fragen, wann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen ist und ob die BIDS-Verträge unter diese Definition fallen, wobei die BIDS die Auffassung vertritt, die BIDS-Verträge seien keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, während die Competition Authority, das Königreich Belgien und die Kommission der gegenteiligen Ansicht sind.

25. Die *BIDS* stellt bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gleich mit Kernbeschränkungen und Vereinbarungen, die *per se* den Wettbewerb beschränken. Diese Kategorie von Vereinbarungen ist nach Auffassung der BIDS eng auszulegen und umfasst nur eine begrenzte Zahl schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen wie Preisabsprachen, Produktionsbeschränkungen oder Markt- oder Kundenaufteilungen. Nur bei solchen derart offensichtlichen und derart schädlichen Vereinbarungen liege eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor.

26. Die BIDS ist der Auffassung, dass die BIDS-Verträge keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Bei Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs der BIDS-Verträge werde klar, dass diese nicht in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen

einzuordnen seien. Die BIDS beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Feststellungen des High Court, es werde zu keiner Einschränkung der Gesamtproduktion und zu keiner Preiserhöhung kommen. Aus dem Urteil *GlaxoSmithKline Services/Kommission*⁶ ergebe sich, dass solche Umstände berücksichtigt werden müssten. Weiter würde die Freiheit der Verbleiber hinsichtlich ihrer Produktionsquoten, Marktanteile und Preise nicht eingeschränkt. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die BIDS-Verträge das legitime Ziel hätten, Überkapazitäten abzubauen. Die Beitragszahlungen, das Wettbewerbsverbot und die Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen seien notwendige Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels. Ferner habe die BIDS nicht im Geheimen gehandelt.

27. Nach Auffassung der BIDS ergibt eine Berücksichtigung dieser Umstände, dass die BIDS-Verträge nicht derart offensichtlich und nicht derart wettbewerbswidrig sind, dass sie in die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen eingeordnet werden können.

28. Nach Auffassung der *Competition Authority* liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bei offensichtlichen Wettbewerbsbeschränkungen oder Kernbeschränkungen vor. Allerdings gebe es keine abschließende Liste von offensichtlichen Wett-

6 — Urteil vom 27. September 2006, *GlaxoSmithKline Services/Kommission* (T-168/01, Slg. 2006, II-2969).

bewerbsbeschränkungen oder Kernbeschränkungen. Eine Ermittlung der Ziele der Parteien sei nicht erforderlich. Aus dem Urteil *GlaxoSmithKline Services/Kommission*⁷ könnten keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren gezogen werden.

29. Aus dem Inhalt der BIDS-Verträge ergebe sich, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten. Die Competition Authority verweist in diesem Zusammenhang auf den geplanten Austritt von Verarbeitern aus dem Verarbeitungsgewerbe, die etwa 25 % der Gesamtkapazität ausmachen. Nach ihrer Auffassung stellt dies eine Begrenzung der Erzeugung dar, zumindest aber eine ebenfalls wettbewerbsbeschränkende Begrenzung der Kapazität. Weiter verweist die Competition Authority auf die Erhöhung der Preise durch die Beitragszahlungen, die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen für die Ausscheidenden und den Umstand, dass die Verbleiber nicht notwendigerweise die effektivsten Verarbeiter seien. Auch diese Elemente der BIDS-Verträge sind ihrer Ansicht nach als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren.

30. Die positiven Effekte der BIDS-Verträge seien nach Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen.

31. In Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung beruft sich das *Königreich Belgien* auf den Aufbau von Art. 81 EG. Vor dem

Hintergrund, dass es seit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 den Unternehmen obliege, eine Selbstveranlagung von Vereinbarungen durchzuführen, müsse der Unterschied zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG betont werden. Im Rahmen der Prüfung nach Art. 81 Abs. 1 EG werde nur geprüft, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Davon zu unterscheiden sei die Frage, ob eine Vereinbarung, die unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG fällt, nach Art. 81 Abs. 3 EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein kann.

32. Nach Auffassung des Königreichs Belgien bezweckt eine Vereinbarung, die auf eine Rationalisierung des Verarbeitungsgewerbes gerichtet ist und diese durch den Austritt von Verarbeitern, die 25 % der Gesamtkapazität darstellen, erreichen möchte, eine Veränderung der Marktverhältnisse. Die BIDS-Verträge seien somit eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.

33. Die *Kommission* bemerkt, dass die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zwar anfangs Fälle betroffen habe, die Kernbeschränkungen zum Gegenstand gehabt hätten. Die Gemeinschaftsgerichte hätten aber inzwischen auch Vereinbarungen, die legitime Zwecke verfolgt hätten, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Die Verfolgung eines legitimen Zwecks schließe somit die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht

⁷ — In Fn. 6 angeführt.

aus. Art. 81 Abs. 1 EG finde daher auch Anwendung auf Vereinbarungen, deren Ziel die Überwindung einer Krise sei. Eine andere Auffassung sei mit dem Aufbau von Art. 81 EG nicht vereinbar. Weiter sei nicht Voraussetzung, dass die Wettbewerbsbeschränkung offensichtlich sei. Auch sei nicht relevant, ob die BIDS-Verträge heimlich oder öffentlich verhandelt und abgeschlossen worden seien.

34. Hinsichtlich der Beurteilung der BIDS-Verträge folgt die Kommission im Wesentlichen der Auffassung der Competition Authority.

A — *Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung*

36. Wie eingangs erwähnt, ist Gegenstand der Vorlagefrage zwar nur die Auslegung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG. Eine Auslegung dieses Begriffs lässt sich allerdings nicht ohne Berücksichtigung seines gesetzlichen Kontexts vornehmen. Ich werde daher im Folgenden zunächst auf den Inhalt, den Aufbau und die Anwendung von Art. 81 EG eingehen (1) und dann darauf, was unter einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen ist (2).

VI — Rechtliche Würdigung

35. Da die Beteiligten ein unterschiedliches Verständnis des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung haben, werde ich zunächst auf diesen eingehen (A), bevor ich prüfen werde, ob Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken (B). Im Ergebnis werde ich darauf eingehen, wie die einzelnen Elemente dieser Vereinbarungen in Hinblick auf die Fallgruppe in Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG und die Generalklausel in Art. 81 Abs. 1 EG zu beurteilen sind (C).

1. Inhalt, Aufbau und Anwendung von Art. 81 EG

a) Aufbau von Art. 81 EG

37. Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine

spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, grundsätzlich verboten.⁸ Das Bezwecken und das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung sind zwei alternative Tatbestände.⁹ Steht fest, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, kommt es nicht darauf an, ob sie tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.¹⁰ Für das Grundsatzverbot nach Art. 81 Abs. 1 EG reicht somit aus, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

entweder nicht unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG fällt oder zwar unter dieses Grundsatzverbot fällt, aber die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt. Mit der Feststellung, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und somit unter das Grundsatzverbot nach Art. 81 Abs. 1 EG fällt, ist somit noch nicht das letzte Wort darüber gesprochen, ob diese Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist. Diese Unterscheidung zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG ist bei der Prüfung zu berücksichtigen, wann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt.

38. Das Grundsatzverbot in Art. 81 Abs. 1 EG kann allerdings nach Art. 81 Abs. 3 EG für nicht anwendbar erklärt werden. Dafür ist die Erfüllung von vier kumulativen Voraussetzungen erforderlich, zu denen erstens zählt, dass die Vereinbarung zur Erzielung eines Gewinns durch einen Beitrag zu Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, zweitens, dass die Verbraucher an diesem Gewinn angemessen beteiligt werden. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Vereinbarung drittens den Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen darf, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind, und viertens keine Möglichkeiten eröffnen darf, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

39. Art. 81 EG sieht somit eine *zweistufige Prüfung* vor. Eine Vereinbarung ist also mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie

b) Anwendung von Art. 81 EG

40. Vor dem 1. Mai 2004 spielte die Unterscheidung zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG eine wichtige verfahrensrechtliche Rolle. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 zu den Artikeln 85 [jetzt Art. 81 EG] und 86 [jetzt Art. 82 EG] des Vertrages¹¹ galt ein System des Verbots mit Ausnahmeverbehalt: Eine Vereinbarung, die unter das Grundsatz-

8 — Vgl. den vollen Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EG in Nr. 3 dieser Schlussanträge.

