



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
JÁN MAZÁK
vom 2. Februar 2012¹

Rechtssache C-549/10 P

**Tomra Systems ASA,
Tomra Europe AS,
Tomra Systems GmbH,
Tomra Systems BV,
Tomra Leergutsysteme GmbH,
Tomra Systems AB,
Tomra Butikksystemer AS**
gegen

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Wettbewerb — Missbrauch einer beherrschenden Stellung — Markt für Geräte zur Rücknahme gebrauchter Getränkeverpackungen — Exklusivvereinbarungen, Mengenverpflichtungen und Treuerabatte als Teil einer Strategie zur Verdrängung der Wettbewerber vom Markt“

1. Die Rechtsmittelführerinnen (im Folgenden: Tomra) ersuchen in der vorliegenden Rechtssache den Gerichtshof, das Urteil des Gerichts vom 9. September 2010, Tomra Systems u. a. (T-155/06), aufzuheben². In diesem Urteil hat das Gericht die Klage von Tomra auf Nichtigerklärung der Entscheidung K(2006) 734 endg. der Kommission vom 29. März 2006 in einem Verfahren nach Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) und Art. 54 des EWR-Abkommens (Sache COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra)³ abgewiesen.

I – Hintergrund des Rechtsstreits

2. Der Sachverhalt, das Verwaltungsverfahren und die angefochtene Entscheidung werden in den Randnrn. 1 bis 20 des angefochtenen Urteils detailliert beschrieben. Kurz gesagt stellt der Tomra-Konzern (zu dem die sieben Gesellschaften, die dieses Rechtsmittel eingelegt haben, und andere gehören) Leergutautomaten zur Rücknahme gebrauchter, leerer Getränkeverpackungen (Reverse Vending Machines, im Folgenden: RVM) her. Diese Geräte erkennen die zugeführte Verpackung anhand bestimmter Parameter wie der Form und/oder den Strichcodes und berechnen das dem Kunden zu erstattende Pfand, wobei für gewöhnlich ein Bon ausgedruckt wird, der an der Kasse des Geschäfts einzulösen ist. Der Konzern erbringt auch weltweit Dienstleistungen in Verbindung mit RVM. Im Jahr 2005 hatte der Tomra-Konzern einen Umsatz von ungefähr 300 Mio. Euro und 1 900 Beschäftigte.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Slg. 2010, II-4361 (im Folgenden: angefochtenes Urteil).

3 — Im Folgenden: angefochtene Entscheidung; eine Zusammenfassung dieser Entscheidung wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* (ABl. 2008, C 219, S. 11) veröffentlicht.

3. Aufgrund einer Beschwerde der Prokent AG, einer ebenfalls im RVM-Bereich tätigen deutschen Gesellschaft, richtete die Kommission, nachdem sie Überprüfungen angestellt hatte, eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Tomra Systems ASA, die Tomra Europe AS und Tochtergesellschaften des Tomra-Konzerns in sechs Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Am 29. März 2006 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung, in der sie feststellte, dass Tomra durch Einsatz einer wettbewerbswidrigen Strategie auf den Märkten für RVM in Deutschland, den Niederlanden, Österreich, Schweden und Norwegen im Zeitraum von 1998 bis 2002 gegen Art. 102 AEUV und Art. 54 des EWR-Abkommens verstoßen habe, indem Exklusivvereinbarungen abgeschlossen und individuell angepasste Mengenverpflichtungen sowie individuell angepasste rückwirkende Rabattpläne angewendet worden seien, wodurch der Wettbewerb auf den Märkten ausgeschlossen worden sei.

4. Die Kommission wies in dieser Entscheidung u. a. darauf hin, dass die Marktanteile von Tomra in Europa in den Jahren vor 1997 ständig über 70 % gelegen hätten, dass sie nach 1997 über 95 % betragen hätten und dass sich der Marktanteil von Tomra auf allen relevanten Märkten auf ein Vielfaches der Marktanteile ihrer Wettbewerber belaufen habe. Sie schloss daraus, dass der Tomra-Konzern als beherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV und Art. 54 des EWR-Abkommens einzustufen sei. Vor allem meinte die Kommission, dass Tomra sowohl in der Praxis als auch im Rahmen konzerninterner Erörterungen eine Strategie entwickelt habe, die ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt oder eine wettbewerbswidrige Wirkung gehabt habe. In der angefochtenen Entscheidung heißt es, Tomra habe sich bemüht, ihre beherrschende Stellung und ihren Marktanteil zu behaupten, indem sie u. a. den Marktzugang verhindert, Wettbewerber durch Einschränkung ihrer Wachstumspotenziale klein gehalten und sie geschwächt und durch Übernahme oder mit anderen Mitteln ausgeschaltet habe. Diese Strategie sei im Zeitraum von 1998 bis 2002 durch den Abschluss von 49 Vereinbarungen zwischen Tomra und einer Reihe von Supermarktketten durchgeführt worden, mit denen Exklusivvereinbarungen, Vereinbarungen über individuell angepasste Abnahmeziele und Vereinbarungen über individuell angepasste rückwirkende Rabattpläne getroffen worden seien. In der angefochtenen Entscheidung wird festgestellt, dass bei der Beurteilung der Schwere des von Tomra begangenen Missbrauchs abgesehen von dessen räumlichem Umfang auch zu berücksichtigen sei, dass sie die fraglichen Verhaltensweisen bewusst als Teil ihrer wettbewerbswidrigen Politik angewandt habe. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass die Zuwiderhandlung als „schwerwiegend“ einzustufen sei, und setzte gegen Tomra gesamtschuldnerisch eine Geldbuße von 24 Mio. Euro fest.

II – Das angefochtene Urteil

5. Zur Stützung ihrer Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung machte Tomra vor dem Gericht sechs Klagegründe geltend. Im Wesentlichen brachte sie vor, die Kommission habe (i) offensichtlich unrichtige und wenig vertrauenswürdige Beweise zugrunde gelegt, um nachzuweisen, dass der Konzern eine Verdrängungsstrategie angewandt und diese Strategie zwischen 1998 und 2002 durch 49 Verträge mit seinen Kunden eingesetzt habe, (ii) einen offensichtlichen Beurteilungsfehler in Bezug auf die Frage begangen, ob die Vereinbarungen den Wettbewerb ausschließen könnten, und insoweit keine Begründung gegeben, (iii) bei der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die genannten Vereinbarungen tatsächlich ausgeschlossen worden sei, offensichtliche Fehler begangen, (iv) einen offensichtlichen Rechtsfehler bei der Qualifizierung der Exklusivvereinbarungen, individuell angepassten Mengenverpflichtungen und individuell angepassten rückwirkenden Rabattpläne als nach Art. 102 AEUV *per se* rechtswidrig begangen, (v) mit ihrer Ansicht, dass unverbindliche Mengenverpflichtungen gegen Art. 102 AEUV verstoßen könnten, einen offensichtlichen Fehler begangen und (vi) bei der Verhängung der Geldbuße in Höhe von 24 Mio. Euro gegen Tomra einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Diskriminierungsverbot begangen. Das Gericht hat mit dem angefochtenen Urteil alle Klagegründe abgewiesen.

III – Rechtsmittel

6. Im vorliegenden Fall stützt sich Tomra auf insgesamt fünf Rechtsmittelgründe⁴. Die Kommission hält diese Rechtsmittelgründe für unzulässig, unwirksam oder unbegründet.

A – Erster Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der vom Gericht durchgeführten Prüfung der Feststellung der Kommission, dass eine wettbewerbswidrige Absicht, den Markt abzuschotten, vorgelegen habe (Randnrn. 33 bis 41 des angefochtenen Urteils)

7. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund bringt Tomra im Wesentlichen vor, dass das Gericht bei der Analyse der Feststellung einer wettbewerbswidrigen Absicht durch die Kommission dadurch einen Rechtsfehler begangen habe, dass es sich geweigert habe, Beweise für die Absicht Tomras, sich einem Leistungswettbewerb zu stellen, zu berücksichtigen. Tomra wiederholt das bereits vor dem Gericht vorgebrachte Argument, dass die Kommission ihre interne Korrespondenz fälschlich zur Stützung der Behauptung einer wettbewerbswidrigen Absicht und Strategie herangezogen habe.

8. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Missbrauchs ein objektiver Begriff ist⁵. In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission eine Absicht zu Recht nicht als notwendiges Tatbestandsmerkmal für die Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall angesehen. In diesem Zusammenhang argumentiert Tomra, aus den Erwägungsgründen 97 bis 105 der angefochtenen Entscheidung gehe hervor, dass die wettbewerbswidrige Absicht ein signifikanter Faktor bei der Feststellung einer wettbewerbswidrigen Strategie gewesen sei und dass diese Feststellung eine entscheidende Rolle für den Nachweis der Zuwiderhandlung gespielt habe.

9. Tomra verweist auch auf den 111. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung. Wie die Kommission ausgeführt hat, ist diesem Erwägungsgrund jedoch der Hinweis im 109. Erwägungsgrund vorangestellt, dass die in Abschnitt III.B beschriebenen Praktiken an anderer Stelle der Entscheidung anhand von Art. 102 AEUV bewertet würden. Zu diesem Zweck wird in Abschnitt IV.B der angefochtenen Entscheidung zutreffend der objektive Charakter von Art. 102 AEUV in Erinnerung gerufen und mittels einer Analyse der von Tomra mit ihren Kunden geschlossenen Verträge – und nicht ihrer Motive – herausgearbeitet, dass die Verhaltensweisen von Tomra auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abgezielt hätten. Daher ist das Vorbringen von Tomra, dass die Feststellungen zu ihrer Absicht für die Feststellung der Zuwiderhandlung entscheidend gewesen seien, zurückzuweisen.

