Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 27. März 2014[1]

Rechtssache C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
gegen

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Kartelle — Markt für die Ausgabe von Zahlungskarten in Frankreich — Groupement des cartes bancaires (CB) — Für ‚Neumitglieder' des Groupement geltende Preismaßnahmen — Mitgliedsbeitrag und als ‚MERFA' und ‚Weckruf für Inaktive' bezeichnete Mechanismen — Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung — Anordnungsbefugnisse — Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit"

1. Das Groupement des cartes bancaires (CB) (im Folgenden: Groupement) begehrt mit dem vorliegenden Rechtsmittel die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 29. November 2012, CB/Kommission[2], mit dem das Gericht seine Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung K(2007) 5060 endg. der Kommission vom 17. Oktober 2007 in einem Verfahren nach Art. [81 EG] (Sache COMP/D1/38.606 – Groupement des cartes bancaires „CB") (im Folgenden: streitige Entscheidung) abgewiesen hat.

2. Im vorliegenden Fall wird der Gerichtshof hauptsächlich darüber zu entscheiden haben, ob das Gericht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis kommen konnte, dass die fraglichen Maßnahmen eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV) „bezweckt" haben, wobei das Gericht im vorliegenden Fall davon abgesehen hat, deren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu untersuchen – anders als die Kommission, die in der streitigen Entscheidung nach eingehender Untersuchung festgestellt hat, dass diese Maßnahmen wettbewerbswidrige Wirkungen nicht nur bezweckt, sondern auch bewirkt hätten[3].

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — T-491/07 (im Folgenden: angefochtenes Urteil).

3 — Vgl. Erwägungsgründe 252 bis 358 der streitigen Entscheidung.

3. Insbesondere ist die Frage zu beantworten, ob das Gericht zu Recht von einer eher weiten Auslegung des Begriffs der „bezweckten Einschränkung“ ausgegangen ist und diese angewandt hat. Diese wichtige Frage ist zwar keineswegs neu, stellt sich hier aber in dem sehr speziellen Rahmen des Zahlungskartenmarktes, dessen zweiseitige Natur [4] und besondere Eigenart bislang [5] vom Gerichtshof noch nicht analysiert worden sind. Auf grundsätzlicherer Ebene bietet die vorliegende Rechtssache dem Gerichtshof Gelegenheit, seine nicht ganz unumstrittene Rechtsprechung zum Begriff der bezweckten Einschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG zu verfeinern.

I – **Vorgeschichte des Rechtsstreits**

4. Die Vorgeschichte des Rechtsstreits, wie sie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, lässt sich wie folgt zusammenfassen.

5. Das Groupement ist eine wirtschaftliche Interessenvereinigung französischen Rechts, die 1984 von den wichtigsten französischen Banken gegründet wurde. Es wurde geschaffen, um die Interoperabilität der Zahlungen und Abhebungen mit den von ihren Mitgliedern herausgegebenen Bankkarten (im Folgenden: CB-Karten) herzustellen. Diese Interoperabilität bedeutet in der Praxis, dass eine durch ein Mitglied des Groupement ausgestellte CB-Karte verwendet werden kann, um bei allen dem CB-System angeschlossenen Händlern Zahlungen durch Vermittlung eines beliebigen anderen Mitglieds zu bewirken und/oder Abhebungen an Geldautomaten aller anderen Mitglieder vorzunehmen. Bei den Mitgliedern des Groupement, deren Zahl sich am 29. Juni 2007 auf 148 belief, handelt es sich entweder um sogenannte „federführende Unternehmen“ oder um Unternehmen, die einem dieser federführenden Unternehmen angeschlossen sind. Laut dem Gründungsvertrag des Groupement gehören die BNP Paribas, die BPCE, vormals Caisse nationale des caisses d’épargne et de prévoyance (CNCEP), und die Société Générale (im Folgenden: SG) zu den elf federführenden Unternehmen.

6. Am 10. Dezember 2002 meldete das Groupement bei der Kommission gemäß der Verordnung Nr. 17 [6] verschiedene für das CB-System geplante neue Regeln an, die insbesondere [7] aus drei Preismaßnahmen bestanden, die wie folgt beschrieben werden können:

— Ein als „MERFA“ [8] bezeichneter Mechanismus, der nach Angabe des Groupement zum einen für die Mitglieder, deren Issuing-Tätigkeit ihre Acquiring-Tätigkeit überwiegt, einen Anreiz zur Steigerung ihrer Acquiring-Tätigkeit darstellen sollte und zum anderen dazu bestimmt war, einen finanziellen Ausgleich für die Mitglieder zu schaffen, die im Verhältnis zu ihrer Issuing-Tätigkeit eine hohe Acquiring-Tätigkeit entfalten. Die zu diesem Zweck vorgesehene Berechnungsformel bestand in einem Vergleich zwischen dem jeweiligen Anteil des Mitglieds an der gesamten Acquiring-Tätigkeit des CB-Systems (nach der Zahl der Händler mit SIREN-Nummer [9] und der Geldautomaten) und dem Anteil dieses Mitglieds an der gesamten Issuing-Tätigkeit dieses Systems. Der MERFA sollte Anwendung finden, wenn das Verhältnis zwischen beiden Werten unter 0,5 lag. Die im Rahmen des MERFA erhobenen Beträge sollten an die Mitgliederbanken

4 — Zweiseitige Märkte können als Märkte definiert werden, in denen das erzielte Transaktionsvolumen nicht nur vom allgemeinen Niveau der Preise abhängt, die von den Teilnehmern gezahlt werden, sondern auch von ihrer Zusammensetzung (Rochet, J.-C., und Tirole J., „Two-sided markets: a progress report“, *The RAND Journal of Economics*, Bd. 37, Nr. 3 [2006], S. 645 bis 667).

5 — Es ist jedoch darauf hinweisen, dass die beim Gerichtshof anhängige Rechtssache MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 30. Januar 2014), die Prüfung bestimmter Entscheidungen betrifft, die im Rahmen des von MasterCard betriebenen sogenannten offenen Zahlungssystems getroffen wurden. Abgesehen davon, dass diese Rechtssache andere Rechtsfragen aufwirft als die vorliegende, betrifft sie die ganz anders geartete Festsetzung multilateraler Interbankenentgelte (MIF).

6 — Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81 EG] und [82 EG] (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204).

7 — Aus der Beschreibung der Maßnahmen geht hervor, dass diese außer den Preismaßnahmen auch eine Umgestaltung der Berechnung der Stimmrechte der Mitglieder innerhalb der Vereinigung vorsahen.

8 — Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur (System zur Regelung der Akquisitionsfunktion).

9 — Système d’identification au répertoire des entreprises (Identifikationsnummer für französische Unternehmen).

verteilt werden, die keine derartigen Beträge zu entrichten hatten, und zwar entsprechend ihrem Beitrag zur Acquiring-Tätigkeit. Diese Mitglieder konnten über die so erhobenen Beträge frei verfügen;

— eine Reform des Rechts auf Beitritt zum Groupement, die neben einem beim Beitritt erhobenen Festbetrag von 50 000 Euro einen Beitrag für jede in den drei Jahren nach dem Beitritt ausgegebene und aktive CB-Karte und gegebenenfalls einen ergänzenden Mitgliedsbeitrag für diejenigen Mitglieder vorsah, bei denen die Zahl der während oder zum Ende des sechsten Jahres nach ihrem Beitritt ausgegebenen CB-Karten das Dreifache der zum Ende des dritten Jahres nach dem Beitritt ausgegebenen CB-Karten übersteigt;

— eine als „Weckruf für Inaktive“ bezeichnete Regelung in Gestalt eines Beitrags für jede ausgegebene CB-Karte, der von denjenigen Mitgliedern erhoben wurde, die vor dem Inkrafttreten der neuen Preismaßnahmen nicht oder nur wenig aktiv waren und deren Anteil an der gesamten Issuing-Tätigkeit des CB-Systems im Laufe der Jahre 2003, 2004 und 2005 mehr als dreimal so hoch war wie ihr Anteil an der auf die CB-Karten bezogenen Gesamttätigkeit des CB-Systems im Laufe des Geschäftsjahrs 2000, 2001 oder 2002.

7. Am 6. Juli 2004 erließ die Kommission eine erste Mitteilung der Beschwerdepunkte, die das Groupement und neun federführenden Unternehmen, bei denen Kontrollen durchgeführt worden waren, mitgeteilt wurde und in der ihnen vorgeworfen wurde, „eine geheime wettbewerbswidrige Vereinbarung“ getroffen zu haben, die „allgemein bezwecke, den Wettbewerb zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Banken einzuschränken und in abgestimmter Weise den Wettbewerb neuer Teilnehmer auf dem Markt der Ausgabe von [CB-Karten] (insbesondere Supermärkte, Online-Banken und ausländische Banken) zu hemmen“. Nach Ansicht der Kommission war „[d]ie Anmeldung … mit dem Ziel erfolgt, den wirklichen Inhalt der wettbewerbswidrigen Vereinbarung zu verbergen“. Sie beabsichtige, die Anmeldung für wirkungslos zu erklären und gegen die Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine Geldbuße festzusetzen. Das Groupement antwortete auf diese Mitteilung der Beschwerdepunkte am 8. November 2004, und am 16. und 17. Dezember 2004 fand eine Anhörung statt.

8. Am 17. Juli 2006 erließ die Kommission eine zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte, die nur an das Groupement gerichtet war. Darin erklärte sie, die ursprüngliche Mitteilung der Beschwerdepunkte sei als zurückgezogen zu betrachten. Diese zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte betraf einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung über eine Reihe von Preismaßnahmen mit wettbewerbswidrigem Ziel oder wettbewerbswidriger Wirkung. Das Groupement antwortete auf diese zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte am 19. Oktober 2006, und eine Anhörung fand am 13. November 2006 statt.