9 — Urteil vom 30. Juni 1966, LTM (56/65, Slg. 1966, 282, 303).

10 — Urteile LTM (in Fn. 9 angeführt, S. 303), und vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322, 390).

11 — ABL L 13, S. 204.

verbot nach Art. 81 Abs. 1 EG fiel und nicht von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst wurde, musste bei der Kommission angemeldet werden. Nur die Kommission konnte eine solche Vereinbarung von dem Grundsatzverbot nach Art. 81 Abs. 1 EG freistellen.

41. Mit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003¹² ist anstelle dieses Systems ein System der Selbstveranlagung getreten. Vereinbarungen, die unter das Grundsatzverbot nach Art. 81 Abs. 1 EG fallen, aber die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies zuvor von der Kommission festgestellt werden muss.¹³ Grundsätzlich obliegt es nunmehr den betroffenen Unternehmen — gegebenenfalls unter Einschaltung eines Rechtsbeistands — das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG zu prüfen.¹⁴

2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

42. Zweck der Vereinbarung muss eine *Wettbewerbsbeschränkung* sein. Dieses Merkmal ist zwar schwer zu fassen.¹⁵ Art. 81 EG schützt den Wettbewerb insbesondere in seiner Funk-

tion der Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen und in seiner Funktion, die Verbraucher bestmöglich zu versorgen.¹⁶ Bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung in dieses Schutzzgut eingreift, stellen die Gemeinschaftsgerichte darauf ab, ob die Vereinbarung die Freiheit eines oder mehrerer Unternehmen einschränkt, ihre Politik am Markt eigenständig zu bestimmen (Selbständigkeitspostulat), und ob diese Freiheitseinschränkung zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Marktverhältnisse führt.¹⁷

43. Bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt*, ist nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte auf den Inhalt der Vereinbarung unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs abzustellen.¹⁸ Im Weiteren werde ich zunächst darauf eingehen, anhand welches Kriteriums zu beurteilen ist, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* (a).

12 — Die Verordnung Nr. 1/2003 ist am 1. Mai 2004 in Kraft getreten.

13 — Art. 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 1/2003.

14 — Der zweistufige Prüfungsaufbau nach Art. 81 EG spielt allerdings eine Rolle bei der Verteilung der Beweislast. Nach Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 trägt die Partei oder Behörde, die sich auf das Grundsatzverbot in Art. 81 Abs. 1 EG beruft, die Beweislast für dessen Voraussetzungen, während die Partei, die sich auf die Unanwendbarkeit dieses Grundsatzverbots beruft, die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG nachweisen muss.

15 — Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung siehe Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6. Aufl. 2008, Nrn. 2.062 bis 2.120; Wish, R., *Competition Law*, London, 5. Aufl. 2003, S. 106 bis 128; Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, Randnrn. 2.56 bis 2.99.

16 — Urteile vom 25. Oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Kommission (26/76, Slg. 1977, 1875, Randnr. 20), vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, I-4125, Slg. 1999, Randnr. 117), und vom 23. November 2006, Asnef-Equifax und Administración del Estado (C-238/05, Slg. 2006, I-11125, Randnr. 52); insbesondere zum Aspekt der Verbraucherwohlfahrt siehe Leupold, H., Weidenbach, G., „Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, S. 1003, 1008, Fn. 28 mit weiteren Nachweisen.

17 — In Fn. 16 angeführte Urteile Kommission/Anic Partecipazioni, Randnr. 117, und Asnef-Equifax und Administración del Estado, Randnr. 52. Grundlegend zur Spürbarkeit: Urteil vom 9. Juli 1969, Völk/Vervake (5/69, Slg. 1969, 295, Randnrn. 5 bis 7).

18 — Urteile LTM (in Fn. 9 angeführt, S. 303), vom 28. März 1984, CRAM und Rheinzink/Kommission (29/83 und 30/83, Slg. 1984, 1679, Randnrn. 25 bis 28, Randnr. 26), und Urteil GlaxoSmithKline Services/Kommission (in Fn. 6 angeführt, Randnr. 110).

Dann werde ich prüfen, ob der Begriff auf offensichtliche Wettbewerbsbeschränkungen begrenzt ist (b) und ob es eine abschließende Liste von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen gibt (c). Abschließend werde ich darstellen, welche Umstände des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs relevant für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung sein können und welche nicht (d).

45. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich aber nicht schließen, dass der Wille der Parteien nicht berücksichtigt werden kann. Sie bringt lediglich den Gedanken zum Ausdruck, dass rational handelnde Unternehmen mit den nach den Umständen naheliegenden Auswirkungen der Vereinbarung rechnen werden, so dass sie diese Auswirkungen zumindest bedingt gewollt haben.²¹

a) Relevantes Kriterium

44. Von seinem Wortlaut her stellt der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in erster Linie auf den Zweck der Vereinbarung ab. Die Gemeinschaftsgerichte haben eine wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung oder Tendenz einer Vereinbarung insbesondere dann angenommen, wenn die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung zur notwendigen Folge hatte.¹⁹ In diesem Fall können sich die Parteien grundsätzlich nicht darauf berufen, eine Wettbewerbsbeschränkung nicht beabsichtigt oder mit der Vereinbarung auch ein anderes Ziel verfolgt zu haben.²⁰

46. Vielmehr ergibt sich aus dem Alternativverhältnis zwischen der Bezweckung und der Bewirkung von Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 Abs. 1 EG²² und aus dem Umstand, dass Art. 81 Abs. 1 EG in der Alternative der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist²³, dass nicht allein auf die notwendigen Folgen einer Vereinbarung abzustellen ist. Auch der Wille der Parteien einer Vereinbarung kann berücksichtigt werden.²⁴ Rück-

19 — Urteile vom 1. Februar 1978, Miller International Schallplatten/Kommission (19/77, Slg. 1978, 131, Randnr. 7), und CRAM und Rheinzink/Kommission (in Fn. 18 angeführt, Randnrn. 25 bis 28).

20 — Urteile vom 8. November 1983, IAZ International Belgium u. a./Kommission (96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, Slg. 1983, 3369, Randnr. 24), Miller International Schallplatten/Kommission (in Fn. 19 angeführt, Randnr. 7), und CRAM und Rheinzink/Kommission (in Fn. 18 angeführt, Randnrn. 25 bis 28).

21 — Wie Generalanwalt Tizzano in Nr. 77 seiner Schlussanträge in der Rechtssache General Motors/Kommission (C-551/03 P, Urteil vom 6. April 2006, Slg. 2006, I-3173) zutreffend festgestellt hat, können Parteien sich zudem nicht darauf berufen, das Verbot in Art. 81 Abs. 1 EG nicht gekannt zu haben (*ignorantia legis non excusat*). Siehe auch Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 1, München, 4. Aufl. 2007.

22 — Vgl. Nr. 37 dieser Schlussanträge.

23 — Vgl. S. 945 der Schlussanträge des zum Generalanwalt bestellten Richters Vesterdorf in den verbundenen Rechtssachen T-1/89 bis T-4/89 und T-6/89 bis T-15/89 (Rhône-Poulenc u. a./Kommission, Urteil vom 24. Oktober 1991 Slg. 1990, II-867).

24 — Vgl. Nr. 78 der Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache General Motors/Kommission (in Fn. 21 angeführt); Odudu, O., „Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention“, *European Law Review*, 2001, S. 61, S. 62.

schlüsse über den Willen der Parteien lassen sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vereinbarung ziehen.²⁵

b) Offensichtliche Wettbewerbsbeschränkungen?

47. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nicht auf Vereinbarungen reduziert werden kann, die offensichtlich den Wettbewerb beschränken. Wenn nicht nur der Inhalt einer Vereinbarung, sondern auch ihr rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang berücksichtigt werden muss, kann die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht davon abhängen, ob dieser Zweck auf den ersten Blick ersichtlich ist oder sich erst bei genauerer Untersuchung der Umstände und des Willens der Parteien offenbart.²⁶

25 — Nr. 78 der Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano (in Fn. 24 angeführt).

26 — Vgl. Randnr. 24 des Urteils IAZ International Belgium u. a./Kommission (in Fn. 20 angeführt), in welcher der Gerichtshof das System der Kontrolle durch Übereinstimmungszeichen analysiert hat. Auch aus den Randnrn. 60, 64 und 65 des Urteils General Motors/Kommission (in Fn. 21 angeführt) ergibt sich, dass eine Offensichtlichkeit nicht erforderlich ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Randnr. 136 des Urteils vom 15. September 1998, European Night Services u. a./Kommission (T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. 1998, II-3141). Soweit das Gericht in diesem Urteil festgestellt hat, dass bei offenkundigen Beschränkungen wie der Festsetzung von Preisen, der Aufteilung von Märkten oder der Kontrolle des Absatzes eine Untersuchung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs nicht erforderlich ist, zeigt dies nur, dass die Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs in eindeutigen Fällen summarisch ausfallen kann. Daraus lässt sich aber nicht herleiten, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auf diese eindeutig gelagerten Fälle begrenzt ist.

c) Abschließende Liste?

48. Meines Erachtens kann der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen auch nicht auf eine abschließende Liste reduziert werden. Bereits das Wort „insbesondere“ in Art. 81 Abs. 1 EG macht deutlich, dass die von Art. 81 Abs. 1 EG erfassten Wettbewerbsbeschränkungen nicht auf die in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG genannten Wettbewerbsbeschränkungen begrenzt sind. Daher kann auch der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nicht auf die Beispiele in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis c EG begrenzt werden.²⁷

49. Weiter kann der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht auf die Festsetzung von Preisen, die Aufteilung von Märkten oder die Kontrolle des Absatzes reduziert werden. Dass die Gemeinschaftsgerichte sich in vielen Entscheidungen mit

27 — So auch: Aicher, J./Schuhmacher, F., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band 2, München, 34. Ergänzungslieferung Januar 2008, Art. 81, Randnr. 1; Bellamy & Child, a. a. O. (Fn. 15), Fn. 402 zu Randnr. 2.097, wo zu Recht darauf verwiesen wird, dass auch andere Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken können. Auch in Wish, R., a. a. O. (Fn. 15), S. 106, wird darauf hingewiesen, dass es sich um eine beispielhafte Aufzählung handelt.

diesen Typen von Wettbewerbsbeschränkungen beschäftigt haben, bedeutet nicht, dass Vereinbarungen mit einem anderen Gegenstand keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken können.²⁸

wirtschaftlichen Zusammenhang zu berücksichtigen sind, die geeignet sind, das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage zu stellen.³⁰

d) Rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang

50. Wie bereits erwähnt, ist bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, nicht nur ihr Inhalt, sondern auch ihr rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zu berücksichtigen.²⁹ Diese Vorgabe ist ernst zu nehmen. Sie ist allerdings nicht als Einfallstor für alle Umstände zu verstehen, die für die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt sprechen. Vielmehr ergibt sich aus dem Aufbau von Art. 81 EG, dass nach Art. 81 Abs. 1 EG nur die Umstände des rechtlichen und

51. Ich möchte im Weiteren drei Fallgruppen darstellen, in denen die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung aufgrund des tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs einer Vereinbarung verneint werden oder zumindest zweifelhaft sein kann³¹:

28 — Siehe Wish, R., a. a. O. (Fn. 15), S. 112 bis 114. Obwohl dort ein sehr restriktives Verständnis des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung vertreten wird (ob es unter Art. 81 Abs. 1 EG eine Kategorie von Wettbewerbsbeschränkungen *per se* gibt [ebd., S. 116 und 117], ist zweifelhaft), wird ausdrücklich festgehalten, dass die Liste dieser Vereinbarungen nicht abschließend ist. Gegen eine Begrenzung des Begriffs auf diese Typen von Wettbewerbsbeschränkungen spricht auch das Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG. In Art. 81 Abs. 1 EG wird lediglich geprüft, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Mit der Feststellung, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, ist somit noch nicht das letzte Wort über die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt gesprochen. Vielmehr kann eine Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 3 EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein. Vereinbarungen, welche die Festsetzung von Preisen, die Aufteilung von Märkten oder die Kontrolle des Absatzes zum Gegenstand haben, zeichnen sich allerdings durch eine besondere Schädlichkeit aus. Sie sind daher in aller Regel nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Wer den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung allerdings auf diese besonders schädlichen Typen beschränkt, erkennt, dass auch bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 Abs. 3 EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein können. Ein solcher Ansatz ist meines Erachtens mit der Struktur von Art. 81 EG nicht vereinbar. Siehe dazu auch Bellamy & Child, a. a. O. (Fn. 15), Fn. 291 zu Randnr. 2.069.

29 — Siehe Nr. 43 dieser Schlussanträge.

52. Die *erste Fallgruppe* betrifft Fälle, in denen eine Beschränkung der Freiheit der Unternehmen, ihre Politik am Markt selbstständig zu bestimmen, keine wettbewerbsrelevanten Auswirkungen hat. Dies kann der Fall sein, wenn zweifelhaft ist, ob die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen im Wettbewerb stehen.³² Ein weiteres Beispiel

30 — Siehe hierzu insbesondere Urteil vom 8. Juli 1999, Montecatini/Kommission (C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, Randnrn. 114 bis 128).

31 — Diese Fallgruppen sind zwar nicht so trennscharf, dass jeder Einzelfall treffsicher nur einer der drei Fallgruppen zugeordnet werden kann. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens genügt allerdings die Prüfung, ob eine Vereinbarung unter zumindest eine der drei Fallgruppen eingeordnet werden kann.

32 — Urteil *European Night Services u. a./Kommission* (in Fn. 26 angeführt): potenzieller Wettbewerb nicht nachgewiesen.

sind Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob überhaupt ein hinreichender Wettbewerb besteht, der durch die Vereinbarung eingeschränkt werden kann.³³

53. Die *zweite Fallgruppe* betrifft Fälle, in denen eine Vereinbarung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb ambivalent ist. Bezweckt eine Vereinbarung einen wettbewerbsfördernden Zweck, wie die Verstärkung des Wettbewerbs auf einem Markt, die Öffnung eines Marktes oder der Zutritt eines neuen Wettbewerbers zu einem Markt, so kann die hierfür notwendige Beschränkung des Selbständigkeitspostulats in einer Gesamtschau hinter dem wettbewerbsfördernden Zweck zurücktreten.³⁴

54. Die *dritte Fallgruppe* betrifft Nebenabreden, die für die Verfolgung eines Hauptziels

notwendig sind.³⁵ Für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens ist innerhalb dieser Fallgruppe wie folgt zu unterscheiden: Fällt das verfolgte Hauptziel nicht unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG, weil es wettbewerbsneutral oder wettbewerbsfördernd ist, so fallen auch die Nebenabreden, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sind, nicht unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG.³⁶ Eine Wettbewerbsbeschränkung kann in diesen Fällen nicht angenommen werden. Fällt das verfolgte Hauptziel dagegen unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.³⁷

55. Umstände, welche die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung nicht in Frage zu stellen vermögen, wie die Verbesserung der Warenerzeugung durch Skaleneffekte, können — auch dann, wenn sie letztlich positiv für die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit

33 — Urteil GlaxoSmithKline Services/Kommission (in Fn. 6 angeführt, Randnrn. 114 bis 147): Zweifel an Auswirkungen auf Preiswettbewerb, da Preise an Endverbraucher aufgrund gesetzlicher Bestimmungen weitgehend dem Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind. Auf dieses Urteil werde ich in den Nrn. 74 und 75 dieser Schlussanträge näher eingehen.