10. Gleichwohl trifft es zu, dass Belege für eine Absicht insofern nicht ganz irrelevant sind, als sie bei der Beurteilung des Verhaltens eines beherrschenden Unternehmens von Bedeutung sein können, da es dafür erforderlich ist, die wirtschaftlichen Beweggründe dieses Verhaltens, seine strategischen Aspekte und seine wahrscheinlichen Auswirkungen zu verstehen. Wie das Gericht in Randnr. 35 zutreffend ausgeführt hat, können solche Belege einen Hinweis darauf enthalten, ob der Ausschluss des Wettbewerbs beabsichtigt war, oder im Gegenteil eine andere Erklärung für die untersuchten Praktiken nahelegen. Die Belege erlauben es der Kommission nämlich, die in Rede stehenden Praktiken in ihrem Kontext zu sehen. Gelangt die Kommission (oder eine nationale Wettbewerbsbehörde) beispielsweise aufgrund von Belegen in den Akten zu der Ansicht, dass ein Unternehmen Rabatt- oder Preisnachlasspläne (auch) zum Vorteil der Verbraucher erstellt hat – etwa, wenn das Unternehmen mit Effizienzgewinnen rechnete –, sollte das dazu führen, dass diese Behörden bei ihrer Prüfung tiefer schürfen.

4 – Es ist darauf hinzuweisen, dass ich in diesen Schlussanträgen nur auf Argumente der Parteien eingehen werde, die im Einklang mit den strengen Beschränkungen für Rechtsmittel und der eingeschränkten Überprüfungscompetenz des Gerichtshofs stehen. Siehe Art. 256 Abs. 1 AEUV und Art. 58 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Siehe auch z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 29).

5 – Urteil des Gerichtshofs vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission (85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 91).

11. Aus den Unterlagen, die dem Gerichtshof vorgelegt wurden, geht klar hervor, dass Tomra nicht in der Lage oder nicht willens war, ihre Praktiken mit einer bestimmten Geschäftsstrategie zu erklären⁶, und meines Erachtens hat das Gericht in Randnr. 36 zutreffend entschieden, dass sich die Prüfung der Kommission hauptsächlich auf das wettbewerbswidrige Verhalten habe konzentrieren müssen. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission von sich aus untersucht hat, ob sich aus den internen Unterlagen von Tomra eine wettbewerbskonforme Erklärung für die fraglichen Verhaltensweisen ableiten lässt oder ob sie eher darauf hindeuten, dass der Wettbewerb ausgeschlossen werden sollte. Zwar wird im Rechtsmittel in diesem Zusammenhang auf Randnr. 36 des angefochtenen Urteils verwiesen, doch wird nicht dargelegt, welche Belege für die Absicht Tomras, sich einem Leistungswettbewerb zu stellen, das Gericht außer Acht gelassen haben soll, und es wird auch nicht erläutert, wie solche Belege die Analyse der Praktiken von Tomra mit Ausschlusswirkung widerlegen könnten.

12. Ich stimme mit der Kommission auch darin überein, dass aus der Tatsache, dass im angefochtenen Urteil das Vorliegen von Belegen für die Absicht von Tomra, andere (legitime) Wettbewerbsmethoden anzuwenden, anerkannt wird, folgt, dass Tomra nun *de facto* versucht, die Beurteilung der Relevanz und Beweiskraft der Belege durch das Gericht in Frage zu stellen, was im Rechtsmittelverfahren nicht zulässig ist⁷. Tomra wiederholt offenbar die im ersten Rechtszug vorgebrachte Argumentationslinie und hebt hervor, dass sie mit der Tatsachenwürdigung durch das Gericht nicht einverstanden ist. In Randnr. 35 des angefochtenen Urteils wird jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass „die Schlussfolgerungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung nie auf nur dem einen oder anderen Dokument [von Tomra] für sich allein beruhen, sondern auf einer ganzen Serie verschiedener Gesichtspunkte“.

13. Schließlich kritisiert Tomra speziell die Feststellung des Gerichts in Randnr. 36 des angefochtenen Urteils, dass in der angefochtenen Entscheidung „nicht verschwiegen“ werde, dass es Unterlagen gebe, die darauf hindeuteten, dass Tomra auch legitime Mittel des Wettbewerbs nutzen wolle. Insoweit genügt der Hinweis, dass sich diese Aussage im angefochtenen Urteil nicht auf *relevante* Beweise bezieht. Vielmehr bin ich wie die Kommission der Ansicht, dass es dem Gericht eindeutig darum ging, anzuerkennen, dass die angefochtene Entscheidung auf Beweise Bezug nahm, die sich auf *andere*, legitime Wettbewerbsmethoden bezogen – obwohl diese zur Erklärung des missbräuchlichen Verhaltens, das Gegenstand dieser Entscheidung war, nicht relevant waren.

14. Aus alledem folgt, dass das Gericht bei der Prüfung der Feststellung der Kommission, dass eine wettbewerbswidrige Absicht, den Markt abzuschotten, vorgelegen habe, keinen Rechtsfehler begangen hat. Folglich ist der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

B – Zweiter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler und Fehlen einer hinreichenden Begründung in Bezug auf den Anteil an der Gesamtnachfrage, auf den sich die Vereinbarungen hätten erstrecken müssen, um missbräuchlich zu sein (Randnrn. 238 bis 246 des angefochtenen Urteils)

15. Tomra beanstandete vor dem Gericht, dass die Kommission nicht geprüft habe, ob der Teil des RVM-Markts, der noch habe gewonnen werden können⁸, groß genug gewesen sei, um es ebenso effizienten Wettbewerbern zu ermöglichen, sich auf dem Markt zu halten⁹. Tomra bringt nun im Wesentlichen vor, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen und keine hinreichende Begründung für die Feststellung gegeben, dass die behaupteten Exklusivverträge einen so großen Teil der Gesamtnachfrage erfasst hätten, dass dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung hätte entstehen

6 – Vgl. Erwägungsgründe 349 bis 357 der angefochtenen Entscheidung (die von Tomra behauptete Größenvorteile betreffen) in Verbindung mit Randnr. 224 des angefochtenen Urteils.

7 – Siehe z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 6. April 2006, General Motors/Kommission (C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Randnrn. 52 bis 54). Mit dem Rechtsmittel wird auch nicht argumentiert, dass das Gericht die Beweise verfälscht habe.

8 – D. h. der Teil der Nachfrage, der nicht durch die Praktiken von Tomra gebunden war.

9 – Siehe vor allem Randnrn. 90 bis 95 der Klageschrift und Randnrn. 38 bis 45 der Erwiderung auf die Klagebeantwortung.

können. Vor allem bringt Tomra vor, dass das Gericht bei der Zurückweisung des Arguments einer relevanten kommerziellen Nachfrage vor allem Ausdrücke wie „erheblich“, „alles andere als klein“ und „sehr hoch“ verwendet habe. Das Gericht hätte verlangen sollen, dass die Feststellung, ob Exklusivverträge geeignet seien, den Wettbewerb auf dem Markt abzuschotten, auf einer unzweideutigen Methode beruhen müsse, nämlich der Berechnung des Mindestmaßes, das nötig sei, um auf dem fraglichen Markt profitabel agieren zu können.

16. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die nach Art. 296 AEUV (vormals Art. 253 EG) erforderliche Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein muss¹⁰. Daher ist zu klären, ob das Gericht berechtigt war, in diesem Zusammenhang Ausdrücke wie „erheblich“ zu verwenden, oder ob Tomra beizupflichten ist, dass das angefochtene Urteil insofern unzureichend begründet ist, als dort nicht genau angegeben wird, wofür „erheblich“ im vorliegenden Fall (etwa in quantitativer Hinsicht) genau steht.

17. In Randnr. 20 der Rechtsmittelschrift rügt Tomra, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, als es in Randnr. 241 entschieden habe, dass „die Wettbewerber ... auf dem gesamten Markt und nicht nur auf einem Teil desselben in Leistungswettbewerb treten“ sollten. Wie die Kommission ausgeführt hat, steht hinter dieser Kritik von Tomra das unausgesprochene Begehren, der Gerichtshof möge in einem Punkt von der Entscheidung Hoffmann-La Roche/Kommission¹¹ abweichen. Dort lehnte es der Gerichtshof ab, im Rahmen von Art. 102 AEUV einen „spürbaren Einfluss“ zu verlangen oder eine *De-minimis*-Schwelle vorzusehen, und führte dazu aus: „Da es sich ... um das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem hierdurch in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt handelt, kann im Geltungsbereich des Artikels [102 AEUV] jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.“

18. Der Gerichtshof folgte dabei Generalanwalt Reischl (S. 593), der zwischen den Art. 85 EG und 86 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV) unterschieden hatte und meinte, dass „die Theorie von der Spürbarkeit [französisch *sensibilité*] zu Artikel [101] entwickelt worden ist, also zu einem Bereich, wo an sich vorhandener wirksamer Wettbewerb durch Absprachen und dergleichen eingeschränkt wird. Bei Sachverhalten, die von Artikel [102] erfasst werden, ist dagegen der Wettbewerb praktisch eliminiert, da ein beherrschendes Unternehmen einem wirksamen Wettbewerb nicht ausgesetzt ist. Hier erscheint es tatsächlich nicht zugänglich, das Verhalten eines solchen Unternehmens, das nach den Kriterien des Artikels [102] als missbräuchlich zu werten ist, mangels Spürbarkeit der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse außer Betracht zu lassen. Selbst wenn man es aber für vertretbar hielte, Missbräuche zu vernachlässigen oder sie wenigstens straffrei zu lassen, wo es sich gleichsam nur um ‚*quantités négligeables*‘ handelt, muss doch ernsthaft angezweifelt werden, dass der vorliegende Fall in diese Kategorie gehört.“

19. Dessen ungeachtet kann die bloße, durch nichts gestützte Behauptung von Tomra in einem Fall, in dem das Gericht bestätigt hat, dass die Abschottung durch Tomra weit über jede denkbare *De-minimis*-Schwelle hinausging, im vorliegenden Rechtsmittelverfahren eindeutig keinen Erfolg haben.