9. Am 20. Juli 2007 legte das Groupement ein Verpflichtungsangebot nach Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003[10] vor, die vom Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission als verspätet und unzureichend angesehen wurde.

10. Daraufhin erließ die Kommission die streitige Entscheidung, der zufolge das Groupement gegen Art. 81 EG verstoßen habe. Diese Entscheidung enthielt insbesondere folgende Erwägungsgründe:

— Der relevante Markt wurde als der Markt der Ausgabe von Bankkarten in Frankreich definiert.

— Die betreffenden Maßnahmen stellten einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung dar.

10 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [81 EG] und [82 EG] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

— Diese Maßnahmen hätten einen wettbewerbswidrigen Zweck. Dieser Zweck ergebe sich aus den in ihnen vorgesehenen Berechnungsformeln selbst und stehe im Widerspruch zu den in der Anmeldung angegebenen Zwecken dieser Maßnahmen. Zum einen seien diese Maßnahmen nicht geeignet, die Acquiring-Tätigkeit zu fördern, und führten dazu, entweder den ihnen unterworfenen Mitgliedern Mehrkosten aufzuerlegen oder die Issuing-Tätigkeit der Mitglieder einzuschränken, die ihr andernfalls unterliegen würden. Zum anderen werde die dem MERFA zugeschriebene Anreizfunktion für die Acquiring-Tätigkeit durch die den Interbankenentgelten zugeschriebene Funktion sowie die Funktion des ergänzenden Mitgliedsbeitrags und des Beitrags zum Weckruf für Inaktive widerlegt. Dieser wettbewerbswidrige Zweck entspreche den tatsächlichen Zielen dieser Maßnahmen, die im Rahmen ihrer Ausarbeitung von den federführenden Unternehmen zum Ausdruck gebracht worden seien, nämlich der Absicht, den Wettbewerb von Neueinsteigern zu behindern und sie zu benachteiligen, der Absicht, die Einnahmen der federführenden Unternehmen zu sichern, und der Absicht, Preissenkungen für CB-Karten zu begrenzen.

— Die betreffenden Maßnahmen hätten auch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung. In der Zeit ihrer Anwendung (zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 8. Juni 2004) hätten sie dazu geführt, dass neue Mitglieder die von ihnen geplante Ausgabe von CB-Karten verringert hätten und dass eine Senkung der Preise der CB-Karten sowohl bei den Neumitgliedern als auch bei den federführenden Unternehmen verhindert worden sei.

— Die fraglichen Maßnahmen könnten nicht als Nebenabreden angesehen werden, die vom Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen seien.

— Die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG seien nicht erfüllt. Vor allem habe die Rechtfertigung der fraglichen Maßnahmen, insbesondere die des MERFA als eines Ausgleichsmechanismus zwischen den Acquiring- und den Issuing-Tätigkeiten, nicht akzeptiert werden, weil als Referenzanteil der Issuing-Tätigkeit im Verhältnis zur Acquiring-Tätigkeit derjenige der federführenden Unternehmen maßgeblich ist und nicht derjenige des optimalen Gleichgewichts für das CB-System.

11. Die Kommission kam daher zu dem Ergebnis, dass Art. 81 Abs. 3 EG nicht auf die betreffenden Maßnahmen anwendbar sei, dass die Entscheidung des Groupement über die betreffenden Maßnahmen gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoße und gemäß Art. 81 Abs. 2 EG von Rechts wegen nichtig sei und dass sie deshalb berechtigt sei, dem Groupement aufzugeben, die fraglichen Maßnahmen zurückzunehmen und sich künftig jeder Vereinbarung, jedes Beschlusses einer Unternehmensvereinigung oder jeder abgestimmten Verhaltensweise mit vergleichbarem Zweck oder vergleichbarer Wirkung zu enthalten.

12. Die streitige Entscheidung bestimmt:

„Artikel 1

Die von [dem Groupement] durch Beschlüsse [des Verwaltungsrats] vom 8. und 29. November 2002 getroffenen Preismaßnahmen, nämlich der [MERFA], der Mitgliedsbeitrag pro Karte sowie der [Beitrag zum Weckruf für Inaktive], der für Mitglieder des Groupement gilt, die seit ihrem Beitritt keine erhebliche CB-Aktivität entfaltet haben, verstoßen gegen Artikel 81 EG.

Artikel 2

Das Groupement stellt die in Artikel 1 bezeichnete Zuwiderhandlung unverzüglich durch Rücknahme der in diesem Artikel bezeichneten angemeldeten Preismaßnahmen ein, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

Das Groupement enthält sich künftig aller Maßnahmen und Verhaltensweisen, die denselben oder einen ähnlichen Zweck oder dieselbe oder eine ähnliche Wirkung haben."

II – **Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil**

13. Mit Klageschrift, die am 27. Dezember 2007 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob der Rechtsmittelführer Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung. Die BNP Paribas, die BPCE und die SG traten dem Rechtsstreit zur Unterstützung des Rechtsmittelführers bei.

14. Der Rechtsmittelführer machte mit Unterstützung der Streithelferinnen sechs Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund betraf einen Verstoß gegen Art. 81 EG infolge methodisch fehlerhafter Analyse der fraglichen Maßnahmen und der betreffenden Märkte, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und einen Begründungsmangel. Der zweite Klagegrund betraf einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG aufgrund von Rechts-, Sachverhalts- und Beurteilungsfehlern bei der Prüfung des Zwecks der fraglichen Maßnahmen. Der dritte Klagegrund betraf Rechts-, Sachverhalts- und Beurteilungsfehler bei der Prüfung der Auswirkungen der fraglichen Maßnahmen. Der vierte, hilfsweise geltend gemachte Klagegrund betraf einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 3 EG aufgrund von Rechts-, Sachverhalts- und Beurteilungsfehlern bei der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die fraglichen Maßnahmen. Der fünfte Klagegrund betraf einen Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung. Der sechste Klagegrund betraf einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit.

15. Unter Zurückweisung sämtlicher Klagegründe wies das Gericht die Klage in vollem Umfang ab und verurteilte das Groupement zur Tragung seiner eigenen Kosten und der Kosten der Kommission sowie die BNP Paribas, die BPCE und die SG zur Tragung ihrer eigenen Kosten.

III – **Anträge der Parteien und Verfahren vor dem Gerichtshof**

16. In seiner Rechtsmittelschrift beantragt der Rechtsmittelführer,

— das angefochtene Urteil aufzuheben;

— den Rechtsstreit an das Gericht zurückzuverweisen, es sei denn, der Gerichtshof hält sich für ausreichend unterrichtet, um die streitige Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten der Verfahren vor dem Gerichtshof und dem Gericht aufzuerlegen.

17. Die BNP Paribas, die BPCE und die SG haben Rechtsmittelbeantwortungen zur Unterstützung des Rechtsmittelführers eingereicht.

18. Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und dem Rechtsmittelführer die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

19. Die Parteien haben ihre Auffassung schriftlich und in der Sitzung vom 22. Januar 2014 mündlich vorgetragen.

IV – **Würdigung der Rechtsmittelgründe**

20. Der Rechtsmittelführer stützt sein Rechtsmittel auf drei Gründe. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund werden Rechtsfehler bei der Anwendung des Begriffs „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ gerügt. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund werden Rechtsfehler bei der Anwendung des Begriffs „bewirkte Wettbewerbsbeschränkung“ gerügt. Der dritte Rechtsmittelgrund betrifft einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit.

21. Der Rechtsmittelführer trägt zunächst vor, das Gericht habe bei der Darstellung des Sachverhalts (Rn. 1 bis 48 des angefochtenen Urteils) ersichtlich wesentliche Tatsachen übergangen, was belege, dass es zu keinem Zeitpunkt vom Standpunkt der Kommission abgewichen sei und es versäumt habe, die gründliche rechtliche und tatsächliche Kontrolle vorzunehmen, die der Gerichtshof verlange [11]. Dabei handle es sich zum einen darum, dass die Kommission ihren Standpunkt im Laufe der Untersuchung des Falles von Grund auf geändert habe [12], was auf grundlegende Fehler der Analyse zurückzuführen sei, auf die die Kommission hinzuweisen versäumt habe, und andererseits darum, dass die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht am 16. Mai 2012 hinsichtlich des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, insbesondere im Zusammenhang mit der Auslegung, die sich aus dem Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers [13] ergebe, nicht zur Kenntnis genommen worden seien.

22. Nach meiner Auffassung sind diese einleitenden Erwägungen, die den Hintergrund der in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfenen Fragen bilden, nicht als Geltendmachung anderer als der förmlich in das Verfahren eingeführten Rechtsmittelgründe aufzufassen.

23. Daher sind die drei förmlich geltend gemachten Rechtsmittelgründe nacheinander zu prüfen, wobei vor allem auf den ersten einzugehen ist, der meines Erachtens den Kern der Auseinandersetzung betrifft und außerdem von besonderem Interesse ist.

A – *Zum ersten Rechtsmittelgrund, mit dem Rechtsfehler bei der Anwendung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung gerügt werden*

24. Der Rechtsmittelführer, dem sich die BNP Paribas, die BPCE und die SG anschließen, macht geltend, das Gericht habe mehrere Rechtsfehler bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG begangen. Er betont, der Ansatz des Gerichts stelle einen gravierenden Präzedenzfall dar, da er darauf hinauslaufe, von vornherein jeden Preis zu verbieten, den ein Marktteilnehmer einem anderen in Rechnung stelle. Das Groupement macht insbesondere geltend, das Gericht habe verkannt, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht zu weit ausgelegt werden dürfe, und den Prüfungsrahmen außer Acht gelassen, dem der Gerichtshof im Allgemeinen zur Feststellung einer solchen Beschränkung folge.