34 — Urteile LTM (in Fn. 9 angeführt, S. 304): Alleinvertriebsrecht zum Eindringen in einen Markt; vom 8. Juni 1982, Nungesser und Eisele/Kommission (258/78, Slg. 1982, 2015, Randnrn. 44 bis 58): Vergabe einer offenen Lizenz zur Verteilung einer neuen Technologie; Metro SB-Großmärkte/Kommission (in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 20 bis 22): Vertriebswege, die an hochwertige und technisch hoch entwickelte Produkte angepasst sind.

35 — Beispiele für Nebenabreden sind Wettbewerbsverbote, ohne die ein Unternehmensverkauf nicht möglich wäre (Urteil vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission, 42/84, Slg. 1985, 2545, Randnrn. 19 und 20), Beteiligungsverbote oder Tätigkeitsbeschränkungen, soweit diese für das Funktionieren einer Gesellschaft mit einem wettbewerbllich unbedenklichen Zweck erforderlich sind (Urteil vom 15. Dezember 1994, DLG, C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Randnrn. 30 bis 45), sowie Tätigkeitsbeschränkungen, welche für die Bestimmung des Ständerechts freier Berufe (Urteil vom 19. Februar 2002, Wouters u. a., C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Randnr. 97) oder für einen dopingfreien Sport (Urteil vom 18. Juli 2006, Meca-Medina und Majcen/Kommission, C-519/04, Slg. 2006, I-6991, Randnrn. 42 bis 44) erforderlich sind.

36 — Zutreffend: Bellamy & Child, a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 2.112.

37 — Ob in diesen Fällen auch das Konzept der Nebenabrede zur Anwendung kommt (so Bellamy & Child, a. a. O.) oder nur Art. 81 Abs. 3 EG, braucht für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht entschieden zu werden.

Art. 81 EG zu beurteilen sind — nicht im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG, sondern lediglich im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG berücksichtigt werden.³⁸

56. Diese Unterscheidung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG, welcher klarstellt, dass diese Art von Auswirkungen einer Vereinbarung unter Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen ist. Dieser Unterscheidung liegt folgender Gedanke zugrunde: Art. 81 EG bezweckt in seiner Gesamtkonzeption die optimale Versorgung der Verbraucher.³⁹ Allerdings werden nach Art. 81 Abs. 1 EG und nach Art. 81 Abs. 3 EG *unterschiedliche Aspekte* der Verbraucherwohlfahrt berücksichtigt. Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind Vereinbarungen, die den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern beschränken und damit insbesondere seine Funktion, die Verbraucher mit einem Produkt zum geringstmöglichen Preis optimal⁴⁰ oder mit innovativen Produkten⁴¹ zu versorgen, grundsätzlich verboten.⁴² Solche Vereinbarungen führen unmittelbar zu einer Beeinträchtigung der Verbraucherwohlfahrt und sind somit grundsätzlich verboten.

38 — Urteile vom 10. März 1992, *Montedipe/Kommission* (T-14/89, Slg. 1992, II-1155, Randnr. 265), vom 6. April 1995, *Trefilunion/Kommission* (T-148/89, Slg. 1995, II-1063, Randnr. 109), und vom 18. September 2001, *M6 u. a./Kommission* (T-112/99, Slg. 2001, II-2459, Randnrn. 72 bis 74).

39 — Leupold, H., Weidenbach, G., a. a. O. (Fn. 16), S. 1008, Fn. 28 mit weiteren Nachweisen.

40 — Diese Funktion des Wettbewerbs kann insbesondere durch Vereinbarungen über Preise, über Beschränkungen der Erzeugung oder der Produktion (Art. 81 Abs. 1 Buchst. a EG) sowie über eine Aufteilung der Märkte (Art. 81 Abs. 1 Buchst. c EG) beeinträchtigt werden.

41 — Diese Funktion des Wettbewerbs kann insbesondere durch Vereinbarungen beeinträchtigt werden, mit denen Investitionen beschränkt werden (Art. 81 Abs. 1 Buchst. a EG).

42 — Leupold, H., Weidenbach, G., a. a. O. (Fn. 16), S. 1008 und 1009, die diese Funktionen als allokativen und dynamischen Effizienzen bezeichnen; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, *European Competition Law Review* 2002, S. 20.

57. Art. 81 Abs. 3 EG erkennt allerdings an, dass Vereinbarungen, welche den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern beschränken, insbesondere zu einer Senkung der Produktionskosten führen und die Senkung der Produktionskosten mittelbar zur Wohlfahrt der Verbraucher beitragen kann.⁴³ Da die Senkung der Produktionskosten aber unmittelbar zunächst den Produzenten zugute kommt,⁴⁴ steht die Vereinbarkeit einer solchen Vereinbarung mit dem Gemeinsam Markt nach Art. 81 Abs. 3 EG insbesondere unter der Voraussetzung, dass die Verbraucher an den erzielten Vorteilen beteiligt werden. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat diesen Gedanken beweisrechtlich dadurch umgesetzt, dass es den Parteien einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung obliegt, die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG, insbesondere die Beteiligung der Verbraucher nachzuweisen.⁴⁵

58. Aus diesen Gründen können Umstände, welche die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung nicht in Frage zu stellen vermögen, insbesondere Effizienzen bei der Produktion durch Skaleneffekte, auch dann, wenn sie letztlich positiv für die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit Art. 81 EG zu beur-

43 — Leupold, H., Weidenbach, G., a. a. O. (Fn. 16), S. 1008 und 1009, bezeichnen diese als produktive Effizienzen; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, a. a. O. (Fn. 42), S. 20.

44 — Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, a. a. O. (Fn. 42), S. 20.

45 — Siehe Art. 2 Satz 2 Verordnung Nr. 1/2003.

teilen sind, nicht im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG, sondern lediglich im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG berücksichtigt werden.⁴⁶

3. Ergebnis

59. Im Ergebnis kann somit dem restriktiven Verständnis der BIDS nicht gefolgt werden. Die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung setzt keine offensichtliche Wettbewerbsbeschränkung voraus. Weiter gibt es keine abschließende Liste von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen. Der rechtliche und wirtschaftliche Kontext ist nur insofern zu berücksichtigen, wie er die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung in Zweifel ziehen kann. Andere Umstände sind, selbst wenn sie in Hinblick auf den Gemeinsamen Markt positiv zu bewerten sind, erst im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen.

B — Bezwecken Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung?

60. Vorab ist festzuhalten, dass Art. 81 Abs. 1 EG auf die Tätigkeit und die Produkte des

46 — Urteile Montedipe/Kommission (in Fn. 38 angeführt, Randnr. 265), Tréfilunion/Kommission (in Fn. 38 angeführt, Randnr. 109), und M6 u. a./Kommission (in Fn. 38 angeführt, Randnrn. 72 bis 74).

Verarbeitungsgewerbes anwendbar ist.⁴⁷ Wie oben⁴⁸ dargestellt, ist bei der Prüfung, ob Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wie folgt vorzugehen: Zunächst muss geprüft werden, ob solche Vereinbarungen Wettbewerbsbeschränkungen zur notwendigen Folge haben oder darauf gerichtet sind, die Freiheit der Parteien, ihre Politik am Markt eigenständig zu bestimmen, einzuschränken (1) und dadurch die Marktverhältnisse zu beeinträchtigen (2). Im Anschluss daran ist im Rahmen einer Gesamtschau zu prüfen, ob die einschränkenden Elemente für die Erreichung eines wettbewerbsfördernden Zwecks oder eines Hauptziels, das nicht unter das Grundsatzverbot von Art. 81 Abs. 1 EG fällt, erforderlich sind (3).