20. Meines Erachtens hat das Gericht im angefochtenen Urteil genau das getan, was es zu tun hatte. Nur durch eine Analyse der Umstände des Falles, wie sie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung vorgenommen hat, lässt sich feststellen, ob die Praktiken eines Unternehmens in beherrschender Stellung den Wettbewerb auszuschließen vermögen (im vorliegenden Fall heißt es in der angefochtenen Entscheidung sogar, dass diese Praktiken *de facto* eine den Markt verzerrende ausgrenzende Wirkung hatten). Es wäre jedoch gekünstelt, ohne vorherige Analyse festzulegen, von welchem gebundenen Marktanteil an die Praktiken eines Unternehmens in beherrschender Stellung eine Ausschlusswirkung für die Wettbewerber haben können (siehe Randnr. 242 des angefochtenen Urteils).

10 — Siehe z. B. Urteil vom 1. Februar 2007, Sison/Rat (C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233, Randnr. 80 und die dort angeführte Rechtsprechung).

11 — Oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 123.

21. Jedenfalls kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Praktiken von Tomra einen „beträchtlichen“ Teil des Marktes abdeckten, und daher dürfte dieser Rechtsmittelgrund im vorliegenden Fall rein akademischer Natur sein¹². Der Sache nach scheint Tomra selbst anzuerkennen, dass die fraglichen Praktiken, im Durchschnitt und bei einer Gesamtschau der fünf Jahre und der fünf Märkte, ungefähr 39 % der Nachfrage gebunden haben.

22. In diesem Zusammenhang treffen die Ausführungen in Randnr. 243 des angefochtenen Urteils zu: Der Anteil von zwei Fünfteln der gesamten Nachfrage im untersuchten Zeitraum und in den untersuchten Ländern ist aus jedem Blickwinkel beträchtlich und kann jedenfalls sicher nicht als „klein“ bezeichnet werden. Das Gericht hat insoweit auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Praktiken von Tomra häufig dazu führten, dass ein sehr hoher Anteil der Nachfrage „gebunden“ war, und zwar in den „entscheidenden Jahren“, in denen die Nachfrage am höchsten war und in denen ein Marktzugang mit größter Wahrscheinlichkeit von Erfolg gekrönt gewesen wäre, namentlich in den Jahren 1999 und 2000 in Österreich, 2001 in den Niederlanden und 1999 in Norwegen¹³. Schließlich führt das Gericht in Randnr. 245 zutreffend aus, dass „durch die Praktiken [von Tomra] die Nachfrage der Endverbraucher und nicht die der Vertriebspartner gebunden [wurde]. Die Wettbewerber konnten daher nicht auf andere Vertriebsmethoden zurückgreifen, die die Auswirkungen der Praktiken [von Tomra] hätten mildern können.“

23. Daraus folgt, dass bei jeder vernünftigen Auslegung von Ausdrücken wie „beträchtlich“ ihre Verwendung durch das Gericht in diesem Fall durch die Fakten voll und ganz gerechtfertigt wurde.

24. Was das abschließende Argument von Tomra betrifft, dass die Herangehensweise der Kommission und des Gerichts mit der derzeit vorherrschenden ökonomischen Denkweise nicht im Einklang stünde, genügt die Feststellung, dass dieses Argument im ersten Rechtszug nie vorgebracht und ausreichend geprüft wurde und daher jetzt im Rechtsmittelverfahren nicht zulässig ist.

25. Aus alledem folgt, dass das Gericht im Zusammenhang mit der Frage, auf welchen Teil der Gesamtnachfrage sich die Vereinbarungen hätten erstrecken müssen, um missbräuchlich zu sein, keinen Rechtsfehler begangen und insoweit auch eine ausreichende Begründung geliefert hat. Der zweite Rechtsmittelgrund ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

C – Dritter Rechtsmittelgrund: Verfahrensfehler und Rechtsfehler bei der Prüfung rückwirkender Rabatte (Randnrn. 258 bis 272 des angefochtenen Urteils)

26. Tomra bringt im Wesentlichen vor, dass das Gericht einen Verfahrensfehler begangen habe, indem es das Vorbringen zu rückwirkenden Rabatten falsch bewertet habe. Das Gericht habe das Vorbringen von Tomra falsch verstanden und ausgelegt, indem es ausgeführt habe, Tomra habe behauptet, dass „negative Preise“ zu den Pfeilern der angefochtenen Entscheidung gehörten, und infolgedessen habe es dieses Vorbringen nicht in der rechtlich gebotenen Weise berücksichtigt. Wäre das Gericht mit der Frage der Rabattpläne richtig umgegangen, hätte dies die Grundlage seiner Schlussfolgerung, dass alle Vereinbarungen geeignet gewesen seien, den RVM-Markt abzuschotten, erheblich beeinflusst. Bei korrekter Analyse des Vorbringens hätte eine Prüfung der Rabattpläne im Einklang mit der auf deren Wirkungen basierenden Vorgehensweise erfolgen müssen. Rückwirkende Rabatte, die nicht zu Preisen unter Kostenniveau führten, müssten als nicht für eine Abschottung der Wettbewerber geeignet

12 — Wie die Kommission dargelegt hat, waren im Jahr 1999 mehr als 55 % des gesamten Bedarfs in den fünf Ländern gebunden. Auf den einzelnen Märkten lag der „nicht gewinnbare“ oder „gebundene“ Bedarf in den Jahren 1999 und 2000 in Norwegen zwischen 80 % und 90 % und in den Niederlanden bei ungefähr 65 % (fast 60 % im Jahr 2001). Dies wurde vor dem Gericht nicht bestritten. Daher heißt es in der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf die als von der Zuwiderhandlung umfasst angesehenen Länder und Jahre, dass der abgeschottete Teil der Nachfrage immer signifikant war, in einigen Jahren auf jedem dieser Märkte (für gewöhnlich den für das Marktwachstum „entscheidenden Jahren“) sogar sehr signifikant (siehe u. a. Erwägungsgründe 392 sowie 160, 163, 183, 187, 218, 219 und 290 der angefochtenen Entscheidung).

13 — Siehe Randnr. 244 des angefochtenen Urteils. Vgl. z. B. Erwägungsgründe 163, 219 und 237 der angefochtenen Entscheidung.

eingestuft werden. Folglich habe das Gericht einen Rechtsfehler begangen, als es den von Tomra angewandten rückwirkenden Rabatten Ausschusswirkung beigemessen habe, ohne von der Kommission den Nachweis zu verlangen, dass diese Rabatte zu Preisen unter Kostenniveau geführt hätten.

27. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass dieser Rechtsmittelgrund nur rückwirkende Rabatte betrifft. Entgegen dem Vorbringen von Tomra können die zu seiner Stützung angeführten Argumente keinesfalls die Schlussfolgerungen in Bezug auf die anderen Praktiken, insbesondere die Mengen- und die Exklusivitätsverpflichtungen oder die *De-facto*-Exklusivität, beeinflussen.

28. Die Kommission weist zu Recht darauf hin, dass sich die in der Rechtsmittelschrift zitierte Passage aus der Klageschrift zwar auf die Kosten im Rahmen der Preisfestsetzung bezieht, aber in ihrem Kontext bewertet werden muss. Es trifft zu, dass sich die Passage der Klageschrift, die Tomra nun in der Rechtsmittelschrift zitiert, auf Kosten im Rahmen der Festsetzung von Preisen mit Ausschusswirkung bezieht. Aber diese Bezugnahme auf die Kosten¹⁴ ist ein isolierter Fall¹⁵ und erscheint als bloße Ergänzung zu der in der Klageschrift in den Vordergrund gestellten Argumentation mit den „negativen Preisen“, in deren Rahmen eine Prüfung befürwortet wird, nach der „negative Preise“ eine Voraussetzung für die Feststellung wären, dass Treuerabattpläne nach Art. 102 AEUV missbräuchlich sind¹⁶.

29. Insbesondere lautete der volle Wortlaut von Randnr. 105 der Klageschrift: „Es ist auch wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Kommission die Kosten von Tomra nicht geprüft hat. Obwohl die Kommission im 165. [Erwägungsgrund] der Entscheidung darauf verweist, dass Rabatte ‚zu sehr niedrigen Preisen ..., möglicherweise sogar zu Negativpreisen‘ führten, hat sie die Kosten von Tomra nicht geprüft, um festzustellen, unterhalb welchen Niveaus die Preise Verdrängungswirkung hätten oder unlauter wären. Die implizite Prüfung in der Entscheidung geht dahin, dass eine Ausschusswirkung gegeben wäre, wenn die Rabatte von Tomra einen Wettbewerber dazu zwingen würden, einen negativen Preis in Rechnung zu stellen – da der Preis unter den durchschnittlichen variablen Kosten von Tomra liegen muss. Obwohl die Kommission von ‚sehr niedrigen‘ Preisen spricht, enthält die Entscheidung keinen Beleg dafür, dass Rabatte Ausschusswirkungen haben, wenn sie es den Wettbewerbern gestatten, positive Preise in Rechnung zu stellen oder positive Einkünfte zu erzielen. Dies ist wichtig, weil im Folgenden gezeigt wird, dass bei nahezu allen von der Kommission genannten Beispielen die Preise niemals negativ hätten sein können und dass die Wettbewerber stets in der Lage gewesen wären, mit ihren Verkäufen positive Einkünfte zu erzielen.“

30. Tatsache bleibt, dass – mit Ausnahme der soeben zitierten Passage – dieser Teil der Klageschrift (in den Randnrn. 102 bis 131) die Frage betraf, ob die Rabatte von Tomra die Wettbewerber dazu zwangen, negative Preise in Rechnung zu stellen. Wie die Kommission ausgeführt hat, konzentrierte sich die Klageschrift ausschließlich darauf, zu zeigen, dass Tomras Preise nur selten dazu führten, dass ein Wettbewerber „negative Preise“ anbieten musste, um seinen Absatz zu sichern¹⁷.