25. Bevor ich auf sämtliche Rügen eingehe, die gegen das vom Gericht auf die fraglichen Maßnahmen angewandte Prüfungsschema erhoben werden, scheinen mir einige Vorbemerkungen zu dem Ansatz erforderlich, dem meines Erachtens zu folgen ist, wenn das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zu prüfen ist.

11 — Vgl. Urteil vom 8. Dezember 2011, KME Germany u. a./Kommission (C-272/09 P, Slg. 2011, I-12789, Rn. 102).

12 — Das Groupement weist darauf hin, dass die Kommission in keiner Weise von den Feststellungen abgerückt sei, die sie in ihrer ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 6. Juli 2004 getroffen habe. Im Anschluss an eine Anhörung, die am 16. und 17. Dezember 2004 stattfand, habe die Kommission sich aber gezwungen gesehen, diese jeder ernsthaften Grundlage entbehrende Mitteilung der Beschwerdepunkte zurückzunehmen.

13 — Urteil vom 20. November 2008 (C-209/07, Slg. 2008, I-8637).

1. Allgemeine Bemerkungen zur Abgrenzung des Begriffs des wettbewerbswidrigen Zwecks im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG

26. Nach einhelliger Auffassung betrifft jedes System des Verbots und der Bestrafung kollusiver Praktiken die Verhaltensweisen, die eine wettbewerbsbeschränkende Tragweite haben [14].

27. Um festzustellen, welche Verhaltensweisen wettbewerbsbeschränkende Tragweite haben, kommen allgemein zwei methodische Wege in Betracht.

28. Der erste besteht in einem kasuistischen Ansatz, der eine eingehende und gründliche Prüfung der tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen der Verhaltensweisen der Unternehmen einschließt. Ein solches Vorgehen hat zwar den großen Vorteil, gerade die Praktiken zu erfassen, die eindeutig wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, erfordert aber erheblichen Aufwand und ist keine Garantie für Verfahrensökonomie. Letztlich kann sie sich sogar als hinderlich erweisen, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen generell aufzudecken.

29. Diese Nachteile haben dazu geführt, einen zweiten Ansatz zu verfolgen, der zum Teil weniger einzelfallbezogen ist und ebenfalls auf Verhaltensweisen abstellt, die allgemein aufgrund wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse als wettbewerbsschädigend angesehen werden.

30. In einem solchen System besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen Verhaltensweisen von Unternehmen, die nach einer Einzelfallprüfung als wettbewerbsbeschränkend anzusehen sind, und solchen, die es aufgrund der Anwendung eines standardisierten Ansatzes sind – beide sind verboten. Die Unterscheidung, die zu treffen ist, beruht vor allem auf prozessualen Erwägungen im Zusammenhang mit dem Nachweis der wettbewerbswidrigen Wirkungen, zu denen die beanstandeten Verhaltensweisen führen.

31. Zur Veranschaulichung sei auf das amerikanische Antitrust-Recht hingewiesen, in dem bestimmte Verhaltensweisen ohne Weiteres als Verstöße gelten. Unternehmen, die derartige Verhaltensweisen an den Tag legen, können deren Einstufung als wettbewerbsbeschränkende Absprache weder gegenüber der für die Ahndung von Wettbewerbsverstößen zuständigen Behörde noch vor Gericht in Frage stellen, indem sie den Nachweis erbringen, dass diese Verhaltensweisen nur geringe schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben oder ihn gar in gewisser Hinsicht fördern.

32. Die Bezugnahme in Art. 81 Abs. 1 EG auf Absprachen, die „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken“, hat ähnliche, wenn auch nicht identische Konsequenzen.

33. Zum Ersten sind Verhaltensweisen von Unternehmen, sofern ihr wettbewerbsbeschränkender „Zweck“ feststeht, grundsätzlich verboten, ohne dass ihre Auswirkungen geprüft werden müssen.

34. Zum Zweiten kommt zwar im Rahmen der Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Wirkungen in Betracht, aber das ändert nichts daran, dass der Rückgriff auf den Begriff des wettbewerbswidrigen Zwecks eine Reihe von Vorteilen bietet, indem er die Feststellung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen bestimmter Praktiken der Unternehmen vereinfacht.

14 — Zur Klarstellung weise ich darauf hin, dass der Begriff „Beschränkung“ so zu verstehen ist, dass auch Fälle erfasst werden, in denen der Wettbewerb „verhindert“ oder „verfälscht“ wird. Ferner ist unter der Beschränkung, um die es hier geht, nicht nur die Einschränkung der Handlungsfreiheit der Unternehmen auf dem Markt („restraint of trade“) zu verstehen, sondern auch diejenige, die das Funktionieren und die Struktur des Marktes („restriction of competition“) betrifft.

35. Zunächst einmal schafft er unbestreitbar Berechenbarkeit und somit Rechtssicherheit für die Unternehmen, indem er es ihnen ermöglicht, die rechtlichen Folgen (insbesondere in Gestalt von Verboten und Sanktionen) abzusehen, die bestimmte ihrer Maßnahmen – wie beispielsweise der Abschluss von Preisvereinbarungen – nach sich ziehen, und ihr Verhalten entsprechend anzupassen. Damit hat die Identifizierung von Absprachen mit wettbewerbsbeschränkendem Zweck auch eine abschreckende Wirkung und trägt dazu bei, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verhindern. Schließlich dient sie der Verfahrensökonomie, indem sie es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, angesichts bestimmter Formen der Kollusion auf deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu schließen, ohne eine häufig komplizierte und mühsame Untersuchung ihrer potenziellen oder tatsächlichen Auswirkungen auf den relevanten Markt vornehmen zu müssen.

36. Derartige Vorteile ergeben sich allerdings nur, wenn der Rückgriff auf den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eindeutig eingegrenzt ist, denn andernfalls könnte er dazu führen, auch Verhaltensweisen einzubeziehen, deren wettbewerbsschädigende Wirkungen nicht eindeutig erwiesen sind.

37. Diese Erwägungen finden eine konkretere Stütze in den Erkenntnissen, die sich aus der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs gewinnen lassen.

38. Erstens weist, wie der Gerichtshof schon sehr früh im Urteil LTM [15] entschieden und seitdem ständig bekräftigt hat [16], der durch die Konjunktion „oder“ gekennzeichnete alternative Charakter der Voraussetzung einer Vereinbarung, die eine Einschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG „bezweck[t] oder bewirk[t]“, darauf hin, dass zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen ist, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Insoweit hat der Gerichtshof präzisiert, dass allerdings in Fällen, „in denen die Prüfung der *Bestimmungen* dieser Vereinbarung keine *hinreichende Beeinträchtigung* des Wettbewerbs erkennen [lässt]“ (Hervorhebung nur hier), deren Auswirkungen zu untersuchen sind und, damit die Vereinbarung vom Verbot erfasst wird, Voraussetzungen vorliegen müssen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert oder spürbar eingeschränkt oder verfälscht worden ist. Um zu beurteilen, ob eine Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten ist, brauchen deren konkrete Auswirkungen daher nicht berücksichtigt zu werden, wenn sich ergibt, dass sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt. [17]

39. Zweitens hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Unterscheidung zwischen „bezweckten Verstößen“ und „bewirkten Verstößen“ darin begründet liegt, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können [18]. Daher sind verschiedene Formen der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen allein aufgrund ihrer Zielsetzung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen worden. So sind nicht nur andere als die in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG vorgesehenen Arten horizontaler Zusammenarbeit [19], sondern auch eine Reihe von vertikalen Vereinbarungen [20] als einem wettbewerbsbeschränkenden Zweck dienend angesehen worden.

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

16 — Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 15.

17 — Vgl. Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung.

18 — Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 18.

19 — Als einem solchen wettbewerbswidrigen Zweck dienend wurde insbesondere der Austausch von Informationen zur Koordinierung des Marktverhaltens der Wettbewerber angesehen (Urteil vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, Slg. 2009, I-4529).

20 — Vgl. insbesondere Urteil vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322), vom 1. Februar 1978, Miller International Schallplatten/Kommission (19/77, Slg. 1978, 131) (Vertriebsverträge zum Verbot des Parallelhandels zwischen Mitgliedstaaten und zur Schaffung einer territorialen Ausschließlichkeit), vom 3. Juli 1985, Binon (243/83, Slg. 1985, 2015) (selektive Vertriebssysteme mit Festsetzung von Mindestpreisen für den Weiterverkauf), sowie vom 13. Oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Slg. 2011, I-9419) (selektives Vertriebssystem, das ohne objektive Rechtfertigung den Verkauf bestimmter Produkte über das Internet verbietet).

40. Drittens setzt die stärker typisierte Beurteilung, zu der der Rückgriff auf den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führt, eine substantiierte und individuelle Prüfung der streitigen Vereinbarung voraus, die sich jedoch klar von der Prüfung der tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der beanstandeten Verhaltensweisen der Unternehmen unterscheiden muss.

41. In diesem Sinne hat der Gerichtshof schon früh [21] klargestellt, dass die Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, nicht von dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang losgelöst werden kann, in dem die Parteien sie geschlossen haben. Seitdem hat er ständig daran erinnert, dass die Bestimmungen der betreffenden Vereinbarungen tatsächlich unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs zu prüfen sind [22]; dem liegt der Gedanke zugrunde, dass bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Verhaltensweise mit den kartellrechtlichen Bestimmungen des Vertrags rein theoretische und abstrakte Überlegungen schwerlich vertretbar sind [23].