1. Beschränkung der Freiheit, die Politik am Markt eigenständig zu bestimmen

61. Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge sollen die Freiheit der Ausscheidenden und der Verbleiber einschränken, ihre Politik am Markt eigenständig zu bestimmen. Die Ausscheidenden sollen sich im Austrittsvertrag insbesondere zum Marktaustritt, zur Einhal-

47 — Die Vorlagefrage ist zwar auf die Auslegung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG gerichtet. Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge können allerdings nur dann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG darstellen, wenn Art. 81 EG auf solche Vereinbarungen anwendbar ist. Die Anwendbarkeit von Art. 81 EG ergibt sich vorliegend aus Art. 1 der Verordnung Nr. 26 des Rates vom 4. April 1962 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (ABl. Nr. 30, S. 993) in der Form der Verordnung Nr. 49 des Rates vom 29. Juni 1962 zur Änderung des Zeitpunkts für den Beginn der Anwendung bestimmter Akte betreffend die gemeinsame Agrarpolitik (ABl. Nr. 53, S. 1571) und Art. 2 der Verordnung Nr. 26 in ihrer Form nach der Verordnung Nr. 49. In dieser Hinsicht hat sich die Rechtslage mit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 nicht geändert.

48 — Siehe Nrn. 42 und 59 dieser Schlussanträge.

tung eines Wettbewerbsverbots und zu Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich der stillgelegten Anlagen verpflichten.⁴⁹ Die Verbleiber sollen sich nach der BIDS-Vereinbarung zur Zahlung von Beiträgen verpflichten.

Weise anzuwenden. Dazu gehört auch die Beurteilung, welche tatsächlichen Umstände für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts erheblich und welche unerheblich sind.

2. Beeinträchtigung der Marktverhältnisse

62. Diese Beschränkungen des Selbständigkeitspostulats müssen zu einer Beeinträchtigung der Marktverhältnisse führen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichtshofs in einem Vorabentscheidungsverfahren ist, die Tatsachenfeststellungen der nationalen Gerichte zu überprüfen. Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichtshofs, zu prüfen, ob der Supreme Court an die Feststellungen des High Court gebunden ist. Allerdings ist es Aufgabe des Gerichtshofs, das Gemeinschaftsrecht so auszulegen, dass das vorliegende nationale Gericht in der Lage ist, das Gemeinschaftsrecht in zutreffender

63. Ob eine Vereinbarung die Marktverhältnisse beeinträchtigt, ist durch einen Vergleich zwischen zwei hypothetischen Vergleichslagen zu ermitteln.⁵⁰

64. Die *erste hypothetische Vergleichslage* ist die Lage, wie sie sich ohne die BIDS-Verträge darstellen würde. Dies lässt sich insbesondere Buchst. a bis d der Vorlagefrage entnehmen. Buchst. c der Vorlagefrage und der Verfahrensakte entnehme ich, dass es bisher im Verarbeitungsgewerbe noch nicht zu Marktaustritten in nennenswertem Umfang gekommen ist und dass die Marktaustritte ohne die BIDS-Vereinbarung zumindest kurzfristig nicht 25 % der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes erreichen würden.

65. Die *zweite hypothetische Vergleichslage* ist die Lage, wie sie sich unter Anwendung der

49 — Insofern sind die BIDS-Verträge von einer Konstellation zu unterscheiden, in der Unternehmen sich unilateral entscheiden, aus dem Markt auszutreten.

50 — Urteil LTM (in Fn. 9 angeführt, S. 303).

BIDS-Verträge darstellen würde. Hier soll geprüft werden, ob die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Daher sind — wie oben⁵¹ dargestellt — in dieser zweiten hypothetischen Lage die Wirkungen zu berücksichtigen, die sich als notwendige Folge der in Ziff. 1 bis 9 der Vorlagefrage beschriebenen Bestimmungen ergeben, sowie die Wirkungen, welche die Parteien mit diesen Bestimmungen erzielen wollen.

66. Vorab ist festzuhalten, dass die BIDS-Vereinbarung eine horizontale Vereinbarung, also eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern auf derselben Marktstufe ist. Auch der Austrittsvertrag stellt eine horizontale Vereinbarung zwischen einem Verarbeiter und einer Vereinigung von Verarbeitern, der BIDS, dar.

a) Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes um 25 %

67. Durch die BIDS-Verträge soll die Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes durch den Marktaustritt von Verarbeitern um 25 % reduziert werden. Der Marktaustritt der Verarbeiter und die Vereinbarung, ihre Verarbeitungsanlagen nicht zu

nutzen, erscheinen mir grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb zwischen den Verbleibern im Markt zu beschränken.⁵²

68. Wettbewerb findet nicht nur dann statt, wenn Hersteller ihre Kapazitäten voll ausreizen können, sondern auch dann, wenn Hersteller Überkapazitäten haben. Einem Hersteller entstehen Fixkosten für die Bereit- und Instandhaltung von Produktionsanlagen. Bei einer niedrigen Auslastung der Produktionsanlagen wirken sich diese Fixkosten stärker auf die Produktionskosten pro Einheit aus als bei einer hohen Auslastung, da der Fixkostenanteil an den Produktionskosten pro Einheit bei einer hohen Auslastung anteilig sinkt (sogenannter Skaleneffekt). Daher besteht für einen Hersteller grundsätzlich der Anreiz, durch die Auslastung seiner Produktionsanlagen Skalenvorteile zu erzielen.⁵³

69. Die BIDS stellt dies in Frage. Sie beruft sich dabei auf folgende Umstände: Die Reduzierung der Gesamtkapazitäten führe nicht zu einer Senkung der Gesamtproduktion. Der Preis für die Produkte der Verarbeiter erhöhe sich nicht. Es handle sich um eine einmalige

52 — Siehe Urteil vom 28. Februar 2002, *Atlantic Container Line u. a./Kommission (T-395/94, Slg. 2002, II-875, Randnr. 56)*; so auch Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, S. 95.

53 — Zum Verhältnis von Überkapazitäten, Skaleneffekten und Erhöhung des Wettbewerbs siehe Schulz, N., *Wettbewerbspolitik*, Tübingen, 2003, S. 84 bis 86.

51 — Siehe Nrn. 42 und 59 dieser Schlussanträge.

Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Marktes. Bevor ich auf diese Umstände eingehe, möchte ich nochmals darauf verweisen, dass an dieser Stelle nur Umstände berücksichtigt werden können, die das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage stellen können.⁵⁴

70. *Erstens* scheint mir bei gleichbleibender Gesamtproduktion⁵⁵ nach den Gesetzen der Denklöge in einem Markt mit hohen Überkapazitäten grundsätzlich ein höherer Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern zu herrschen als in einem Markt mit niedrigen (oder ohne) Überkapazitäten. In einem Markt mit hohen Überkapazitäten ist es für einen durchschnittlichen Hersteller schwieriger, dieselbe Auslastung seiner Produktionsanlagen zu erreichen wie in einem Markt mit niedrigen Überkapazitäten. Da mit der Auslastungsrate die Skalenvorteile sinken, unterliegt ein durchschnittlicher Hersteller in einem Markt mit hohen Überkapazitäten somit einem höheren Wettbewerbsdruck als in einem Markt mit nur niedrigen Überkapazitäten. In der Wirtschaftswissenschaft ist die Interdependenz zwischen Überkapazitäten, Skaleneffekten und Wettbewerbsdruck anerkannt.⁵⁶

71. Ich sehe keinen Grund, der im vorliegenden Fall gegen diese Interdependenz spricht. Insbesondere scheint mir für das Vorliegen

dieser Interdependenz nicht erheblich zu sein, ob die Überkapazitäten aufgrund einer gesunkenen Nachfrage entstanden sind oder, wie im vorliegenden Fall, durch eine Förderung des Baus und des Ausbaus von Verarbeitungsanlagen und durch die gleichmäßigere Verteilung des zu verarbeitenden Vorprodukts. Dafür spricht auch, dass diese Interdependenz auch in der Marktstudie festgestellt wurde. Der Umstand, dass die Gesamtproduktion nicht sinkt, ist somit für sich allein nicht geeignet, das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auszusräumen.⁵⁷

72. *Zweitens* ist auch der Umstand, dass sich die Preise nicht erhöhen werden, meines Erachtens nicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung auszuschließen. Vorliegend geht es lediglich um die Frage, ob Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung und die möglichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Preise sind zwei voneinander zu unterscheidende Fragen. Das zeigt sich bereits daran, dass Preise von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst sein können. Nicht alle dieser Faktoren sind geeignet, das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auszuschließen.