31. Daher stimme ich mit der Behauptung von Tomra in der Erwiderung nicht überein, das Versäumnis der Kommission, Kosten und Preis der RVM zu vergleichen, sei mit sehr deutlichen Worten in den Randnrn. 102 bis 131 der Klageschrift dargelegt worden. Vielmehr wird in der Klageschrift der Ausdruck „positive Einkünfte“ synonym mit „positiver Preis“ verwendet – mit anderen Worten werden die Kosten außer Acht gelassen und spielen keine Rolle. Es hat den Anschein, dass Tomra bei ihrem Vorbringen im ersten Rechtszug die nunmehr von ihr verfochtene Preis-Kosten-Prüfung nie als entscheidend ansah.

14 — Wie die Kommission dargelegt hat, wird dieses Argument trotz der offensichtlichen technischen Implikationen eines solchen Standpunkts durch keine der zahlreichen Anlagen zur Klageschrift gestützt. Aus der Liste der Anlagen zur Klageschrift geht nicht hervor, dass zur Stützung des Arguments, dem nun im Rechtsmittelverfahren so große Bedeutung beigemessen wird, irgendwelche Beweise herangezogen wurden.

15 — Tomra nimmt in anderen Teilen der Klageschrift auf „positive Einkünfte“ Bezug. Nur in Randnr. 128 der Klageschrift heißt es, dass bei einem ebenso effizienten Wettbewerber mit Gewinnen in gleicher Höhe zu rechnen wäre.

16 — Das Hauptargument in der Klageschrift bestand darin, dass die Rabattpläne von Tomra einen Wettbewerber nicht oder nur selten gezwungen hätten, „negative Preise“ zu verlangen, um seine Absätze zu sichern.

17 — Vgl. u. a. Randnrn. 105, 106, 108, 110, 111, 116, 117, 118, 122, 127 und 128 der Klageschrift.

32. Zudem konzentrierte sich die Klageschrift, wie die Kommission ausgeführt hat, eindeutig auf die Frage der „negativen Preise“, das Vorbringen war auf diese Frage ausgerichtet, und Tomra widmete ihm viele Seiten.

33. Aus den obigen Erwägungen folgt, dass dem Gericht kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass es nicht auf ein Argument eingegangen ist, das in der Klageschrift nicht gebührend vorgebracht worden war. Das „ausgefeiltere Vorbringen“, das Tomra nun aus ihrer Klageschrift ableitet, hätte eindeutig ausführlicher dargelegt und mit Beweisen untermauert werden müssen, aber Tomra hat im ersten Rechtszug nicht mehr als das Fragment vorgebracht, das, wie bereits gezeigt wurde, nicht geeignet ist, das angefochtene Urteil in Frage zu stellen.

34. Infolgedessen sollte dieser Rechtsmittelgrund meines Erachtens für unzulässig erklärt werden.

35. Hilfsweise, falls der Gerichtshof den dritten Rechtsmittelgrund für zulässig erachten sollte, stimme ich der Kommission zu, dass in der Rechtsmittelschrift die Feststellung des Gerichts, wonach die Frage, ob ein Wettbewerber einen negativen Preis (und nicht nur einen niedrigen Preis) anbieten müsste, nicht entscheidend war für die Schlussfolgerung, dass die rückwirkenden Rabattpläne von Tomra nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs missbräuchlich waren, nicht angefochten wird. Das Gericht hat in Randnr. 266 zutreffend festgestellt, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung keineswegs behauptet, dass die Rabattpläne systematisch zu negativen Preisen geführt hätten, und auch nicht, dass ein derartiger Nachweis Voraussetzung für die Feststellung sei, dass die Rabattpläne missbräuchlich seien. Im Übrigen enthält die angefochtene Entscheidung nicht für jeden Preisnachlass- und Rabattplan von Tomra ein Schaubild. Sie enthält lediglich ein oder zwei Schaubilder pro Land, die dazu dienen, die Ausschlusswirkung der Rabattpläne von Tomra zu veranschaulichen.

36. Sodann beruft sich Tomra in ihrer Erwiderung auf die „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“¹⁸ und argumentiert, dass die Kommission dort eine Kosten-Preis-Prüfung befürworte.

37. Diese von 2009 stammende Mitteilung kann jedoch für die Würdigung des gegenständlichen Rechtsmittels nicht von Bedeutung sein. Wie die Kommission ihre Wettbewerbspolitik im Hinblick auf Art. 102 AEUV für die Zukunft auszurichten gedenkt, ist irrelevant. Denn etwaige neue Akzente in der Handhabung dieser Vorschrift können nur für künftige Entscheidungen der Kommission von Belang sein, nicht aber für die rechtliche Würdigung einer bereits 2006 ergangenen Entscheidung¹⁹.

38. Zudem führte Tomra in Bezug auf rückwirkende Rabatte in Randnr. 46 der Erwiderung im ersten Rechtszug aus: „In der Entscheidung ([Erwägungsgründe] 165, 186, 224, 225, 235, 236 und 268) werden Vereinbarungen analysiert, die angeblich rückwirkende Rabatte enthielten. Insbesondere werden sieben Mustervereinbarungen eingehend analysiert. In der Entscheidung heißt es, dass diese Vereinbarungen Ausschlusswirkungen entfalteten, weil a) die Kunden nicht gewillt seien, mehr als ‚eine kleine Anzahl‘ von RVM zu kaufen (165. [Erwägungsgrund]), und b) die Wettbewerber gezwungen würden, diese kleine Anzahl von Einheiten ‚zu sehr niedrigen Preisen ..., möglicherweise sogar zu Negativpreisen‘ anzubieten (165. [Erwägungsgrund])“.

39. Anders ausgedrückt ist es klar, dass das Argument von Tomra, die Kommission habe den rückwirkenden Rabatten fälschlich Ausschlusswirkung beigemessen, auf einem einzigen Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung (nämlich dem 165. Erwägungsgrund) beruhte²⁰.

18 — Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (Abl. 2009, C 45, S. 7).

19 — Ich stimme in diesem Punkt mit Generalanwältin Kokott überein. Siehe ihre Schlussanträge in den Rechtssachen British Airways/Kommission (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 28) und Solvay/Kommission (C-109/10 P, Slg. 2011, I-10329, Randnr. 21).

20 — Dieser Erwägungsgrund befindet sich im Unterabschnitt „Auswirkungen“ der angefochtenen Entscheidung (Erwägungsgründe 159 bis 166) innerhalb des Abschnitts über die Praktiken von Tomra in den „Niederlanden“ (Erwägungsgründe 134 bis 166).

40. In Randnr. 32 der Rechtsmittelschrift weist Tomra allerdings darauf hin, dass in den Randnrn. 260 bis 263 des angefochtenen Urteils auf den Abschnitt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werde, in dem die rechtliche Analyse der Rabatte von Tomra durch die Kommission dargelegt werde (d. h. die Erwägungsgründe 314 bis 329)²¹. Tomra ist bestrebt, die Bedeutung der dort analysierten Fragen für die Schlussfolgerung, dass die Rabatte von Tomra einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellten, in Abrede zu stellen. Hierzu genügt jedoch der Hinweis, dass diese Erwägungsgründe im ersten Rechtszug nicht beanstandet wurden. Auch wenn in den genannten Randnummern einige Tatsachenfeststellungen in der angefochtenen Entscheidung in Frage gestellt worden sein mögen, ändert dies jedenfalls nichts daran, dass dort die Heranziehung der Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission und Michelin II in der Entscheidung²² nicht gerügt wurde.

41. Daher kann durch die in der Rechtsmittelschrift aufgeworfene begrenzte Problematik der Kosten von Tomra und eines effizienten Wettbewerbers die Zurückweisung des Vorbringens im ersten Rechtszug zu den inkriminierten Rabatten und deren Fähigkeit, den Wettbewerb zu schwächen, nicht in Frage gestellt werden.

42. Hierzu hat das Gericht in Randnr. 214 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt: „Um zu bestimmen, ob ein Mengenrabattsystem missbräuchlich ist, müssen sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, berücksichtigt werden, und es ist zu prüfen, ob die Rabatte darauf abzielen, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahlmöglichkeit hinsichtlich seiner Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, gegenüber Handelspartnern bei gleichwertigen Leistungen unterschiedliche Bedingungen anzuwenden oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken ...“²³

43. In der angefochtenen Entscheidung wurde diese Prüfung vorgenommen. Es wurde nicht nur abstrakt erwogen, ob sich die Exklusivvereinbarungen oder Rabatte „ihrem Wesen nach“ negativ auf den Wettbewerb auswirken konnten. Sondern es wurde auch dargetan, dass diese Praktiken unter den Umständen des konkreten Falles solche Wirkungen entfaltet haben oder haben konnten.