42. Zur Veranschaulichung beziehe ich mich auf das Beispiel einer Zuwiderhandlung, von der aufgrund gesicherter Erfahrung vermutet wird, dass sie zu einer der gravierendsten Wettbewerbsbeschränkungen führt, nämlich eine horizontale Vereinbarung über die Preise einer bestimmten Ware. Auch wenn feststeht, dass eine solche Vereinbarung im Allgemeinen in hohem Maß für den Wettbewerb schädlich ist, ist diese Schlussfolgerung z. B. dann nicht zwingend, wenn die betreffenden Unternehmen nur einen ganz geringen Anteil an dem betroffenen Markt haben.

43. Ebenso hat der Gerichtshof nach einer Prüfung des Zusammenhangs für Recht erkannt, dass eine Vertriebsvereinbarung, auch wenn sie *prima facie* als Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen sein mag, nicht als eine Vereinbarung angesehen werden kann, die schon ihrem Wesen nach eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt [24].

44. Meines Erachtens muss die Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs bei der Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks deutlich von dem Nachweis der wettbewerbswidrigen Wirkungen im Sinne der zweiten in dieser Bestimmung vorgesehenen Alternative unterschieden werden, um der Gefahr einer der richtigen Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG abträglichen Verschiebung zu begegnen; darauf werde ich im Folgenden noch zurückkommen. Bei der Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks kann die Berücksichtigung des Zusammenhangs die eigentliche Prüfung des Inhalts der vermuteten Kartellabsprachen allenfalls stützen oder neutralisieren [25]. Keinesfalls kann sie aber das Fehlen der tatsächlichen Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks durch den Nachweis der möglichen Auswirkungen der Maßnahmen heilen.

45. Mit anderen Worten kann, soweit es um die Feststellung einer bezweckten Beschränkung geht, der Rückgriff auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang unabhängig von den konzeptionellen Gemeinsamkeiten zwischen diesen beiden Alternativen [26] nicht zu einer Qualifikation zulasten der beschuldigten Unternehmen führen, wenn eine Vereinbarung vorliegt, aus deren Inhalt keine Beeinträchtigung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs hervorgeht.

21 — Vgl. insbesondere Urteil Consten und Grundig/Kommission (S. 391).

22 — Vgl. insbesondere Urteile Miller International Schallplatten/Kommission, Rn. 7, vom 28. März 1984, Compagnie Royale Asturienne des Mines und Rheinzink/Kommission (29/83 und 30/83, Slg. 1984, 1679, Rn. 26), sowie vom 6. April 2006, General Motors/Kommission (C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Rn. 66).

23 — Vgl. in diesem Zusammenhang die Schlussanträge des Generalanwalts Roemer in der Rechtssache Grundig/Kommission, S. 419.

24 — Urteil vom 28. April 1998, Javico (C-306/96, Slg. 1998, I-1983, Rn. 19 bis 31).

25 — Als Beispiel für eine solche Neutralisierung vgl. Urteil vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 97).

26 — In diesem Sinne wird die Prüfung des Zwecks im Schrifttum mehrfach als eine Anwendung der Prüfung der Wirkungen bezeichnet (vgl. beispielsweise Whish, R., Einführung zum 4. Runden Tisch der Konferenz New Frontiers of Antitrust vom 10. Februar 2012 mit dem Titel „Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: Does it really matter?“, *Concurrences* Nr. 2, 2012, S. 59 ff.).

46. Obwohl die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts den Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Beschränkungen gemäß Art. 81 Abs. 1 EG deutlich macht, hat sie offenbar in einem gewissen Maß zu unterschiedlichen Auslegungen, wenn nicht gar zur Verwirrung Anlass gegeben. Einige Tendenzen der Rechtsprechung scheinen nämlich die notwendige Unterscheidung zwischen der Prüfung des wettbewerbswidrigen Zwecks und der Analyse der wettbewerblichen Wirkungen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen erschwert zu haben.

47. In einer Reihe von Rechtssachen kommt die Berücksichtigung dieses Zusammenhangs in der Tat einer echten Prüfung der möglichen Auswirkungen der betreffenden Maßnahmen nahe.

48. So hat das Gericht in der Rechtssache GlaxoSmithKline Services/Kommission [27], in der es über den wettbewerbswidrigen Zweck einer Vereinbarung zur Beschränkung des Parallelhandels mit Arzneimitteln zu befinden hatte, im Wesentlichen ausgeführt, dass der wettbewerbswidrige Charakter einer Vereinbarung nicht allein aus einer kontextbezogenen Betrachtung ihres Wortlauts abgeleitet werden könne, sondern dass „notwendigerweise“ auch ihre Auswirkungen hinzugezogen werden müssen. Dieses Urteil legt es nahe, dass es zur Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks in jedem Fall erforderlich ist, die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb festzustellen [28].

49. Man wird sich fragen dürfen, ob diese Würdigung, die darauf hinausläuft, die notwendigen Konsequenzen der betreffenden Vereinbarungen zu bewerten, eher einer Prüfung ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen gleichkommt als einer Würdigung ihres wettbewerbswidrigen Zwecks.

50. In dem neueren Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. [29] hat der Gerichtshof noch deutlicher entschieden, dass Vereinbarungen, mit denen Kraftfahrzeugversicherer sich zweiseitig entweder mit als Reparaturwerkstätten tätigen Kfz-Vertragshändlern oder mit einer Vereinigung solcher Vertragshändler auf den Stundensatz verständigen, den die Versicherungsgesellschaft für die Reparatur von bei ihr versicherten Fahrzeugen zu zahlen hat, wobei vorgesehen wird, dass dieser Satz u. a. von der Zahl und dem Prozentsatz von Versicherungsverträgen abhängt, die der Vertragshändler als Versicherungsagent für diese Gesellschaft vertrieben hat, als eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden können. Das ist der Fall, wenn eine individuelle und konkrete Prüfung des Inhalts und des Ziels dieser Vereinbarungen sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem sie stehen, ergibt, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs auf einem der beiden betroffenen Märkte sind [30].

51. Auch hier ist nur schwer zu erkennen, wodurch sich die vom Gerichtshof empfohlene Prüfung des Zusammenhangs, die in einer Bewertung der Gefahr der Beseitigung oder erheblichen Schwächung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt insbesondere im Hinblick auf „die Struktur dieses Marktes, die Existenz alternativer Vertriebswege und deren jeweilige Bedeutung sowie die Marktmacht der betroffenen Gesellschaften“ besteht, von der Prüfung möglicher wettbewerbsbeschränkender Wirkungen unterscheidet.

52. Obwohl die Rechtsprechung möglicherweise in einem gewissen Maß dazu beigetragen hat, die Trennlinie zwischen dem Begriff des wettbewerbswidrigen Zwecks und dem der wettbewerbswidrigen Wirkung zu verwischen, halte ich für den Rückgriff auf einen dieser Begriffe eine klarere Abgrenzung für erforderlich.

27 — Urteil des Gerichts vom 27. September 2006 (T-168/01, Slg. 2006, II-2969, Rn. 147).

28 — Im Rahmen des gegen diese Entscheidung eingelegten Rechtsmittels hat der Gerichtshof die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit des mit den streitigen Vereinbarungen verfolgten Zwecks zwar beanstandet, aber nur insoweit, als das Gericht das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Zwecks von dem Nachweis abhängig gemacht hat, dass die Vereinbarung Nachteile für die Endverbraucher beinhalte (vgl. Urteil vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Slg. 2009, I-9291, Rn. 63 und 64).

29 — Urteil vom 14. März 2013 (C-32/11).

30 — Vgl. Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a., Rn. 51.

53. Wird nämlich eine Vereinbarung oder Verhaltensweise allein ihres Zwecks wegen als wettbewerbsbeschränkend eingestuft, so hat dies erhebliche Folgen, von denen zumindest zwei hervorgehoben zu werden verdienen.

54. Zunächst einmal beruht das Vorgehen, einen „wettbewerbswidrigen Zweck“ zu ermitteln, auf einem formalistischen Ansatz, der unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeininteressen, dem die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Vertrags dienen, nicht ungefährlich ist. Sobald erwiesen ist, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, hat das sich daraus ergebende Verbot eine sehr allgemeine Tragweite, denn es kann präventiv erfolgen und so künftigen Fühlungnahmen entgegenstehen [31], und zwar unabhängig von der Bewertung der tatsächlich eingetretenen Auswirkungen.

55. Dieser formalistische Ansatz kann daher nur bei Verhaltensweisen in Betracht kommen, denen die Gefahr besonders schwerwiegender negativer Auswirkungen innewohnt oder die den Schluss zulassen, dass ihre wettbewerbsschädlichen Wirkungen die wettbewerbsfördernden Wirkungen überwiegen. Anders zu entscheiden hieße zu leugnen, dass bestimmte Maßnahmen der Wirtschaftsteilnehmer in wettbewerblicher Hinsicht auch positive externe Effekte hervorrufen können. Meines Erachtens ist es im Interesse der Verfahrensökonomie nur in Fällen, in denen eine Beschränkung erfahrungsgemäß in Übereinstimmung mit der wirtschaftlichen Analyse ständig verboten wird, sinnvoll, sie direkt zu ahnden [32].