54 — Siehe Nrn. 50 bis 58 dieser Schlussanträge.

55 — Der High Court ist davon ausgegangen, dass sich die Gesamtproduktion nicht wesentlich verändern würde.

56 — Zum Verhältnis von Überkapazitäten, Skaleneffekten und Erhöhung des Wettbewerbs siehe Schulz, N., a. a. O. (Fn. 53), S. 84 bis 86.

57 — Die Auffassung der BIDS lässt sich zudem mit einem Beispiel *ad absurdum* führen: Bestehen auf einem Markt mit einem Duopol auf der Anbieterseite hohe Überkapazitäten und stellt einer der beiden Anbieter im Einvernehmen mit dem anderen Anbieter seine Produktion ein, ohne dass es zu einer Einschränkung der Gesamtproduktion kommt, so würde eine solche Vereinbarung nach Auffassung der BIDS keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Tatsächlich hätte eine solche Veränderung der Marktstruktur aber einen weitgehenden Ausschluss des Wettbewerbs zur Folge, da der verbleibende Anbieter als Monopolist lediglich potentiell dem Wettbewerb ausgesetzt wäre.

73. Im vorliegenden Fall sollen Preissteigerungen wegen der durch höhere Auslastung erzielten Skalenvorteile und wegen der Macht der Marktgegenseite ausgeschlossen sein. Skalenvorteile mögen zwar gegebenenfalls Folge der Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes sein. Sie sind aber nicht geeignet, das Vorliegen der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG auszuschließen. Vielmehr sind Skalenvorteile als Vorteile, die zunächst unmittelbar den Verarbeitern zugutekommen, im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen.⁵⁸ Auch die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite kann, selbst wenn sie eine Erhöhung der Preise ausschließen sollte, das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nicht in Frage stellen und ist daher unter Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen.⁵⁹

74. Die vorliegende Situation ist auch nicht vergleichbar mit dem Sachverhalt, der dem Urteil GlaxoSmithKline Services/Kommission⁶⁰ zugrunde liegt. In diesem Fall — der im Übrigen eine vertikale Preisregelung betrifft — waren die Preise auf der Stufe des

Verkaufs an die Endverbraucher weitgehend durch gesetzliche Regelungen bestimmt und somit den Wirkungen von Angebot und Nachfrage weitgehend entzogen.⁶¹ In einem solchen Fall können Zweifel daran bestehen, ob eine vertikale Preisregelung geeignet ist, den Wettbewerb im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zu beschränken.⁶² Der vorliegende Fall ist aber bereits deswegen nicht vergleichbar, weil es keine gesetzlichen Bestimmungen gibt, die verhindern könnten, dass Vorteile, die sich aufgrund des Wettbewerbs zwischen den Verbleibern ergeben, an die Verbraucher weitergegeben werden.

75. Dass die Preise nicht steigen werden, schließt ferner nicht jede Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs aus. Vielmehr ist auf einem Markt mit hohen Überkapazitäten und gleichbleibender Gesamtproduktion die *Senkung der Preise* eine typische Wettbewerbsmaßnahme. Damit kann ein Hersteller versuchen, einen größeren Teil der Nachfrage auf sich zu bündeln und damit seine Auslastungsrate zu erhöhen und Skalenvorteile zu erzielen.⁶³ Der Umstand, dass die Preise nicht steigen werden, ist somit für sich allein nicht geeignet, das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auszuräumen.

58 — Siehe Nrn. 55 bis 58 dieser Schlussanträge; Bellamy & Child, a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 3.029; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, a. a. O. (Fn. 42), S. 19; Leupold, H., Weidenbach, G., a. a. O. (Fn. 16), S. 1008 und 1009.

59 — Zur Verhandlungsmacht der Marktgegenseite siehe Randnrn. 114 bis 128 des Urteils Montecatini/Kommission (in Fn. 30 angeführt). Laut Randnr. 116 dieses Urteils hatte die Rechtsmittelführerin sich insbesondere darauf berufen, dass das Gericht die größere Vertragsmacht der Marktgegenseite nicht berücksichtigt habe. In Randnr. 127 dieses Urteils hat der Gerichtshof festgestellt, dass solche Umstände nur dann erheblich sein können, wenn durch den wirtschaftlichen Kontext jede Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs ausgeschlossen ist.

60 — In Fn. 6 angeführt.

61 — Ebd., Randnrn. 114 bis 134.

62 — In einem solchen Fall ist genau zu prüfen, ob die Funktion des Wettbewerbs, die Verbraucher mit einem Produkt zum geringstmöglichen Preis optimal zu versorgen (siehe dazu Nr. 52 dieser Schlussanträge), beeinträchtigt wird.

63 — Schulz, N., a. a. O. (Fn. 563), S. 84 bis 86.

76. *Drittens* ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Umstand, dass die Gesamtkapazität „auf einmal“ reduziert werden soll, geeignet sein soll, eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Reduzierung der Gesamtkapazitäten auszuschließen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Wirkungen der Austrittsverträge und der BIDS-Vereinbarung nicht auf einen Moment beschränkt sind. So gilt das Wettbewerbsverbot für die Austretenden zwei Jahre und die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen fünf Jahre.

77. *Im Ergebnis* kann ich weder in den von BIDS vorgebrachten Umständen noch in anderen Umständen des Ausgangsfalls einen Grund erkennen, den Zusammenhang zwischen der Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes um 25 % durch den Marktaustritt einzelner Verarbeiter und einer Beschränkung des Wettbewerbs in Frage zu stellen. Vielmehr stellt die Vereinbarung einen Abkauf von Wettbewerb dar. Bei einer Reduzierung von 25 % der Gesamtkapazität habe ich keinen ernsthaften Zweifel hinsichtlich der Spürbarkeit einer solchen Maßnahme auf den Wettbewerb. Vorbehaltlich der noch unter Punkt 3 vorzunehmenden Gesamtschau scheint die Beschränkung von 25 % Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes auf eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung gerichtet zu sein.⁶⁴

b) Marktaustritt der Ausscheidenden

78. Wie oben⁶⁵ erwähnt, entnehme ich Buchst. c der Vorlagefrage und der Verfahrensakte, dass es bisher im Verarbeitungsgewerbe noch nicht zu Marktaustritten in nennenswertem Umfang gekommen ist und dass die Marktaustritte ohne die BIDS-Vereinbarung zumindest kurzfristig nicht 25 % der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes erreichen würden.

79. Der Vollständigkeit halber werde ich nunmehr ergänzend prüfen, ob auch dann eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen wäre, wenn es in der ersten hypothetischen Vergleichslage (ohne Vereinbarungen wie die BIDS-Verträge) aufgrund von Marktmechanismen zu einem Marktaustritt vergleichbaren Umfangs kommen sollte.

80. Nach Art. 81 Abs. 1 EG ist jede Beschränkung des Selbständigkeitspostulats verboten, wenn sie zur Entstehung von Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art

64 — So auch Jürgens, R., a. a. O. (Fn. 52), S. 95.