44. Ich kann nicht stark genug betonen, dass dies genau die richtige Vorgehensweise ist. Eine Bezugnahme auf negative (wettbewerbswidrige) Wirkungen sollte sicherlich nicht automatisch erfolgen. Das (wahrscheinliche) Vorliegen solcher Ausschlusswirkungen in einem konkreten Fall sollte nicht bloß vermutet, sondern festgestellt und nachgewiesen werden²⁴.

21 — Die Kommission bezeichnet es als bemerkenswert, dass in den Erwägungsgründen 314 bis 329 keinerlei Bezug auf „negative Preise“ genommen werde. Vielmehr werde von einem „Sogeffekt“ der Rabatte gesprochen, und es bestehe, wie im 354. Erwägungsgrund dargelegt, kein Zusammenhang zwischen dem Rabattmechanismus und den Kosten von Tomra (d. h., die Rabatte beruhten nicht auf einer „wirtschaftlichen Leistung“).

22 — In den Erwägungsgründen 314 bis 329. Siehe Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, angeführt in Fn. 5, und Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, Michelin/Kommission („Michelin II“) (T-203/01, Slg. 2003, II-4071).

23 — Siehe Urteil Michelin II, angeführt in Fn. 22, Randnr. 60.

24 — Siehe z. B. die Sache COMP/39.451 – Velux, in der die Nachforschungen der Kommission ergaben, dass Velux ein bedingtes Rabattsystem ohne wettbewerbsverzerrende Ausschlusswirkungen eingeführt hatte, d. h., die Wettbewerber wurden nicht in einer Weise ausgeschlossen, die eine Schädigung der Verbraucher wahrscheinlich machte. Siehe auch die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs (Office of Fair Trading, OFT) nach Section 47 in Bezug auf die Entscheidung CA98/20/2002, BSKyB, vom 29. Juli 2003 (Randnrn. 170 und 178 bis 181); dort hatten die Antragsteller geltend gemacht, dass jeder Rabatt oder Preisnachlass eines beherrschenden Unternehmens potenziell geeignet sei, die Wahlmöglichkeiten des Käufers in Bezug auf dessen Lieferanten einzuschränken und daher *prima facie* einen Missbrauch darstelle, der eine objektive Rechtfertigung erfordere. Diese Ansicht wurde aber vom OFT nicht geteilt. Siehe auch die Entscheidung K(2009) 3726 endg. der Kommission vom 13. Mai 2009 in der Sache COMP/C-3/37.990 – Intel, mit der festgestellt wurde, dass Intel durch eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung gegen Art. [102 AEUV] und Art. 54 des EWR-Abkommens verstoßen habe, indem sie eine Strategie angewandt habe, die darauf abgezielt habe, Wettbewerber vom Markt für x86-Hauptprozessoren auszuschließen (siehe Rechtssache T-286/09, Intel/Kommission, beim Gericht anhängig).

45. Die vorstehenden Ausführungen werden durch die jüngsten Urteile des Gerichtshofs gestützt. Im Urteil *TeliaSonera*²⁵ hat der Gerichtshof in Randnr. 64 entschieden, dass „die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer derartigen Praxis den Nachweis voraus[setzt], dass sie eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem Markt hat, wenn auch nicht unbedingt im konkreten Fall, denn es genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten“. Diese Aussage sollte in Zusammenschau mit Randnr. 254 des Urteils *Deutsche Telekom/Kommission*²⁶ gelesen werden, wo der Gerichtshof ausgeführt hat: „Zwar kann, wenn ein beherrschendes Unternehmen tatsächlich eine Preispolitik verfolgt, die zu einer Beschneidung der Margen seiner zumindest ebenso effizienten Wettbewerber führt und deren Verdrängung vom betroffenen Markt bezweckt, der Umstand, dass das angestrebte Ziel letztlich nicht erreicht wird, einer Einstufung als Missbrauch im Sinne von Art. [102 AEUV] nicht entgegenstehen. Jedoch kann eine Preispolitik wie die hier fragliche, die sich nicht auf die Wettbewerbssituation der Wettbewerber auswirkt, nicht als Verdrängungspraxis eingestuft werden, wenn deren Eindringen in den betroffenen Markt durch sie nicht erschwert wird.“

46. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass in den Randnrn. 259 bis 272 des angefochtenen Urteils zutreffend auf eine ganze Reihe von Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung eingegangen wurde. Deshalb konnte sich das Gericht bei der Erörterung der Preisniveaus auf die Feststellung in Randnr. 267 beschränken, dass „die rückwirkenden Rabattpläne für den Kunden ... zur Folge haben, dass der effektive Preis der letzten Geräteeinheiten aufgrund des Sogeffekts sehr niedrig ist“²⁷. In diesem Zusammenhang wurde im angefochtenen Urteil nicht auf die Diskussion über die Frage eingegangen, ob die Schaubilder in der angefochtenen Entscheidung Fehler enthielten (siehe Randnr. 268).

47. Die Kommission bringt zu Recht vor, dass es daher ins Leere gehe, das angefochtene Urteil in Bezug auf die Frage der negativen Preise zu kritisieren, denn selbst wenn dem Rechtsmittel in diesem Punkt zuzustimmen wäre, würde dies nicht als Rechtfertigung dafür ausreichen, eine Schlussfolgerung des Gerichts außer Kraft zu setzen, zu der es aufgrund weiter greifender Überlegungen²⁸ gekommen ist, die im Rechtsmittel nicht beanstandet werden. Anders ausgedrückt, auch wenn es Tomra gelänge, zu zeigen, dass die Frage der „negativen Preise“ im ersten Rechtszug keine fundamentale Bedeutung hatte, wendet sie sich mit ihrem Rechtsmittel nicht gegen die Feststellung des Gerichts, dass die Frage, ob ein Wettbewerber einen negativen Preis anbieten müsste, um seinen Absatz zu sichern, für die Schlussfolgerung, dass die rückwirkenden Rabattpläne missbräuchlich waren, nicht entscheidend war.

48. Nach alledem geht der dritte Rechtsmittelgrund ins Leere.

49. Schließlich sollte der dritte Rechtsmittelgrund meines Erachtens jedenfalls für unbegründet erklärt werden. Aus dem angefochtenen Urteil geht klar hervor, dass tatsächliche Fragen zu „negativen Preisen“ im ersten Rechtszug ausführlich erörtert wurden. Wie die Kommission ausgeführt hat, hat Tomra anerkannt, dass bei mindestens zwei der sieben in der Klageschrift diskutierten Beispiele ein Wettbewerber negative Preise anbieten müsste. Die Kommission hat viele zusätzliche Beispiele für negative Preise angeführt, die von Tomra nicht in Frage gestellt wurden²⁹. In diesem Punkt hat Tomra die Entscheidung insofern falsch verstanden, als sie annahm, dass negative Preise eine Voraussetzung dafür seien, dass eine zur Kundenbindung führende Preisgestaltung als missbräuchlich zu qualifizieren ist. Aus der angefochtenen Entscheidung geht eindeutig hervor, dass auf die „Sogwirkung“ Bezug genommen wurde, die durch rückwirkende Rabattpläne erzeugt wird (siehe oben, Fn. 27).

25 — Urteil vom 17. Februar 2011, *TeliaSonera* (C-52/09, Slg. 2011, I-527). Siehe auch meine Schlussanträge in dieser Rechtssache.

26 — Urteil vom 14. Oktober 2010, *Deutsche Telekom/Kommission* (C-280/08 P, Slg. 2010, I-9555). Siehe auch meine Schlussanträge in dieser Rechtssache.

27 — D. h., je näher ein Kunde sich an einer Schwelle befindet, die ihn dazu berechtigt, einen Rabatt für alle zuvor gekauften Einheiten zu erhalten (oder zu behalten), desto kostspieliger ist es für einen Wettbewerber, diesem Kunden etwas zu verkaufen. Um vor Erreichen der Schwelle in den Wettbewerb um Verkaufseinheiten eintreten zu können, muss der Wettbewerber einen viel niedrigeren Preis anbieten. Daher haben die Rabattpläne vom Markteintritt abgeschreckt, indem sie ihn strukturell unattraktiv und kostenintensiver gemacht haben, als er ohne die Rabatte gewesen wäre, ohne dass dadurch ein Nutzen für die Verbraucher entstanden wäre, denn diese Strategie erlaubte es Tomra, einen hohen Durchschnittspreis und die Monopoleinkünfte aufrechtzuerhalten.

28 — Siehe dazu vor allem die obigen Nrn. 41 ff. und Fn. 23.

29 — Die Kommission nennt Beispiele für Rabatte, die zu negativen Preisen für die Kunden Rimi Svenska, KB Exonen, Netto, Norgesgruppen, HakonGruppen und Rema 1000 führten (siehe Randnrn. 68 und 69 der Gegenerwiderung im ersten Rechtszug).

50. Die von Tomra als geeignet bezeichnete alternative Prüfung beruht auf einem Vergleich von Kosten und Preisen, wobei der Rabatt einer Einheit zugeordnet oder sich auf eine „Auswahl“ von Einheiten erstrecken würde, die ein Wettbewerber liefern könnte, und das Ergebnis würde als „effektiver Preis“ dieser Einheit oder Einheiten gelten. Tomra meint, dass rückwirkende Rabatte, die nicht dazu führten, dass die Preise (selbst für eine Einheit) die Kosten nicht deckten, zu keiner Abschottung der Wettbewerber führen könnten.

51. Eine solche Prüfung verlangt die Rechtsprechung jedoch nicht.

52. In Randnr. 240 des Urteils Michelin II heißt es, dass „der Gerichtshof ... nach Hinweis auf den ... in Randnummer 238 [dieses Urteils³⁰] wiedergegebenen Grundsatz ausgeführt [hat], dass ‚sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, zu berücksichtigen [sind] und ... zu prüfen [ist], ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken“³¹.