56. Als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sollten daher nur Verhaltensweisen angesehen werden, deren schädlicher Charakter angesichts gesicherter Erfahrung und der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse feststeht und leicht nachweisbar ist, nicht aber Vereinbarungen, die angesichts des Zusammenhangs, in den sie sich einfügen, ambivalente Auswirkungen auf den Markt haben oder deren wettbewerbsbeschränkende Nebenwirkungen für die Verfolgung eines nicht wettbewerbsbeschränkenden Hauptziels notwendig sind.

57. Sodann entbindet diese Einstufung die Wettbewerbsbehörde von der Notwendigkeit, die wettbewerbswidrigen Wirkungen der Vereinbarung oder Verhaltensweise, über die sie zu entscheiden hat, zu beweisen. Eine unkontrollierte Ausweitung der Verhaltensweisen, die unter den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung fallen, ist unter dem Gesichtspunkt der vorstehenden Grundsätze, nach denen sich die Beweisaufnahme und die Beweislast für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen prinzipiell richten müssen, gefährlich.

58. Aufgrund dieser Folgen muss die Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung notwendigerweise eingegrenzt und auf solche Abreden beschränkt werden, denen ein gewisser Grad von Wettbewerbsschädlichkeit innewohnt. Dieser Begriff sollte nur Vereinbarungen erfassen, die von Natur aus, also ohne dass es einer Bewertung ihrer tatsächlichen oder möglichen Wirkungen bedarf, in einem solchen Maße schwerwiegend oder schädlich sind, dass ihre negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sehr wahrscheinlich sind. Obwohl die Liste der Verhaltensweisen, die als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen beurteilt werden können, nicht abschließend ist, schlage ich vor, bei der Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks eher zurückhaltend zu bleiben.

31 — Auf die Bedeutung dieser Folgen hat bereits Generalanwalt Cruz Villalón in Nr. 64 seiner Schlussanträge in der Rechtssache Allianz Hungária Biztosító u. a. hingewiesen.

32 — Die Kommission hat sich diesen Ansatz in ihren Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags (ABl. C 101, S. 97) vom 27. April 2004 offenbar zu eigen gemacht. Sie führt insbesondere aus: „Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Beschränkung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Hierbei handelt es sich um Beschränkungen, die im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Ziele ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 nicht notwendig ist, deren tatsächliche Auswirkungen im Markt nachzuweisen. Diese Annahme stützt sich auf die *Schwere der Beschränkung und auf die bestehenden Erfahrungen*, die gezeigt haben, dass diese gezielten Beschränkungen aller Wahrscheinlichkeit nach negative Auswirkungen im Markt haben und die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Ziele gefährden.“ (Hervorhebung nur hier).

59. Diese Zurückhaltung ist umso mehr geboten, als das Prüfungsschema, nach dem der Gerichtshof vorgeht, sowohl von der Kommission als auch von den nationalen Wettbewerbsbehörden anzuwenden ist, deren Sensibilität und Sachkenntnis auf unterschiedlichen Parametern beruhen.

60. Der Vorteil, der mit der Einstufung einer Vereinbarung als bezweckter Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf ihre Vorhersehbarkeit und die erleichterte Beweislast verbunden ist, geriete in Gefahr, wenn diese Einstufung letztlich von einer eingehenden Prüfung der Auswirkungen dieser Vereinbarung auf den Wettbewerb abhängig wäre, die über die detaillierte Prüfung der Vereinbarung selbst weit hinausgehen würde.

61. Trotz der offensichtlichen Ausweitung der als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen eingestuften Verhaltensweisen hat der Gerichtshof jedenfalls seit dem Urteil LTM bis zum Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. ständig darauf hingewiesen, dass die Prüfung des Zwecks „eine hinreichende Beeinträchtigung“ erkennen lassen müsse [33].

62. Schließlich möchte ich daran erinnern, dass eine solche Eingrenzung nicht bedeutet, bestimmte Verhaltensweisen „freizustellen“, indem man sie dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG entzieht. Wenn nicht feststeht, dass eine bestimmte Vereinbarung konkret – d. h. unter Berücksichtigung ihrer Zwecke sowie ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs – geeignet ist, den freien Wettbewerb auf dem Markt zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, scheidet lediglich der Rückgriff auf den Begriff der bezweckten Beschränkung aus. Nach genauerer Prüfung ihrer tatsächlichen und möglichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf den Markt kann die für die Wettbewerbsaufsicht zuständige Behörde immer noch gegen sie vorgehen.

2. Zur Beurteilung des Bestehens einer bezweckten Einschränkung im vorliegenden Fall

63. Ich weise darauf hin, dass der Rechtsmittelführer mit dem ersten Rechtsmittelgrund allgemein rügt, das Gericht habe den Begriff der bezweckten Einschränkung nicht restriktiv ausgelegt. Insbesondere beanstandet er die Rechtsfehler, unter denen nach seiner Auffassung die vom Gericht vorgenommene Prüfung des Inhalts der streitigem Maßnahmen, ihres Zwecks und des Zusammenhangs ihrer Erarbeitung leidet.

64. Mit anderen Worten ist zunächst zu untersuchen, ob das Gericht generell davon ausgehen durfte, wie es dies in den Rn. 124 und 146 des angefochtenen Urteils getan hat, dass „kein Anlass besteht, den Begriff des bezweckten Verstoßes eng auszulegen“. Sodann ist zu prüfen, ob das Gericht unabhängig hiervon das Vorliegen eines bezweckten Verstoßes im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG rechtsfehlerfrei bejahen konnte.

33 — An diese Voraussetzung wird in der jüngsten Rechtsprechung ständig erinnert (vgl. Urteile Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 15, T-Mobile Netherlands u. a., Rn. 28, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., Rn. 55, sowie vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a., C-408/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9083, Rn. 135).

a) Enge oder weite Auslegung des Begriffs des wettbewerbswidrigen Zwecks?

65. Vorab ist zu betonen, dass die Rechtsprechung, die geprägt ist durch eine Ambivalenz zwischen dem Wunsch, eine abschließende Liste bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden, und der Notwendigkeit, die *ratio legis* des Art. 81 Abs. 1 EG zu beachten, der insbesondere voraussetzt, dass die aufgeführten Verhaltensweisen einen gewissen Grad der Gefährlichkeit aufweisen, nicht immer eine klare Antwort auf die Frage gibt, ob der Begriff der bezweckten Einschränkung eng auszulegen ist oder nicht, selbst nachdem einige Generalanwälte sich für den einen oder den anderen Ansatz ausgesprochen haben [34].

66. Insbesondere stützt sich das Gericht – meines Erachtens zu Unrecht – auf das Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, um zu dem Schluss zu gelangen, der Begriff des bezweckten Verstoßes sei nicht restriktiv auszulegen.

67. Wie aus Rn. 22 dieses Urteils hervorgeht, wollte der Gerichtshof zwar dem Vorbringen der Beef Industry Development Society und Barry Brothers Ltd entgegentreten, dass „der Begriff des bezweckten Verstoßes restriktiv auszulegen sei“ und „[i]n diese Kategorie nur Vereinbarungen [fielen], die eine horizontale Preisfestlegung, die Einschränkung der Erzeugung oder die Aufteilung der Märkte zum Gegenstand hätten, Vereinbarungen also, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen so offensichtlich seien, dass sie keiner wirtschaftlichen Analyse bedürften“.

68. Die Antwort des Gerichtshofs in Rn. 23 des Urteils, wonach „die in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG vorgesehenen Arten von Vereinbarungen keine abschließende Liste der verbotenen Kollusionen dar[stellen]“, macht zwar deutlich, dass der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung nicht auf die schwerwiegendsten Beschränkungen wie etwa Kartelle („hard core infringements“) gemäß dieser Bestimmung begrenzt ist und nicht auf eine abschließende Liste beschränkt werden darf, sie stellt aber nicht notwendigerweise ein Präjudiz dafür dar, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist.

69. Dieses Urteil lässt eine weitere Feststellung zu. Am Ende war es der Wortlaut der streitigen Vereinbarungen, der den Gerichtshof zu dem Schluss gelangen ließ, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten.

70. Richtig ist zwar, dass die in der Rechtssache Beef Industry Development Society und Barry Brothers fraglichen Vereinbarungen (im Folgenden: BIDS-Vereinbarungen) insoweit besondere Merkmale aufwiesen, als sie das Ziel verfolgten, den Rindfleischsektor zu rationalisieren und Überkapazitäten in der Erzeugung zu reduzieren.

71. Gleichwohl konnten diese Vereinbarungen solchen gleichgestellt werden, die auf eine Einschränkung der Erzeugung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Buchst. b EG abzielen. Der Gerichtshof hat den wettbewerbswidrigen Zweck der BIDS-Vereinbarungen im Anschluss an eine eingehende Prüfung ihres Wortlauts bejaht. Er hat insbesondere berücksichtigt, dass diese Vereinbarungen einen Mechanismus vorsahen, der den Marktaustritt von Wettbewerbern förderte. Für den Gerichtshof hatten die Tatsachen, die ihm zur Kenntnis gebracht worden waren, ergeben, dass die BIDS-Vereinbarungen zwei Hauptziele verfolgten. Zum einen sollte der Konzentrationsgrad des betroffenen Marktes erhöht werden, indem die Zahl der Unternehmen, die

34 — Beispielsweise hat Generalanwalt Cruz Villalón in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Allianz Hungária Biztosító u. a. einen restriktiven Ansatz befürwortet, indem er ausführte, die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen sei eng auszulegen und auf Fälle zu beschränken, in denen ein wesentliches Potenzial besonders schwerwiegender negativer Auswirkungen feststellbar ist (vgl. Nr. 65 seiner Schlussanträge). In der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. hat Generalanwältin Kokott sich offenbar für einen weniger engen Ansatz ausgesprochen, indem sie ausführte: „Sicherlich darf der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise mit wettbewerbswidrigem Zweck nicht übermäßig weit ausgelegt werden, bedenkt man die einschneidenden Folgen, denen sich die betroffenen Unternehmen im Fall eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG aussetzen können. Ebenso wenig darf aber jener Begriff übermäßig eng ausgelegt werden, will man nicht das im Primärrecht verankerte Verbot der ‚bezweckten Verstöße‘ hinweginterpretieren und damit Art. 81 Abs. 1 EG einen Teil seiner praktischen Wirksamkeit nehmen.“ (vgl. Nr. 44 dieser Schlussanträge).