65 — Siehe Nr. 64 dieser Schlussanträge.

der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht dessen normalen Bedingungen entsprechen.⁶⁶

c) Beitragszahlungen

81. In der ersten hypothetischen Vergleichslage (ohne die BIDS-Verträge) würde die Auslesefunktion des Wettbewerbs grundsätzlich dazu führen, dass die effizientesten Verarbeiter am Markt verbleiben bzw. die Verarbeiter, welche die Anforderungen ihrer Kunden und letztlich der Verbraucher am besten erfüllen. Erfolgt die Auswahl der Verbleiber in der zweiten hypothetischen Vergleichslage (mit BIDS-Verträgen) nicht durch die Marktmechanismen, sondern durch eine Absprache zwischen den Verarbeitern, so beeinträchtigt dies die Auslesefunktion des Wettbewerbs. Dafür spricht vorliegend insbesondere, dass die BIDS-Vereinbarung nicht die Möglichkeit der Stilllegung einzelner Verarbeitungsanlagen vorsieht. Ein Verarbeiter kann somit nach der BIDS-Vereinbarung nicht seine ineffizienten Verarbeitungsanlagen stilllegen und mit den effizienten Verarbeitungsanlagen weiterhin im Markt verbleiben.

82. Vorbehaltlich der noch unter Punkt 3 vorzunehmenden Gesamtschau scheint dieser Eingriff in die Auslesefunktion des Wettbewerbs auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet zu sein.⁶⁷

83. Zunächst ist festzustellen, dass Beitragszahlungen dazu führen, dass die Verbleiber über die Beiträge nicht frei disponieren können und sich ihre Verarbeitungskosten erhöhen. Durch die Erhöhung der Verarbeitungskosten erreichen die Verbleiber früher die Verlustgrenze. Dies kann eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben, wenn sich die Beitragszahlungen spürbar auf das Marktverhalten der Verbleiber auswirken sollten.⁶⁸ Ein nationales Gericht hat somit zu prüfen, ob sich die Beiträge unabhängig von ihrer Höhe spürbar auf das Marktverhalten der Verbleiber auswirken können.

84. Weiter ist die Staffelung der Beiträge nach dem herkömmlichen Schlachtanteil geeignet, zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Verbleibern zu führen. Die BIDS hat zwar vorgetragen, dass die Beitragszahlung lediglich einen „Preis“ dafür darstellen soll, dass die Verbleiber die Marktanteile der Ausscheidenden übernehmen. Die Verbleiber müssten für die Eroberung dieser Marktanteile kämpfen. Dabei trage jeder Verarbeiter die Kosten von 11 Euro. Der Wettbewerb zwischen den Verbleibern sei somit nicht eingeschränkt.

66 — Vgl. Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 116 und 117).

67 — So auch Jürgens, R., a. a. O. (Fn. 52), S. 95.

68 — Urteil vom 12. September 2000, Pavlov u. a. (C-180/98, Slg. 2000, I-6451, Randnrn. 90 bis 97).

85. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass notwendige Folge einer solchen Regelung ist, dass die Verbleiber hinsichtlich ihres herkömmlichen Marktanteils geschützt werden. Steht ein Verbleiber, der seinen herkömmlichen Schlachtanteil bereits erreicht hat (Out-Performer), im Wettbewerb mit einem Verbleiber, der seinen herkömmlichen Schlachtanteil noch nicht erreicht hat (Low-Performer), so hat der Out-Performer so lange einen Kostennachteil von 9 Euro, wie der Low-Performer seinen herkömmlichen Schlachtanteil nicht erreicht hat. Die Staffelung führt somit tendenziell dazu, jeden Verbleiber im Rahmen seines herkömmlichen Schlachtanteils zu schützen. Allerdings stehen die Verbleiber nicht nur hinsichtlich der freigewordenen Schlachtanteils der Ausscheidenden im Wettbewerb, sondern auch im Rahmen ihres herkömmlichen Schlachtanteils. Die Staffelung der Beiträge schränkt somit den Wettbewerb hinsichtlich des herkömmlichen Schlachtanteils zusätzlich ein. Wenn ein Verarbeiter aufgrund der Marktumstände annehmen kann, dass die Gesamtproduktion in Zukunft stagnieren oder fallen wird⁶⁹, kann er im Übrigen recht genau absehen, ab wann er seinen herkömmlichen Schlachtanteil überschreitet.

86. Dass die Gesamtproduktion durch die Beitragszahlungen nicht reduziert wird und die Preise sich nicht erhöhen, ist aus den oben⁷⁰ genannten Gründen unerheblich. Auch der Umstand, dass die Beitragszahlungen auf ein Jahr beschränkt werden sollen, ist

nicht geeignet, die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung generell auszuschließen. Solche Umstände können gegebenenfalls unter Art. 81 Abs. 3 EG berücksichtigt werden.

d) Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen

87. Soweit mit den Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen der Rückeintritt der Ausscheidenden in den Markt verhindert werden soll, stellt dies eine den Marktaustritt absichernde Maßnahme dar und verstärkt somit die Wirkungen des Marktaustritts der Ausscheidenden. Insofern verweise ich auf meine obigen Ausführungen.⁷¹

88. Weiter können die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen auch auf die Abhaltung von potenziellen Drittwettbewerbern,

69 — Der High Court hatte diese Feststellung getroffen.

70 — Siehe Nrn. 70 bis 75 dieser Schlussanträge.

71 — Siehe Nrn. 67 bis 77 dieser Schlussanträge.

die nicht Mitglied der BIDS sind, gerichtet sein. Steht fest, dass der Bau von neuen Verarbeitungsanlagen unter den gegenwärtigen Marktumständen wirtschaftlich nicht tragbar ist⁷², so scheinen mir Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen, wie sie in den BIDS-Verträgen vorgesehen sind, grundsätzlich geeignet zu sein, den Wettbewerb durch potenzielle Drittwettbewerber einzuschränken.

belegt werden sollen, spricht viel für eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

89. Auch der potenzielle Wettbewerb wird durch Art. 81 Abs. 1 EG geschützt.⁷³ Wenn feststeht, dass in der Vergangenheit neue Wettbewerber erfolgreich in den Markt eingetreten sind⁷⁴, scheint dies auch in Zukunft keine nur rein theoretische Möglichkeit zu sein. Es spricht somit viel dafür, dass durch die Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen der Zugang von potenziellen Wettbewerbern zum Markt beschränkt wird.

91. Ein nationales Gericht muss also untersuchen, ob es potenzielle Wettbewerber für einen Markteintritt gibt und ob diese an einem Markteintritt über die Verarbeitungsanlagen der Ausscheidenden interessiert sein könnten.

92. Weiter können die Verbleiber die stillgelegten Betriebe nicht zu einem Ausbau ihrer Kapazität nutzen. Auch dies stellt insbesondere dann, wenn der Bau von neuen Verarbeitungsanlagen unter den gegenwärtigen Marktumständen wirtschaftlich nicht tragbar ist⁷⁵, eine Beschränkung des Wettbewerbs dar.

90. Ob potenzielle Drittwettbewerber auch andere Zugangsmöglichkeiten zum Markt haben, kann nach meiner Einschätzung nur eine Rolle für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung spielen. Da etwa 25 % der gesamten Produktionskapazitäten mit einem Verwendungs- und Verfügungsverbot

93. Der Umstand, dass die Gesamtproduktion durch die Verwendungs- und Verfügungsbestimmungen nicht reduziert wird und die Preise sich nicht erhöhen, ist aus den oben⁷⁶ genannten Gründen unerheblich.

72 — Der High Court hatte diese Feststellung getroffen.

73 — Urteil vom 28. Februar 1991, *Delimitis* (C-234/89, Slg. 1991, I-935, Randnr. 21).

74 — Der High Court hatte auf den Markteintritt von *Exel Meats Limited* hingewiesen.

75 — Der High Court hatte diese Feststellung getroffen.

