

Newsletter, 27. Mai 2011

## **Nichteinhaltung einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung beseitigt das Bußgeldrisiko nicht**

**Der EuGH hat sich in der Entscheidung "Activision Blizzard Germany GmbH vs. Europäische Kommission"<sup>1</sup> vom 10. Februar 2011 mit den Voraussetzungen für das Vorliegen einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. AEUV zwischen Lieferanten und Vertriebshändlern befasst. Aus dem Urteil wird deutlich, dass die Zustimmung des Händlers zu einer vom Lieferanten bezweckten Beschränkung des passiven Parallelhandels auch dann zu einem Bußgeld führen kann, wenn der Händler sich an die Vereinbarung gar nicht hält.**

### *Europäische Kommission*

Bereits im März 1995 leitete die Kommission eine Untersuchung der Videospielindustrie ein, wobei sie sich u.a. auf das Vertriebssystem von Nintendo Co. Ltd. ("Nintendo") fokussierte. Im Laufe des Verfahrens bekannte sich Nintendo zu Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit dem Parallelhandel innerhalb der Gemeinschaft und leistete an die durch ihr Handeln finanziell geschädigten Dritten Ausgleichszahlungen. Die CD-Contact Data GmbH ("CD-Contact"), heute Activision Germany GmbH, war in der Zeit vom April 1997 bis 31. Dezember 1997 die Alleinvertriebshändlerin von Nintendo für Belgien und Luxemburg. Die Parteien hatten in dem Vertriebsvertrag den aktiven Parallelhandel zulässigerweise ausgeschlossen. In einem Schreiben der CD-Contact an Nintendo of Europe GmbH ("NEO") verteidigte sich CD-Contact nun gegen den Vorwurf, den Parallelhandel zu fördern und begründete dies insbesondere damit, die Liefermengen "kritischer" Kunden zu begrenzen, so dass diese keine überschüssigen Waren exportieren können. In einem weiteren Schreiben an NEO beschwerte sich CD-Contact darüber, dass Kunden in Belgien Bestellungen stornierten, da sie von dem französischen Nintendo-Vertriebshändler zu günstigeren Konditionen

beliefert wurden. Tatsächlich belieferte CD-Contact aktiv Kunden in Frankreich und förderte mithin ebenfalls den Parallelhandel. Mit der am 30. Oktober 2002 ergangenen Entscheidung legte die Kommission Nintendo ein Bußgeld in Höhe von €149,1 Mio. auf, während CD-Contact ein Bußgeld in Höhe von €1 Mio. erhielt.<sup>2</sup> Die Kommission bebußte ferner sechs weitere unabhängige Nintendo-Vertriebshändler.

### *Urteil des EuG*

Die Activision Blizzard Germany GmbH ("Klägerin") hat in ihrer Klage zum EuG primär geltend gemacht, dass die Kommission auf der Grundlage der von ihr in der Entscheidung angeführten Schriftstücke nicht den Schluss hätte ziehen dürfen, dass zwischen der Klägerin und NEO eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bestand. Das EuG<sup>3</sup> hat zunächst klargestellt, dass es hier nicht um eine abgestimmte Verhaltensweise, sondern um die Frage des Vorliegens einer Willensübereinstimmung hinsichtlich der Beschränkung des Parallelhandels geht. Als Hauptbeweismittel diente dabei der zwischen der Klägerin und NEO geführte Schriftverkehr. Der Wortlaut dieses Schriftverkehrs erlaubte nach Ansicht des EuG den Schluss, dass die Paralleleinführen von Nintendo-Erzeugnissen nach Belgien beanstandet werden sollten und dass die Klägerin sich in das von Nintendo geschaffene System des Informationsaustauschs einfügte.<sup>4</sup> Dabei hob der EuG hervor, dass der Umstand, dass sich die Klägerin in der Praxis am Parallelhandel beteiligte, indem sie Er-

<sup>1</sup> EuGH, C-260/09.

<sup>2</sup> Entscheidung der Kommission vom 30.10.2002: COMP/35.587 - PO Video Games, COMP/35.706 - PO Nintendo Distribution, COMP/36.321 - Omega/Nintendo.

<sup>3</sup> EuG, Urteil vom 30.04.2009, T-18/03 - CD-Contact Data GmbH vs. Europäische Kommission.