Verarbeitungsdienstleistungen anbieten, erheblich eingeschränkt wird, und zum anderen sollten fast 75 % der überschießenden Erzeugungskapazitäten beseitigt werden [35]. Die BIDS-Vereinbarungen waren daher im Wesentlichen darauf gerichtet, es mehreren Unternehmen zu ermöglichen, eine gemeinsame Strategie umzusetzen, deren Zweck es war, den Marktaustritt einiger von ihnen zu fördern und infolgedessen die Überkapazitäten abzubauen, die ihre Rentabilität beeinträchtigten und sie daran hinderten, Skalenerträge zu realisieren [36].

72. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass „[d]iese Art [von] Vereinbarungen offenkundig nicht mit dem Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags zusammen[passt], wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer autonom zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Markt zu betreiben gedenkt“. Nach Auffassung des Gerichtshofs hatten die Unternehmen, die die BIDS-Vereinbarungen unterzeichneten, ohne diese im Rahmen des Wettbewerbs keine anderen Möglichkeiten zur Verbesserung ihrer Rentabilität, als ihre geschäftlichen Rivalitäten zu intensivieren oder Konzentrationsmaßnahmen zu treffen. Durch diese Vereinbarungen könnten sie einen solchen Prozess vermeiden und einen großen Teil der Kosten vergemeinschaften, die erforderlich seien, um den Konzentrationsgrad des Marktes zu erhöhen, und zwar insbesondere durch die Abgabe von zwei Euro pro von den verbleibenden Unternehmen erzeugte Einheit. Zudem umfassten, wie der Gerichtshof weiter ausführt, die zur Erreichung des Zwecks der BIDS-Vereinbarungen angewandten Mittel auch Beschränkungen, die einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck verfolgten [37].

73. Insgesamt waren die betreffenden Maßnahmen in so hohem Maß wettbewerbsschädigend, dass daraus auf einen wettbewerbswidrigen Zweck geschlossen werden konnte.

74. Angesichts all dieser Erwägungen hat das Gericht in dem angefochtenen Urteil meiner Meinung nach zu Unrecht festgestellt, dass der Begriff des Zwecks nicht eng auszulegen sei.

75. Es wird zu prüfen sein, ob das Gericht ungeachtet dieser Feststellung rechtsfehlerfrei die Schlussfolgerung bestätigen konnte, dass die streitigen Maßnahmen einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgten.

b) Zu dem hier angewandten Prüfungsschema zur Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks

76. Es scheint mir wichtig, vorab daran zu erinnern, dass zwar allein das Gericht dafür zuständig ist, die Tatsachen festzustellen – es sei denn, aus den Verfahrensakten ergibt sich die materielle Unrichtigkeit dieser Feststellungen – und sie zu würdigen, der Gerichtshof aber gemäß Art. 256 AEUV für die Kontrolle der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen und der Rechtsfolgen, die das Gericht aus ihnen gezogen hat, zuständig ist. Die Tatsachenwürdigung stellt, sofern die dem Gericht vorgelegten Beweismittel nicht verfälscht wurden, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt [38].

77. Im vorliegenden Fall scheinen mir im Rahmen dieses Rechtsmittelgrundes zum einen Rechtsfehler gerügt zu werden, mit denen die Qualifizierung der streitigen Maßnahmen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nach Ansicht des Rechtsmittelführers behaftet ist, und zum anderen eine vom Gericht vorgenommene Verfälschung ihm vorgelegter Beweismittel. Diese Fragen können nicht *a priori* der Kontrolle des Gerichtshofs entzogen werden.

35 — Vgl. Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 31 und 32.

36 — Vgl. Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 33.

37 — Vgl. Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 34 bis 36.

38 — Vgl. insbesondere Urteil vom 19. Juli 2012, Allianz One International und Standard Commercial Tobacco/Kommission und Kommission/Alliance One International u. a. (C-628/10 P und C-14/11 P, Rn. 84 und 85).

78. Der Gerichtshof hat nämlich zu überprüfen, ob das Gericht sich vergewissert hat, dass die Kommission nach individueller und konkreter Analyse des Inhalts, des Ziels und des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs der streitigen Maßnahmen hinreichend bewiesen hat, dass diese ein Maß der Wettbewerbsschädigung erreichten, das die Vermutung ihrer negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb rechtfertigte.

79. Hierfür stellt die gesicherte Erfahrung einen durchaus geeigneten Maßstab dar. Unter dieser „Erfahrung" ist zu verstehen, was traditionell aus wirtschaftlichen Untersuchungen hervorgeht, wie sie von den Wettbewerbsbehörden bestätigt und gegebenenfalls von der Rechtsprechung bestärkt wurden.

80. Im vorliegenden Zusammenhang ist festzustellen, dass die streitigen Maßnahmen einen horizontalen Charakter aufweisen und deshalb von vornherein als besonders geeignet angesehen werden können, wettbewerbsbeschränkenden Zwecken zu dienen.

81. Auch wenn allgemein anerkannt ist, dass bestimmte horizontale Vereinbarungen zwischen Unternehmen offenkundige Wettbewerbsbeschränkungen wie die Festsetzung von Preisen und die Aufteilung von Märkten enthalten [39] und daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden können, ist der wettbewerbsschädigende Charakter der hier streitigen Maßnahmen nicht ohne Weiteres ersichtlich.

82. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Gericht die von der Kommission getroffene Feststellung, dass es sich um eine bezweckte Beschränkung handele, zu Recht bestätigt hat, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich diese Feststellung aus einer Gesamtbeurteilung des Inhalts der Maßnahmen ergeben muss, die gegebenenfalls im Licht der objektiv verfolgten Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs vorzunehmen ist.

83. So gesehen könnte die Aufteilung des vorliegenden Rechtsmittelgrundes in einzelne Teile, die jeweils einen von drei für die Qualifizierung als bezweckte Beschränkung erheblichen Aspekten betreffen, künstlich erscheinen.

84. Ich halte es dennoch für angezeigt, sie nacheinander zu behandeln.

i) Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: Prüfung des Inhalts der Maßnahmen des Groupement

85. Der Rechtsmittelführer, dem sich die BNP Paribas, die BPCE und die SG hinsichtlich mehrerer Aspekte anschließen, macht geltend, das Gericht habe bei der Beurteilung des Inhalts der Maßnahmen mehrere Rechtsfehler begangen.

86. Er trägt erstens vor, das Gericht habe Fehler bei der Analyse des „eigentlichen" Zwecks dieser Maßnahmen begangen. Zunächst habe es bei seiner Prüfung der Schädlichkeit der streitigen Maßnahmen nicht auf deren Inhalt abgestellt, sondern auf die subjektiven Absichten bestimmter Mitglieder des Groupement. So sei das Gericht in den Rn. 126 und 132 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, bereits aus den Berechnungsformeln der streitigen Maßnahmen gehe hervor, dass diese einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgten, der darin bestehe, den von neuen Teilnehmern auf dem relevanten Markt ausgehenden Wettbewerb zu behindern. Ferner ist der Rechtsmittelführer der Ansicht, das Gericht habe die Beweismittel verfälscht, indem es festgestellt habe, eine Reihe von Hindernissen machten es einem neuen Teilnehmer in der Praxis sehr schwer, Acquiring-Tätigkeiten zu entwickeln, wobei das Gericht sich auf die Erklärungen der Kommission gestützt habe und ohne hinreichende Erläuterung die das Gegenteil beweisenden Faktoren außer Acht gelassen habe.

39 — Urteil vom 8. Dezember 2011, KME Germany u. a./Kommission (C-389/10 P, Slg. 2011, I-13125, Rn. 75).

87. Zweitens trägt der Rechtsmittelführer vor, das Gericht habe in den Rn. 186 und 256 des angefochtenen Urteils Fehler bei der Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der streitigen Maßnahmen begangen, wie sie sich aus den Unterlagen ergebe, die bei den Nachprüfungen in den Geschäftsräumen des Groupement und einiger seiner Mitglieder sichergestellt worden seien.

88. Zunächst habe das Gericht bei der Prüfung des Zwecks dieser Maßnahmen zu Unrecht Äußerungen einiger federführender Unternehmen berücksichtigt, die vor dem Beschluss über die streitigen Maßnahmen gefallen seien und nicht dem Willen des Groupement selbst, sondern nur dem einiger seiner Mitglieder entsprochen hätten. Entscheidungen könnten aber nur dann als Beschlüsse einer Vereinigung von Unternehmen angesehen werden, wenn sie den Willen derer, die sie getroffen hätten, getreu wiedergäben. Hier seien die Umstände der Vorbereitung und Annahme des Beschlusses ohne Belang, weil allein die angemeldeten Maßnahmen die Absicht des Groupement zutreffend zum Ausdruck brächten. Im Übrigen sei die Entstehungsgeschichte der Maßnahmen anstelle einer gründlichen Analyse des Inhalts der Maßnahmen berücksichtigt worden.