76 — Siehe Nrn. 70 bis 75 dieser Schlussanträge.

e) Ergebnis

94. Vorbehaltlich der Berücksichtigung eines wettbewerbsfördernden Zwecks oder eines wettbewerblich unbedenklichen Hauptziels der BIDS-Verträge komme ich somit zu folgendem Zwischenergebnis: Zumindest die geplante Reduzierung der Produktionskapazität des gesamten Verarbeitungsgewerbes um 25 % durch den Marktaustritt von Verarbeitern, die Staffelung der Beitragszahlungen und die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen sind Elemente der Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung als notwendige Folge haben.

95. In diesem Zusammenhang möchte ich nur der Vollständigkeit halber darauf hinweisen, dass die BIDS nicht unter staatlichem Zwang gehandelt hat.⁷⁷ Dass die Marktstudie durch die irische Regierung finanziert wurde und die Arbeitsgruppe Rindfleisch das Verarbeitungsgewerbe zur Umsetzung der Marktstudie aufgefordert hat, stellt keinen staatlichen Zwang dar.

⁷⁷ — Grundsätzlich ist ein solcher Umstand nur zu prüfen, wenn sich das betroffene Unternehmen darauf beruft, siehe Urteil Montecatini/Kommission (in Fn. 30 angeführt, Randnr. 128).

3. Berücksichtigung der mit den BIDS-Verträgen verfolgten Ziele

96. Die BIDS beruft sich darauf, dass es Ziel der BIDS-Verträge sei, Überkapazitäten zu beschränken und Skalenvorteile zu erreichen. Insbesondere die Erhebung der Beiträge und die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen seien in Hinblick auf dieses legitime Ziel gerechtfertigt.

97. *Erstens* möchte ich an dieser Stelle nochmals darauf hinweisen, dass Gegenstand der vorliegenden Prüfung lediglich ist, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Es ist nicht Gegenstand der Prüfung in Art. 81 Abs. 1 EG, ob die Wettbewerbsbeschränkung derart offensichtlich oder beanstandungswürdig ist, dass sie mit einem typischen Kartell verglichen werden kann.

98. *Zweitens* ist zu berücksichtigen, dass der Umstand, dass sich ein Sektor in einer konjunkturellen oder strukturellen Krise befindet, nach ständiger Rechtsprechung nicht dazu führt, dass Art. 81 Abs. 1 EG nicht zur Anwendung kommt.⁷⁸

⁷⁸ — Urteile vom 13. Dezember 2006, FNCBV/Kommission (T-217/03 und T-245/03, Slg. 2006, II-4987, Randnr. 90), und vom 20. April 1999 (Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg. 1999, II-931, Randnr. 740).

99. *Drittens* schließt der Umstand, dass die Parteien mit der Vereinbarung einen legitimen Zweck verfolgen, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nicht aus.⁷⁹

100. Etwas anderes gilt nach der oben dargestellten⁸⁰ Rechtsprechung des Gerichtshofs nur dann, wenn eine Vereinbarung entweder einen wettbewerbsfördernden oder einen wettbewerbsneutralen Zweck verfolgt. Das ist vorliegend nicht anzunehmen. Vielmehr führt das Ziel, die Rentabilität des gesamten Verarbeitungsgewerbes durch eine Reduzierung der Überkapazitäten um 25 % zu steigern, zwangsläufig zu einer Wettbewerbsbeschränkung.⁸¹

101. *Viertens* besteht das Ziel der BIDS darin, die Produktionsvorteile durch Skaleneffekte herbeizuführen. Aus dem Zusammenhang zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 81 Abs. 3 EG ergibt sich allerdings, dass ein solches Ziel nur unter Art. 81 Abs. 3 EG berücksichtigt werden kann.⁸²

79 — Urteil IAZ International Belgium u. a./Kommission (in Fn. 20 angeführt, Randnrn. 22 bis 25).

80 — Siehe Nrn. 52 bis 55 dieser Schlussanträge.

81 — Siehe Nrn. 67 bis 77 dieser Schlussanträge.

82 — Siehe Nrn. 55 bis 57 dieser Schlussanträge.

4. Ergebnis

102. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Vereinbarung wie die BIDS-Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

C — Abschließende Beurteilung der Elemente einer Vereinbarung wie der BIDS-Verträge

103. Ich werde nunmehr darstellen, wie die einzelnen Elemente von Vereinbarungen wie den BIDS-Verträgen in Hinblick auf die Fallgruppe in Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG und die Generalklausel in Art. 81 Abs. 1 EG zu beurteilen sind.

104. Zwar bestehen meines Erachtens durchaus Vorbehalte gegen eine übermäßige Kategorisierung von Wettbewerbsbeschränkungen. Der Inhalt einer Vereinbarung muss immer vor dem Hintergrund ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs geprüft werden. Der vorliegende Fall zeigt meines Erachtens, dass eine Vorgehensweise, nach der eine Vereinbarung mit typischen schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen verglichen wird, nicht immer zielführend ist und vielmehr an der Frage, wann

eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, vorbeiführen kann. Da es sich bei den Fallbeispielen in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG zudem um eine nicht abschließende Liste von Beispielen handelt, ist eine solche Kategorisierung auch nicht unbedingt erforderlich. Vielmehr genügt in rechtlicher Hinsicht eine Subsumtion unter die Generalklausel.

105. Für Unternehmen und ihren Rechtsbestand kann die Bildung von Kategorien aber insbesondere vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden Systems der Selbstveranlagung hilfreich sein. Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, die oben identifizierten bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen wie folgt zu kategorisieren:

106. Die Reduzierung der Gesamtkapazität ist für sich genommen eine Wettbewerbsbeschränkung, die unter die Generalklausel nach Art. 81 Abs. 1 EG fällt. Ob sie darüber hinaus auch eine Beschränkung der Erzeugung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG darstellt⁸³, kann hier offenbleiben. Sofern — wie im vorliegenden Fall — die Beschränkung der Gesamtkapazität durch den Marktaustritt und damit durch die Einstellung der Produktion einzelner Verarbeiter erreicht wird, liegt auch eine Beschränkung der Erzeugung nach

Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG vor. Erstens lässt sich dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG nicht entnehmen, dass es auf die Gesamtproduktion ankommen muss. Zweitens spricht ein Vergleich mit den anderen Fallbeispielen dafür, dass bereits die Beschränkung der Erzeugung eines Marktteilnehmers ausreicht. Drittens erscheint es mir vom Zweck der Vorschrift her auch nicht gerechtfertigt, auf die Produktion des Gesamtmarkts abzustellen. Vielmehr greift der Schutzzweck von Art. 81 Abs. 1 EG, den Wettbewerb in seiner Funktion, die Verbraucher mit einem Produkt zum geringstmöglichen Preis optimal zu versorgen, bereits dann, wenn ein Marktteilnehmer seine Erzeugung beschränkt oder ganz einstellt.

107. Die Staffelung der Beiträge ist geeignet, einen Verbleiber davon abzuhalten, seinen Marktanteil zulasten des herkömmlichen Marktanteils eines anderen Verbleibers auszubauen. Sie stellt daher ebenfalls eine Beschränkung der Erzeugung dar.

108. Die Verwendungs- und Verfügungsbeschränkungen sind ebenfalls geeignet, die Erweiterung der Erzeugung eines Verarbeiters durch Erweiterung seiner Kapazität zu beschränken, und sind somit ebenfalls als Beschränkung der Erzeugung zu qualifizieren.

⁸³ — Vgl. hierzu Randnr. 56 des Urteils *Atlantic Container Line u. a./Kommission* (in Fn. 52 angeführt).

VII — Ergebnis

109. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage des Supreme Court wie folgt zu beantworten:

Eine Vereinbarung mit dem Inhalt und unter den Umständen, wie sie in der Vorlagefrage beschrieben worden sind, bezweckt eine Einschränkung des Wettbewerbs und ist somit nicht vereinbar mit Art. 81 Abs. 1 EG, soweit die weiteren Voraussetzungen dieser Bestimmung vorliegen.