53. Wie die Kommission zutreffend ausführt, behauptet Tomra in diesem Zusammenhang nicht einmal, dass das Gericht bei der Anwendung dieser Kriterien einen Rechtsfehler begangen habe.

54. Jedenfalls ist klar, dass nach der Rechtsprechung für die Schlussfolgerung, dass die Praktiken von Tomra dazu angetan waren, den Wettbewerb auf dem Markt zu schwächen oder seine Entstehung oder Ausdehnung zu verhindern, zu verzögern oder zu erschweren, kein Kosten-Preis-Vergleich nötig ist. Eine solche Analyse kann aber für eine genauere Beurteilung des Ausmaßes der Wirkungen dieser Praktiken nützlich sein. Sie könnte der Kommission beispielsweise bei der Feststellung helfen, ob die Praktiken den Zutritt oder die Ausdehnung nur erschweren oder aber wirtschaftlich unmöglich machen.

55. Meines Erachtens hat das Gericht die Rechtsprechung des Gerichtshofs richtig angewendet, als es in Randnr. 289 daran erinnerte, dass „für die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. [102 AEUV] nicht nachgewiesen zu werden braucht, dass der fragliche Missbrauch konkrete Auswirkungen auf die betroffenen Märkte hatte. Es genügt insoweit der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken, anders ausgedrückt, dass das Verhalten eine solche Wirkung haben kann.“³² Es ist darauf hinzuweisen, dass Tomra diese Erwägungen mit dem vorliegenden Rechtsmittel nicht bekämpft.

56. Jedenfalls ist es wichtig, hier meine obigen Ausführungen in den Nrn. 42 f. in Erinnerung zu rufen: Im vorliegenden Fall wurde in der angefochtenen Entscheidung nicht nur abstrakt erwogen, ob sich die Exklusivvereinbarungen oder Rabatte „ihrem Wesen nach“ negativ auf den Wettbewerb auswirken konnten. Sondern es wurde auch dargetan, dass diese Praktiken unter den Umständen des konkreten Falles solche Wirkungen entfaltet haben oder haben konnten. Genau dies ist der korrekte Ansatz. Eine Bezugnahme auf negative Wirkungen sollte nicht automatisch erfolgen. Das (wahrscheinliche) Vorliegen solcher Ausschlusswirkungen in einem konkreten Fall sollte nicht bloß vermutet, sondern festgestellt und nachgewiesen werden.

30 — D. h., dass „der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ein objektiver Begriff ist, der solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsbeteiligten unterscheiden“ (siehe u. a. Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, angeführt in Fn. 5, Randnr. 91).

31 — Dieses Urteil (Michelin II, angeführt in Fn. 22) nimmt Bezug auf das Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 1983, Nederlandse Banden-Industrie-Michelin/Kommission („Michelin I“) (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 73).

32 — Siehe Urteile Michelin II, angeführt in Fn. 22, Randnr. 239, und British Airways/Kommission, angeführt in Fn. 19, Randnr. 293.

57. Aus alledem folgt, dass das Gericht bei der Prüfung der rückwirkenden Rabatte keinen Verfahrensfehler und auch keinen Rechtsfehler begangen hat. Folglich ist der dritte Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

D – Vierter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler und Fehlen einer angemessenen Begründung bei der Feststellung, ob Vereinbarungen, in denen Tomra als „bevorzugter Lieferant, Hauptlieferant oder erster Lieferant“ bezeichnet wird, als Exklusivvereinbarungen eingestuft werden konnten (Randnrn. 55 bis 67 des angefochtenen Urteils)

58. Tomra bringt im Wesentlichen vor, das Gericht habe bei der Feststellung, ob Vereinbarungen, in denen Tomra als „bevorzugter Lieferant, Hauptlieferant oder erster Lieferant“ bezeichnet werde, als Exklusivvereinbarungen und als missbräuchlich eingestuft werden konnten, einen Rechtsfehler begangen und keine angemessene Begründung geliefert. Nach Zurückweisung des Vorbringens, dass bei der Beurteilung berücksichtigt werden müsse, ob die Vereinbarungen nach nationalem Recht bindende Exklusivvereinbarungen gewesen seien, habe das Gericht nicht geprüft und festgestellt, ob alle fraglichen Vereinbarungen Anreize enthalten hätten, sich ausschließlich von Tomra beliefern zu lassen, wie dies nach dem Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission erforderlich sei. Das Gericht habe seine Schlussfolgerung, dass alle fraglichen Vereinbarungen exklusiv gewesen seien, allein auf angebliche subjektive Absichten von Tomra gestützt.

59. Das Gericht hat in Randnr. 57 – (i) allgemein – entschieden, dass „die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die Verträge über den ‚bevorzugten Lieferanten‘ aufgrund der zum Parteiwillen vorliegenden Beweise als Exklusivverträge eingestuft [hat]. Diese Beweise zeigen, dass die Verträge tatsächlich ausschließlich sein sollten und auch so aufgefasst wurden, unabhängig von der Frage ihrer Durchsetzbarkeit nach dem nationalen Vertragsrecht.“ Sodann hat das Gericht im angefochtenen Urteil (Randnrn. 58 bis 66) zudem festgestellt, dass dies – (ii) speziell – auf jede Vereinbarung zutreffe.

60. Folglich hat das Gericht eindeutig festgestellt, dass die Frage, ob diese Vereinbarungen von den betroffenen Parteien als Exklusivitätsverpflichtungen verstanden wurden, eine Tatsachenfeststellung ist, die auf der Basis der verfügbaren Beweise zu treffen ist und nicht auf der Basis der nationalen Rechtsvorschriften, denen die verschiedenen Verträge unterlagen.

61. Daher rügt Tomra eine Tatsachenfeststellung³³ im angefochtenen Urteil.

62. Der Kommission ist zuzustimmen, wenn sie argumentiert, dass Tomra die rechtlichen Erwägungen des Gerichts, auf denen seine Feststellungen beruhen, hätte bekämpfen können; Tomra hätte geltend machen können, dass die Frage des Vorliegens einer Exklusivitätsverpflichtung ausschließlich nach nationalem Vertragsrecht zu beurteilen sei, und dies war auch Tomras Position im ersten Rechtszug.

63. Diese Position vertritt Tomra im vorliegenden Rechtsmittel aber nicht. Randnr. 39 der Rechtsmittelschrift deutet darauf hin, dass sie die Zurückweisung dieses Vorbringens durch das Gericht anerkennt, doch ändert dies nichts daran, dass diese Zurückweisung im Rechtsmittel nicht bekämpft wird. Es ist darauf hinzuweisen, dass im Rechtsmittel die dahin gehenden Feststellungen in den Randnrn. 223 und 298 des angefochtenen Urteils nicht bekämpft werden.

64. Entgegen dem Vorbringen von Tomra im vorliegenden Rechtsmittel bin ich der Meinung, dass das Gericht bei der Feststellung der Ausschließlichkeit sehr wohl „geprüft hat, ob eine Vereinbarung Anreize enthielt, sich ausschließlich vom Lieferanten beliefern zu lassen“. Es hat die einzelnen dazu vorgebrachten Argumente detailliert geprüft und sie aufgrund der ihm vorliegenden Beweise in den Randnrn. 88 bis 197 des angefochtenen Urteils als unbegründet zurückgewiesen.

³³ – Dass die Verträge, in denen Tomra als „bevorzugter Lieferant, Hauptlieferant oder erster Lieferant“ bezeichnet wird, eine Exklusivitätsverpflichtung implizierten.

65. Nach der Rechtsprechung ist die Beweiswürdigung durch das Gericht keine Rechtsfrage, die der Kontrolle im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegt, sofern „[die] Beweismittel nicht verfälscht werden“³⁴.

66. Da Tomra weder gezeigt noch auch nur behauptet hat, dass das Gericht die Tatsachen und Beweismittel verfälscht habe, sollte dieser Teil des vierten Rechtsmittelgrundes meines Erachtens als unzulässig verworfen werden.

67. Tomra macht ferner geltend, dass das Gericht nicht geprüft habe, ob die Vereinbarungen „andere Anreize“ enthalten hätten, sich ausschließlich von ihr beliefern zu lassen. Das Gericht habe nicht geprüft, ob in allen Vereinbarungen objektive Anreize enthalten gewesen seien, so dass sie alle als Exklusivvereinbarungen bezeichnet werden konnten. Das Gericht müsse klären, ob eine Vereinbarung Anreize enthalte, sich ausschließlich vom Lieferanten beliefern zu lassen, um die Schlussfolgerung ziehen zu können, dass es sich um eine Exklusivvereinbarung handele. Da das Gericht nicht jede Vereinbarung in dieser Weise untersucht habe, habe es einen Rechtsfehler begangen.

68. Ich pflichte der Kommission bei, dass der vierte Rechtsmittelgrund eine deutliche Verschiebung in der Argumentation von Tomra erkennen lässt.

69. In Randnr. 36 der Rechtsmittelschrift behauptet Tomra, das Gericht habe „nicht geprüft und festgestellt, ob alle fraglichen Vereinbarungen Anreize enthielten, sich ausschließlich von [Tomra] beliefern zu lassen, nachdem es das Vorbringen von [Tomra] zurückgewiesen hat, dass es bei seiner Würdigung berücksichtigen müsse, ob die Vereinbarungen nach nationalem Recht bindende Ausschließlichkeitsvereinbarungen waren“.