89. Sodann ist der Rechtsmittelführer der Ansicht, das Gericht habe die Beweismittel verfälscht, indem es eine unangemessene Auswahl unter den vorbereitenden Äußerungen, den sichergestellten Unterlagen und den Erklärungen der neuen Teilnehmer getroffen habe. Nach Auffassung des Rechtsmittelführers ergeben sich aus einer Reihe von Beweismitteln, die insbesondere auf die Notwendigkeit der Bekämpfung von Trittbrettfahrern und der Einhaltung des Wettbewerbsrechts hinwiesen, ernsthafte Zweifel an einer Beschränkung des Wettbewerbs, die das Gericht hätte berücksichtigen müssen. Diese Verfälschung sei umso offensichtlicher, als das Gericht sich auf dieselben Beweismittel gestützt habe wie die Kommission, ohne die Schlussfolgerungen der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte zu verwerfen.

90. In dem angefochtenen Urteil hat das Gericht im Wesentlichen festgestellt, der wettbewerbswidrige Zweck der streitigen Maßnahmen habe darin bestanden, den Wettbewerb zu behindern, der von neuen Teilnehmern am französischen Markt für die Ausgabe von CB-Karten ausgehe.

91. Das Gericht hat sich somit die Schlussfolgerung zu eigen gemacht, dass sich der wettbewerbswidrige Zweck der streitigen Maßnahmen aus den Berechnungsformeln ergebe, die für diese Maßnahmen vorgesehen waren (vgl. Rn. 126 bis 133 des angefochtenen Urteils). Es ging ferner davon aus, dass sich die Kommission lediglich zur Bestätigung auf die bei den Nachprüfungen sichergestellten Dokumente mit den Äußerungen der federführenden Unternehmen bei der Ausarbeitung der streitigen Maßnahmen gestützt habe (vgl. Rn. 123 bis 154 des angefochtenen Urteils).

92. Was zunächst die Prüfung der in den streitigen Maßnahmen festgelegten Berechnungsformeln betrifft, scheint mir das Gericht – wie bereits ausgeführt – versäumt zu haben, zu überprüfen, ob diese von Natur aus wettbewerbswidrige Elemente enthielten.

93. Das Gericht hat zwar in Rn. 132 des angefochtenen Urteils festgestellt, die Kommission sei angesichts der von den streitigen Maßnahmen vorgesehenen Formeln und aufgrund der Schwierigkeiten bei der Entwicklung der Acquiring-Tätigkeit der Auffassung gewesen, dass diese Maßnahmen die von ihnen betroffenen Mitglieder dazu gezwungen hätten, entweder ihre Issuing-Tätigkeit einzuschränken oder aber (an die Kartenausgabe geknüpfte) Kosten zu tragen, die bei anderen Mitgliedern des Groupement, darunter den federführenden Unternehmen, nicht angefallen seien. Das Gericht hat ferner ausgeführt: „Auf diese Weise beschränkten diese Formeln die Fähigkeit der Mitglieder, auf die sie Anwendung finden, auf dem Markt der Kartenausgabe denen, auf die sie keine Anwendung finden, (über den Preis) Konkurrenz zu machen. Die Kommission hat daraus auf den wettbewerbswidrigen Zweck der streitigen Maßnahmen geschlossen, der darin besteht, den Wettbewerb durch neue Teilnehmer zu behindern (vgl. Erwägungsgründe 212, 213 und 222 der streitigen Entscheidung)“.

94. Desgleichen hat sich das Gericht in Rn. 133 des angefochtenen Urteils die Schlussfolgerung der Kommission zu eigen gemacht, dass „die Funktion, die das Groupement dem MERFA-Mechanismus beilegt (Anreiz zu gesteigerter Acquiring-Tätigkeit), durch die Existenz von Interbankenentgelten, die die Issuing-Tätigkeit fördern (vgl. Erwägungsgründe 226 bis 230 der streitigen Entscheidung), sowie durch den Umstand widerlegt wird, dass der ergänzende Mitgliedsbeitrag und der Beitrag zum Weckruf für Inaktive diejenigen Banken bestrafen, die in der jüngeren Vergangenheit nicht genug Karten ausgegeben hatten (vgl. Erwägungsgründe 231 und 232 der streitigen Entscheidung)“.

95. Diese Feststellungen geben zwar unbestreitbar den Inhalt der streitigen Maßnahmen wieder, die im Wesentlichen darauf abzielen, bestimmten Banken bestimmte Kosten aufzuerlegen und die Acquiring-Tätigkeit zu stimulieren; meiner Ansicht nach sind aber sowohl die Kommission als auch das Gericht eine Begründung schuldig geblieben, inwiefern diese Maßnahmen schon aufgrund ihres Wortlauts wettbewerbsbeschränkend gewesen sein sollen. Geht man nämlich allein vom Wortlaut der angemeldeten Maßnahmen aus, wie die Kommission ihn vorgetragen und das Gericht ihn untersucht hat, besteht deren Zweck darin, den Mitgliedern des Groupement einen finanziellen Beitrag zur Finanzierung der Betriebskosten des Zahlungssystems CB aufzuerlegen. Wie ich noch ausführen werde (siehe insbesondere Nrn. 130 und 131 dieser Schlussanträge), kann in dem bloßen Umstand, dass der Erlass der streitigen Maßnahmen einige Mitglieder des Groupement hätte veranlassen können, entweder ihre Issuing-Tätigkeit einzuschränken oder aber (an die Ausgabe geknüpfte) Kosten zu tragen, die bei anderen Mitgliedern des Groupement nicht anfielen, noch keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden.

96. Zweitens werden die Ausführungen des Gerichts zur Berücksichtigung der „Entstehungsgeschichte“, d. h. der Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen, die in einigen der bei den Nachprüfungen sichergestellten Unterlagen zur Vorbereitung der streitigen Maßnahmen enthalten waren, im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels in mehrfacher Hinsicht angegriffen.

97. Als Erstes ist zu prüfen, ob das Gericht bestimmte Äußerungen, die die Vertreter der federführenden Unternehmen im Vorfeld der Ausarbeitung der streitigen Maßnahmen gemacht hatten, rechtsfehlerfrei dem Groupement in seiner Gesamtheit zurechnen konnte. Als Zweites ist die Bedeutung zu untersuchen, die es diesen Äußerungen im Rahmen der Beurteilung des Inhalts der Maßnahmen beigelegt hat, und als Drittes ihre Relevanz für die Feststellung einer bezweckten Beschränkung.

98. Soweit es als Erstes um die Frage geht, ob die Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen tatsächlich den Willen des Groupement selbst zum Ausdruck brachten, halte ich die Rüge, das Gericht habe mit dieser Gleichsetzung einen Rechtsfehler begangen, für recht überzeugend.

99. Hierzu weise ich darauf hin, dass das Gericht sich auf die Feststellung beschränkt hat, dass „[a]ngesichts der Tatsache, dass die federführenden Unternehmen sowohl Mitglieder der informellen Instanz sind, die die streitigen Maßnahmen ausgearbeitet hat, nämlich des [Lenkungsausschusses für den elektronischen Zahlungsverkehr], als auch Mitglieder des Verwaltungsrats, der sie beschlossen hat, die von den Vertretern der federführenden Unternehmen geäußerten Absichten, soweit sie die Ergreifung dieser Maßnahmen betreffen, im Wesentlichen denen des Groupement [entsprechen]“ (Rn. 256 des angefochtenen Urteils). Das Gericht ist daher zu dem Ergebnis gelangt, die Kommission habe sich nicht widersprochen, indem sie die streitigen Maßnahmen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen eingestuft und damit zugleich festgestellt habe, dass diese Maßnahmen Ausdruck des Willens des Groupement seien, auch wenn sie sich dabei auf die Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen gestützt habe, um zu belegen, dass der Zweck dieser Maßnahmen darin bestanden habe, neue Teilnehmer auszuschließen (Rn. 257 des angefochtenen Urteils).

100. Meiner Ansicht nach hätte das Gericht den von der Kommission gezogenen Schluss, die Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen seien dem gesamten Groupement zuzurechnen, nicht bestätigen dürfen, ohne zu überprüfen, ob diese Äußerungen nur einiger federführender Unternehmen ein getreuer Ausdruck des Willens des Groupement waren, denn andernfalls können sie mit dem hier streitgegenständlichen Beschluss der Unternehmensvereinigung nicht verknüpft werden [40]. Insoweit ist darauf hinzuweisen, wie auch das Gericht in Rn. 7 des angefochtenen Urteils angegeben hat, dass der Lenkungsausschuss für den elektronischen Zahlungsverkehr ein informelles Gremium ohne Entscheidungsbefugnis ist.

101. Was als Zweites die Bedeutung betrifft, die den Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen im Rahmen der Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks der streitigen Maßnahmen beigemessen wurde, ist die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung, die Kommission habe sich auf die bei den Nachprüfungen sichergestellten Unterlagen, die die Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen bei der Ausarbeitung der streitigen Maßnahmen enthielten, lediglich zum Zweck der Bestätigung gestützt (Rn. 134 und 267 des angefochtenen Urteils), alles andere als selbstverständlich.

102. Beschränkt man sich auf die Struktur des Teils der streitigen Entscheidung beschränkt, der sich mit der Prüfung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung befasst [41], geht daraus zwar hervor, dass die Kommission zunächst den Widerspruch zwischen der Berechnungsformel der Maßnahmen selbst und ihren in der Anmeldung angegebenen Zwecken aufgezeigt [42] und in einem zweiten Schritt begründet hat, weshalb nach ihrer Ansicht der wettbewerbswidrige Zweck, wie er schon aus der Berechnungsformel der Maßnahmen hervorgehe, exakt den tatsächlichen Zwecken der Maßnahmen entspreche, die in den Äußerungen zum Ausdruck gekommen seien, die die Vertreter in der Phase ihrer Ausarbeitung gemacht hätten [43]. Ferner hat die Kommission ausgeführt, dass der „wettbewerbswidrige Zweck des MERFA-Mechanismus … durch die Äußerungen der Vertreter der federführenden Unternehmen im Zeitraum der Ausarbeitung der Maßnahmen bestätigt [wird]“ [44].