<sup>4</sup> T-18/03, Rn. 61; Vgl. dazu auch EuGH, Urteil v.4.6.2009, WuW/E EU-R 1589, 1591 - T-Mobile Netherlands, in dem der EuGH festgestellt hat, dass bei einem Informationsaustausch über sensible Daten von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.

zeugnisse an außerhalb von Belgien und Luxemburg ansässige Kunden exportierte, nicht dazu führe, eine abgestimmte Verhaltensweise abzulehnen.<sup>5</sup> *"Ein Unternehmen, das trotz der Abstimmung mit seinen Konkurrenten eine andere als die vereinbarte Politik verfolgt, versucht möglicherweise nur, die Vereinbarung zu seinem Vorteil auszunutzen"*, so der EuG.<sup>6</sup> Von Interesse sind schließlich die Ausführungen des EuG zur Herabsetzung der Geldbuße. So hob der EuG zunächst hervor, dass Unkenntnis nicht vor Bußgeld schützt: der Vortrag der Klägerin, nicht über ausreichende Kenntnisse verfügt zu haben um ihr Verhalten als kartellrechtswidrig anzusehen, kann nicht als mildernder Umstand gewertet werden.<sup>7</sup> Jedoch war mildernd zu berücksichtigen, dass tatsächlich eine Ungleichbehandlung zwischen der Klägerin und Conentra, einem anderen Vertriebs Händler von Nintendo, vorlag, so dass das EuG die Geldbuße der Klägerin ebenfalls um 50% herabsetzte.<sup>8</sup>

### Urteil des EuGH

Der EuGH hat die Entscheidung des EuG vollumfänglich bestätigt und das Rechtsmittel der Klägerin zurückgewiesen. Der EuGH betont, dass für den Nachweis des Bestehens einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung im Rahmen einer vertikalen Beziehung grundsätzlich kein höheres Beweisniveau zu verlangen ist als im Rahmen einer horizontalen Beziehung.<sup>9</sup> Zudem wird nach Ansicht des EuGH das Bestehen einer Willensübereinstimmung nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass die Klägerin in der Praxis am passiven Parallelhandel teilgenommen hat, indem sie Erzeugnisse an außerhalb von Belgien und Luxemburg ansässige Kunden exportiert hat.<sup>10</sup>

### Kommentar

Die Entscheidung zeigt deutlich, dass sowohl der Lieferant als auch der Händler bei der internen Kommunikation darauf achten müssen, missverständliche Formulierungen zu vermeiden. Sofern sich die eine Vertragsseite mit einem kartellrechtswidrigen Vorschlag an den Vertragspartner wendet, ist dem entschieden entgegen zu treten (möglichst in schriftlicher Form). Auch an "Vorbereitungshandlungen" wie dem Informationsaustausch darf man sich nicht beteiligen. Andernfalls riskiert die Gegen-

seite, dass objektiv der Eindruck entsteht, dass dem Ansinnen der Vertragspartei (wie z.B. der Beschränkung des passiven Parallelhandels) nachgegeben wird. Die alleinige Tatsache, dass sich der Händler anschließend entgegen den Wünschen des Lieferanten verhält, kann nicht als entlastendes Indiz gewertet werden. Die Entscheidung fügt sich nahtlos in eine Reihe jüngerer Entscheidungen<sup>11</sup> ein, in denen der EuGH klargestellt hat, dass in den Fällen, in denen die Parteien eine Wettbewerbsbeschränkung "bezweckt" haben, nicht mehr zu prüfen ist, ob dies auch erfolgreich war und sie die Wettbewerbsbeschränkung auch "verwirkt" haben. Art. 101 AEUV ist kein Erfolgs-, sondern ein Gefährdungsdelikt. Und folgerichtig ist es auch kein Argument gegen das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, dass man das Bewirken später dadurch vermieden hat, dass man sich an eine vorher getroffenen Vereinbarung nicht gehalten hat. Die Vereinbarung wirkt solange fort, bis sie ausdrücklich aufgehoben ist.

#### Commeo LLP

Rechtsanwälte und Notar

Werfthaus

Speicherstraße 55

60327 Frankfurt am Main

Tel. + 49 69 659990-0

Fax + 49 69 659990-199

[www.commeo-law.com](http://www.commeo-law.com)

**Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M.**

[joerg-martin.schultze@commeo-law.com](mailto:joerg-martin.schultze@commeo-law.com)

**Dr. Dominique S. Wagener, LL.M.**

[dominique.wagener@commeo-law.com](mailto:dominique.wagener@commeo-law.com)

**Dr. Stephanie Pautke, LL.M.**

[stephanie.pautke@commeo-law.com](mailto:stephanie.pautke@commeo-law.com)

**Dr. Johanna Kübler**

[johanna.kuebler@commeo-law.com](mailto:johanna.kuebler@commeo-law.com)

**Isabel Oest, LL.M.**

[isabel.oest@commeo-law.com](mailto:isabel.oest@commeo-law.com)

**Josefa F. Peter, LL.B./LL.M.**

[josefa.peter@commeo-law.com](mailto:josefa.peter@commeo-law.com)

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.

<sup>5</sup> T-18/03, Rn. 67.

<sup>6</sup> T-18/03, Rn. 67.

<sup>7</sup> T-18/03, Rn. 115.

<sup>8</sup> T-18/03, Rn. 121.

<sup>9</sup> C-260/09, Rn. 71.

<sup>10</sup> C-260/09, Rn. 81.

<sup>11</sup> EuGH, 20.11.2008, WuW/E EU-R 1509, 1510 - BIDS; EuGH, 4.6.2009, T-Mobile Netherlands, aaO.