70. In der Rechtsmittelschrift wird in der Tat zugegeben, dass das Vorbringen im ersten Rechtszug zurückgewiesen wurde, doch wird diese Zurückweisung durch das Gericht nicht bekämpft. Stattdessen scheint Tomra, nachdem ihr Vorbringen im ersten Rechtszug erfolglos blieb, zu einem nach ihren eigenen Prämissen völlig anderen Vorbringen übergegangen zu sein und zu behaupten, dass das Gericht nicht geprüft habe, ob die Vereinbarungen andere „Anreize“ enthalten hätten, sich ausschließlich von Tomra beliefern zu lassen.

71. Die nunmehr vorgebrachte Argumentation wird also, obwohl das Gericht nicht mit ihr konfrontiert worden war, gleichwohl als Rechtsmittelgrund gegen sein Urteil präsentiert. Veranlassung zu diesem Wechsel im Vorbringen von Tomra scheinen die im angefochtenen Urteil (Randnr. 59) angeführten Randnrn. 89 und 90 des Urteils Hoffmann-La Roche/Kommission gegeben zu haben.

72. Daraus folgt, dass der vierte Rechtsmittelgrund ein neues Angriffsmittel darstellt. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs heißt es dazu: „Könnte eine Partei vor dem Gerichtshof erstmals ein Angriffsmittel vorbringen, das sie vor dem Gericht nicht vorgebracht hat, könnte sie den Gerichtshof, dessen Befugnisse im Rechtsmittelverfahren beschränkt sind, letztlich mit einem Rechtsstreit befassen, der weiter reicht als derjenige, den das Gericht zu entscheiden hatte. Im Rahmen eines Rechtsmittels sind daher die Befugnisse des Gerichtshofes auf die Beurteilung der rechtlichen Entscheidung über das im ersten Rechtszug erörterte Vorbringen beschränkt.“³⁵

73. Aus alledem folgt, dass der vierte Rechtsmittelgrund insgesamt für unzulässig erklärt werden sollte.

74. Selbst wenn der Gerichtshof zu der Ansicht käme, dass der vierte Rechtsmittelgrund kein neues Angriffsmittel darstellt und sich nicht gegen die Beweiswürdigung des Gerichts richtet, ist meiner Meinung nach der Kommission jedenfalls der Nachweis gelungen, dass der vierte Rechtsmittelgrund unbegründet ist.

34 — Siehe z. B. Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 11. April 2002, NDC Health/IMS Health und Kommission (C-481/01 P[R], Slg. 2002, I-3401, Randnr. 88). Siehe auch Urteile des Gerichtshofs vom 14. Juli 2005, ThyssenKrupp/Kommission („Legierungszuschlag“) (C-65/02 P und C-73/02 P, Slg. 2005, I-6773, Randnrn. 80 bis 87), und vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission („Zement“) (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnrn. 48 und 49).

35 — Vgl. das in Fn. 4 angeführte Urteil Kommission/Brazzelli Lualdi u. a., Randnr. 59.

75. Das Argument, dass im Rahmen der in den Randnrn. 89 und 90 des Urteils Hoffmann-La Roche/Kommission genannten und zuvor erörterten Prüfung neben einer Exklusivitätsklausel ein zusätzlicher Anreiz nötig sei, zeugt nämlich von einem Fehlverständnis dieses Urteils.

76. Wie es im angefochtenen Urteil in Randnr. 296 (die mit dem Rechtsmittel nicht beanstandet wird) heißt, sind „[s]owohl ausschließliche Bezugsverpflichtungen dieser Art, unabhängig davon, ob sie gegen eine Rabattgewährung eingegangen wurden, als auch die Gewährung von Treuerabatten, die die Abnehmer zum ausschließlichen Bezug bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung veranlassen soll, ... mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt unvereinbar: Sie beruhen nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung, die die Belastung oder den Vorteil rechtfertigt, sondern zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu verwehren.“³⁶ Aus dem Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission und dem Kontext, in dem es in Randnr. 59 des angefochtenen Urteils angeführt wurde, geht klar hervor, dass eine Exklusivitätsverpflichtung, unabhängig von ihrem Status und ihrer Durchsetzbarkeit nach nationalem Recht, für sich genommen einen Anreiz für Exklusivität darstellt.

77. Dies hat auch das Gericht so gesehen, und zwar zunächst allgemein in Bezug auf alle Praktiken von Tomra in Randnr. 223 und ferner speziell in Bezug auf Mengenverpflichtungen in Randnr. 298.

78. In Randnr. 223 wird ausgeführt, dass „zu der Tatsache, dass es sich bei den Supermarktketten um gewerbliche Käufer handelt, die in der Lage waren, die RVM [von Tomra] mit denen der Wettbewerber zu vergleichen und danach ihre Wahl zu treffen, zu bemerken [ist], dass das Verhalten [von Tomra] offensichtlich darauf ausgerichtet war, Vorkehrungen zu treffen, um die Kunden zu veranlassen, nicht von anderen Anbietern zu kaufen und diese Situation aufrechtzuerhalten“.

79. In Randnr. 298 heißt es: „Individuell angepasste Mengenverpflichtungen wie die, auf die im 302. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen wird, die den Käufer faktisch binden und/oder dazu veranlassen, sich ausschließlich oder für einen erheblichen Teil seines Bedarfs bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung einzudecken, und die nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung beruhen, die die Belastung oder den Vorteil rechtfertigt, sondern darauf gerichtet sind, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zutritt zum Markt zu verwehren, stellen – *selbst wenn sie dem Käufer keine förmliche Verpflichtung auferlegten* – eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. [102 AEUV] dar ...“³⁷

80. Wie die Kommission dargelegt hat, wird dieser Teil des angefochtenen Urteils von Tomra nicht bekämpft. Daraus folgt, dass dieser Teil des vierten Rechtsmittelgrundes sowohl unbegründet ist als auch ins Leere geht.

81. Zudem genügt der vierte Rechtsmittelgrund nicht den Anforderungen von Art. 38 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung. Die einzige Passage in der Rechtsmittelschrift, in der Tomra sich auf die anderen Vereinbarungen bezieht, in denen sie als „bevorzugter Lieferant, Hauptlieferant oder erster Lieferant“ bezeichnet wurde und die nach ihrer Ansicht vom Gericht falsch gewürdigt wurden, ist nicht mehr als eine Fußnote, die nur vier Vereinbarungen ohne jede Erläuterung anführt. Dies kann nicht als hinreichend begründeter Klagegrund im Einklang mit Art. 38 § 1 Buchst. c angesehen werden.

36 — Siehe Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, angeführt in Fn. 5, Randnr. 90.

37 — Hervorhebung nur hier. Bezug genommen wird an dieser Stelle auf das Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission (T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Randnrn. 84 und 160).

82. In Randnr. 38 der Rechtsmittelschrift räumt Tomra ein, dass im angefochtenen Urteil einige Vereinbarungen erwähnt werden, „die Mengenverpflichtungen oder progressive rückwirkende Rabatte enthielten“. Sie trägt jedoch vor, dass es nicht genüge, auf der Grundlage dieser wenigen Beispiele festzustellen, dass alle Vereinbarungen, in denen die Ausdrücke „bevorzugt“, „Haupt-“ oder „erster“ vorkämen, Anreize enthielten, sich ausschließlich von Tomra beliefern zu lassen. In ihrer Erwiderung argumentiert Tomra, dass der vom Gericht begangene „Rechtsfehler“ darin bestehe, „nicht für jede Vereinbarung“ eine Analyse der vom Gericht in Randnr. 60 des angefochtenen Urteils in Bezug auf einige Vereinbarungen vorgenommenen Art durchgeführt zu haben.

83. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass in der Rechtsmittelschrift nur vier Vereinbarungen (in einer Fußnote) aufgeführt werden, die unrichtig beurteilt worden sein sollen, ohne dass dazu Erläuterungen gegeben werden.

84. Die Kommission hat zutreffend darauf hingewiesen, dass eine dieser vier Vereinbarungen (Royal Ahold) zu denen gehört, die in Randnr. 60 des angefochtenen Urteils erwähnt werden. Das könnte eines der „wenigen Beispiele“ sein, für die Tomra einräumt, dass das Gericht das Vorhandensein von Anreizen korrekt geprüft hat. Zwei weitere Vereinbarungen (Edeka Baden-Württemberg [2000] und COOP Schleswig-Holstein [2000]) sind in der Tat keine Vereinbarungen in Bezug auf einen „bevorzugten Lieferanten“, „Hauptlieferanten“ oder „ersten Lieferanten“. Es sind vielmehr ausdrücklich Exklusivvereinbarungen. Schließlich lagen dem Gericht in Bezug auf Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (Kooperationsverbund Süd) (1998–1999) u. a. die Vertragsbedingungen und interne Dokumente vor, die die Ergebnisse der Verhandlungen beschreiben³⁸; aus einer internen E-Mail von Tomra Deutschland, in der auf eine frühere mündliche Kontaktaufnahme Bezug genommen wird und die eine Beschreibung der Verhandlungsergebnisse enthält, geht hervor, dass die Vereinbarung als exklusiv verstanden wurde³⁹ und welche Bedeutung eine Klausel hatte, wonach der Erwerb von RVM von Wettbewerbern nur unter ganz engen Voraussetzungen, nämlich „wenn sie signifikante Vorteile bieten“ oder „zu Testzwecken“, gestattet war⁴⁰.

85. Daher bin ich der Ansicht, dass die Argumente von Tomra im vierten Rechtsmittelgrund eindeutig nicht dazu angetan sind, die Feststellungen im angefochtenen Urteil zur exklusiven Natur der von Tomra getroffenen Vereinbarungen zu untergraben.

86. Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Gericht bei der Feststellung, ob Vereinbarungen, in denen Tomra als „bevorzugter Lieferant, Hauptlieferant oder erster Lieferant“ bezeichnet wurde, als Exklusivvereinbarungen eingestuft werden konnten, weder einen Rechtsfehler begangen noch versäumt hat, eine angemessene Begründung zu liefern. Folglich ist der vierte Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

E – Fünfter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts bei der Überprüfung der Geldbuße durch unzutreffende Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Randnrn. 310 bis 321 des angefochtenen Urteils)

87. Tomra bringt im Wesentlichen vor, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, da es bei der Überprüfung der von der Kommission festgesetzten Geldbuße den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht richtig angewendet habe. Dieser Grundsatz erfordere, dass die Kommission gegen ein Unternehmen keine Geldbuße verhängte, die beträchtlich höher sei als die gegen andere Unternehmen in einer vergleichbaren Situation verhängte.

38 — Es wird auf die Erwägungsgründe 192 bis 194 der angefochtenen Entscheidung und auf deren Fn. 415 Bezug genommen.

39 — „Es wird einen Exklusivvertrag mit Tomra zu den Bedingungen vom 20.03.98 geben.“ Anlage B.1 zur Klagebeantwortung, S. 6686 der Akte der Kommission.

40 — Klausel 4 lautet: „Die Kooperationspartner sowie deren Regiebetriebe haben die Möglichkeit, jeweils einen Testmarkt innerhalb des Zeitraums mit Wettbewerbsergebnissen auszustatten.“ Klageschrift, Anlage A-21, S. 892.

88. Die Kommission bringt vor, die gerügte Zuwiderhandlung sei eindeutig gewesen⁴¹ und absichtlich begangen worden. Es habe keine besonderen Umstände gegeben, die eine Herabsetzung der Geldbuße hätten rechtfertigen können. Die im vorliegenden Fall verhängte Geldbuße sei keineswegs ungewöhnlich oder besonders streng.

89. Ich halte das Vorbringen von Tomra für rechtlich unbegründet.

90. Das Rechtsmittel richtet sich gegen den Betrag der Geldbuße, wobei im Wesentlichen einige der im ersten Rechtszug vorgebrachten Argumente wiederholt werden. Meines Erachtens hat das Gericht die einschlägige Rechtsprechung jedoch richtig angewendet und in seinem Urteil keinen Rechtsfehler begangen.

91. Ich verweise auf die in den Randnrn. 310 bis 321 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtsprechung und werde mich auf die nachfolgenden wenigen Bemerkungen beschränken.

92. Nach der Rechtsprechung⁴² bildet die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht selbst den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbsachen, da dieser allein in der Verordnung Nr. 1/2003 geregelt ist⁴³. Zudem ist die Kommission dadurch, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in einer bestimmten Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert, dieses Niveau innerhalb der in der Verordnung Nr. 1/2003 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der Wettbewerbspolitik der Union sicherzustellen. Vielmehr verlangt die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln der Union, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann⁴⁴. Da die Geldbußen zudem ein Instrument der Wettbewerbspolitik der Kommission darstellen, bedarf die Kommission bei ihrer Festsetzung eines Ermessens, um die Unternehmen dazu anhalten zu können, die Wettbewerbsregeln einzuhalten⁴⁵.

93. Außerdem kann der Kommission nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie bei Zuwiderhandlungen von vergleichbarer Schwere in verschiedenen Fällen nicht Geldbußen verhängt, die im selben Verhältnis zum Umsatz stehen⁴⁶.

94. Ich stimme mit der Kommission überein, dass es keinen stichhaltigen Grund dafür gibt, dass ein Vergleich der Strenge einer Geldbuße für die Zwecke des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf dem prozentualen Anteil am Gesamtumsatz beruhen sollte. Die Höhe der Geldbuße könnte als Funktion ihres absoluten Betrags oder anhand anderer relativer Parameter wie dem betroffenen Umsatz oder dem erzielten Gewinn beurteilt werden. Der Gesamtumsatz hat insoweit keine besondere Bedeutung. Geldbußen werden nicht im Verhältnis zum Gesamtumsatz ermittelt.

41 — Diese Art von Verstoß war in der Tat bereits in der Vergangenheit Gegenstand verschiedener Entscheidungen und Urteile. Verwiesen wird u. a. auf: Urteile des Gerichtshofs vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission (40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 517 ff.), Hoffmann-La Roche/Kommission (angeführt in Fn. 5, Randnrn. 90 ff.), „Michelin I“ (angeführt in Fn. 31, Randnrn. 62 ff.), vom 29. März 2001, Portugal/Kommission (C-163/99, Slg. 2001, I-2613, Randnrn. 50 ff.), und British Airways/Kommission (angeführt in Fn. 19) sowie Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 1991, Hilti/Kommission (T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Randnr. 101), vom 1. April 1993, BPB Industries und British Gypsum/Kommission (T-65/89, Slg. 1993, II-389, Randnrn. 71 und 120), vom 7. Oktober 1999, Irish Sugar/Kommission (T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Randnrn. 198, 201 und 213), „Michelin II“ (angeführt in Fn. 22, Randnrn. 53 ff.) und Solvay/Kommission (angeführt in Fn. 19).

42 — Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 205). Siehe beispielsweise auch Urteil des Gerichts vom 29. November 2005, SNCZ/Kommission (T-52/02, Slg. 2005, II-5005, Randnr. 77). Es steht der Kommission frei, bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes das Gewicht, das sie einzelnen Faktoren zumisst, zu ändern: Urteile des Gerichts vom 14. Mai 1998, Mayr-Melnhof/Kommission (T-347/94, Slg. 1998, II-1751, Randnr. 368), und vom 18. Juli 2005, Scandinavian Airlines System/Kommission (T-241/01, Slg. 2005, II-2917, Randnr. 132) (dabei ist irrelevant, dass die Kommission in der Vergangenheit Zuwiderhandlungen der fraglichen Art als weniger gravierend eingestuft haben mag).

43 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 AEUV] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

44 — Urteil des Gerichtshofs vom 7. Juni 1983, Musique Diffusion française u. a./Kommission (100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 109).

45 — Urteil des Gerichts vom 11. Dezember 1996, Van Megen Sports/Kommission (T-49/95, Slg. 1996, II-1799, Randnr. 53).

46 — Vgl. in diesem Sinne Urteil SNCZ/Kommission (angeführt in Fn. 42, Randnr. 79) und Urteil des Gerichts vom 13. Januar 2004, JCB Service/Kommission (T-67/01, Slg. 2004, II-49, Randnrn. 187 bis 189).

95. Der Gerichtshof hat entschieden, dass „die Kommission bei der Ermittlung der Höhe der Geldbußen anhand von Schwere und Dauer der fraglichen Zuwiderhandlung nicht verpflichtet [ist], die Geldbuße ausgehend von Beträgen zu berechnen, die auf dem Umsatz der betreffenden Unternehmen beruhen“⁴⁷.

96. Nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 dürfen Geldbußen 10 % des Umsatzes eines Unternehmens im vorausgegangenen Geschäftsjahr nicht übersteigen. Im vorliegenden Fall wurde diese absolute Höchstgrenze der in Betracht kommenden Geldbuße eindeutig nicht überschritten. Nebenbei bemerkt wurde diese Höchstgrenze von 10 % offenbar in letzter Zeit in vielen Fällen erreicht: Zwischen 1998 und 2009 wurden die Geldbußen von nicht weniger als 24 Adressaten von Entscheidungen der Kommission reduziert, weil der Endbetrag der Geldbuße 10 % ihres Gesamtumsatzes überschritt – damit wurde diese Höchstgrenze alles in allem bei etwa 10 % der Adressaten erreicht.

97. Meiner Meinung nach hat das Gericht bei seiner Überprüfung der Geldbuße im angefochtenen Urteil keinen Rechtsfehler in Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung begangen und die Rechtsprechung korrekt angewendet. Das Gericht hat zutreffend entschieden, dass die im vorliegenden Fall verhängte Geldbuße im Einklang mit den Verpflichtungen der Kommission aufgrund der einschlägigen Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen stand⁴⁸. Daher ist dem Vorbringen von Tomra – dass die einzige Möglichkeit für das Gericht, sicherzustellen, dass keine Diskriminierung vorliege, darin bestanden hätte, das „Niveau“ der Geldbußen, die von der Kommission zur Zeit der angefochtenen Entscheidung verhängt worden seien, durch Heranziehung anderer, vergleichbarer Fälle zu ermitteln – nicht zu folgen.

98. Der fünfte Rechtsmittelgrund ist daher zurückzuweisen.

99. Nach alledem ist das Rechtsmittel in vollem Umfang zurückzuweisen.

IV – Ergebnis

100. Im Licht aller vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen;
- der Tomra Systems ASA, der Tomra Europe AS, der Tomra Systems GmbH, der Tomra Systems BV, der Tomra Leergutsysteme GmbH, der Tomra Systems AB und der Tomra Butikkssystemer AS ihre eigenen Kosten und die Kosten der Europäischen Kommission aufzuerlegen.

47 — Siehe u. a. Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission (angeführt in Fn. 42, Randnr. 255).

48 — Zur Veranschaulichung sei darauf hingewiesen, dass – wie die Kommission in Bezug auf das Vorbringen von Tomra, wonach die Geldbuße 8 % ihres Umsatzes ausmache, ausgeführt hat – der Endbetrag der Geldbuße offenbar ca. 7,14 % des Umsatzes von Tomra entspricht. Berücksichtigt man die Dauer der Zuwiderhandlung (fünf Jahre, wie nie bestritten wurde), dann beläuft sich die Geldbuße auf etwa 1,6 % des gesamten Umsatzes von Tomra im Zeitraum der Zuwiderhandlung.