103. Letztlich scheint aber die Kommission den Unterlagen aus der „Entstehungsgeschichte“ der streitigen Maßnahmen ebenso viel Bedeutung beigemessen zu haben wie der Prüfung dieser Maßnahmen.

104. Das scheint mir recht klar aus den Erwägungsgründen 193 und 198 der streitigen Entscheidung hervorzugehen, die den von der Kommission gewählten Ansatz zur Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks zusammenfassen und die vorbereitenden Dokumente anführen. Im Übrigen dient, wie insbesondere auch die SG in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, der Teil, der sich mit den Berechnungsformeln befasst, dem negativen Beweis, dass die streitigen Maßnahmen nicht dem erklärten Ziel entsprachen. Der positive Nachweis des wettbewerbswidrigen Zwecks der streitigen Maßnahmen beruht hingegen weitgehend auf den Sachverhaltselementen, die sich aus den vorbereitenden Unterlagen der federführenden Unternehmen ergeben [45].

105. Desgleichen scheint sich das Gericht zur Auslegung des Inhalts der streitigen Maßnahmen die Erwägungen zu eigen gemacht zu haben, die sich mit den Berechnungsformeln dieser Maßnahmen vor dem Hintergrund der bei den Nachprüfungen sichergestellten Unterlagen und unter Berücksichtigung der Äußerungen der federführenden Unternehmen befassen [46].

40 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Wouters u. a., Rn. 64.

41 — Erwägungsgründe 193 bis 251 der streitigen Entscheidung.

42 — Abschnitt 10.2.1.1, entsprechend den Erwägungsgründen 199 bis 234 der streitigen Entscheidung.

43 — Abschnitt 10.2.1.2, entsprechend den Erwägungsgründen 235 bis 250 der streitigen Entscheidung.

44 — 234. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

45 — Vgl. auch die Darstellung des Inhalts der streitigen Entscheidung in den Rn. 35 und 36 des angefochtenen Urteils.

46 — Vgl. insbesondere Rn. 186 des angefochtenen Urteils.

106. Jedenfalls halte ich als Drittes die Prüfung für unerlässlich, ob die Äußerungen der federführenden Unternehmen als Bestandteil der Entstehungsgeschichte der streitigen Maßnahmen als erheblich für die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Einschränkung angesehen werden durften.

107. Diese Äußerungen konnten aber meines Erachtens selbst dann, wenn unterstellt wird, dass sie tatsächlich für die Absicht des Groupement repräsentativ waren, was wohl auszuschließen ist (siehe Nr. 100 dieser Schlussanträge), nicht als ausreichend angesehen werden, um das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung zu bejahen, geschweige denn einer Vereinbarung, die eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält.

108. Gewiss geht aus der Rechtsprechung recht klar hervor, dass die Absicht der Parteien zwar kein notwendiges Element für die Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer Vereinbarung darstellt, dass es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Union aber nicht verwehrt ist, sie zu berücksichtigen [47].

109. Diese Möglichkeit, die von den Parteien zum Ausdruck gebrachte Absicht zu berücksichtigen, ist meines Erachtens nur im Sinne einer bloßen Hilfserwägung oder ergänzenden Erwägung zu verstehen, die eine eingehende Prüfung des Wortlauts und der Zielsetzungen der beanstandeten Verhaltensweisen nicht ersetzen kann. Ebenso wenig wie die Parteien einer Vereinbarung sich auf das Fehlen einer Absicht berufen können, gegen das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG zu verstoßen [48], reicht der Nachweis einer solchen Absicht nicht für die Feststellung aus, dass die getroffenen Maßnahmen einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgen. Die von den Parteien zum Ausdruck gebrachte Absicht hat gänzlich außer Betracht zu bleiben, wenn es – wie hier – darum geht, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Verhaltensweise der Unternehmen zu beurteilen.

110. Meines Erachtens setzt nämlich die Feststellung eines „wettbewerbswidrigen Zwecks“ eine rein objektive, vom Willen der Parteien unabhängige Prüfung voraus. Daher meine ich, dass die von den Teilnehmern einer vermeintlichen Absprache möglicherweise geäußerten Absichten, ebenso wenig wie übrigens auch die von ihnen gegebenenfalls verfolgten rechtmäßigen Zwecke, nicht unmittelbar relevant sind, soweit es um die Prüfung geht, ob diese Absprache, gleich in welcher Form sie sich darstellt, einen wettbewerbswidrigen „Zweck“ verfolgt.

111. Schließlich wird mit diesem Teil des vorliegenden Rechtsmittelgrundes geltend gemacht, das Gericht habe die ihm vorgelegten Beweismittel verfälscht. Diese Verfälschung ergebe sich daraus, dass die Kommission – abgesehen von den Unterlagen, die belegten, dass die Entwicklung der Acquiring-Tätigkeit nicht unbedingt schwierig sei – die Äußerungen der federführenden Unternehmen unangemessen selektiv herangezogen habe.

112. Hierzu genügt der Hinweis, dass es grundsätzlich allein Sache des Gerichts ist, den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen. Eine Verfälschung der Beweismittel setzt voraus, dass das Gericht die Grenzen einer vernünftigen Würdigung dieser Beweise offensichtlich überschritten hat [49], was aus den Akten offen ersichtlich sein muss, ohne dass es erforderlich ist, eine neue Würdigung dieser Beweise vorzunehmen. Außerdem muss ein Rechtsmittelführer, der eine Verfälschung von Beweismitteln durch das Gericht behauptet, genau angeben, welche Beweismittel das Gericht verfälscht haben soll, und die Beurteilungsfehler darlegen, die das Gericht seines Erachtens zu dieser Verfälschung veranlasst haben [50].

47 — Vgl. Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a., Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung.

48 — Vgl. insbesondere Urteil General Motors/Kommission, Rn. 77 und die dort angeführte Rechtsprechung.

49 — Vgl. Urteile vom 10. Februar 2011, Activision Blizzard Deutschland/Kommission (C-260/09 P, Slg. 2011, I-419, Rn. 57), und vom 4. Juli 2013, Kommission/Aalberts Industries u. a. (C-287/11 P, Rn. 52).

50 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C- 205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Rn. 50).

113. Im vorliegenden Fall geht die behauptete verfälschende Heranziehung der Unterlagen aber nicht offensichtlich aus den Akten hervor. Außerdem hat der Rechtsmittelführer es unterlassen, die Dokumente, die nach seiner Auffassung eine solche Verfälschung belegen, genau zu bezeichnen. Obwohl er eine Verfälschung von Beweismitteln rügt, legt seine Argumentation nahe, dass er in Wirklichkeit eine erneute Würdigung dieser Beweise erreichen will, was jedoch nicht in der Zuständigkeit des Gerichtshofs liegt.

114. Aus all diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Schlussfolgerung, die Kommission habe den dem Zweck nach wettbewerbsbeschränkenden Charakter dieser Maßnahmen rechtlich hinreichend nachgewiesen, kaum nachvollziehbar ist, wenn man sich auf die Prüfung des vom Gericht wiedergegebenen Wortlauts der streitigen Maßnahmen beschränkt.

ii) Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: Prüfung des Zwecks der Maßnahmen

115. Der Rechtsmittelführer macht geltend, dem Gericht seien bei der Beurteilung der Zwecke der streitigen Maßnahmen Rechtsfehler unterlaufen. So habe das Gericht zwar anerkannt, dass der Kampf gegen Trittbrettfahrer des CB-Systems einen legitimen Zweck darstelle, es zugleich aber abgelehnt, diesen Zweck im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 EG zu würdigen. Das Gericht hätte erkennen müssen, dass eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausscheide, weil die Maßnahmen des Groupement zu einer Stimulation der Acquiring-Tätigkeit und zu dem Bemühen um eine Optimierung der Acquiring- und Issuing-Tätigkeiten führten. Diese Maßnahmen seien in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemessen, weil es sich um systemweit getroffene Maßnahmen im Gesamtinteresse des CB-Systems handele, und sie seien ausgewogen, weil sie es jedem Mitglied des Groupement überließen, die zu seiner individuellen Situation passende Option zu wählen.

116. Wie sich aus der Rechtsprechung ergibt, ist für die Würdigung, ob eine Vereinbarung unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fällt, insbesondere auf die objektiven Ziele abzustellen, die sie zu erreichen sucht [51].

117. Es erscheint mir wichtig, daran zu erinnern, dass diese objektiven Ziele, die aus den streitigen Maßnahmen deutlich hervorgehen müssen, nichts mit den subjektiven Absichten zu tun haben, den Wettbewerb einzuschränken oder nicht, und auch nichts mit den legitimen Zielen, die die betreffenden Unternehmen möglicherweise verfolgen. Anerkanntermaßen kann bei einer Vereinbarung ein wettbewerbsbeschränkender Zweck auch dann angenommen werden, wenn sie andere rechtmäßige Ziele verfolgt [52].

118. Wie waren die vom Groupement getroffenen Preismaßnahmen im vorliegenden Fall zu beurteilen?

119. Im Gegensatz zu dem, was die Kommission in der mündlichen Verhandlung angedeutet hat, lässt sich kaum die Ansicht vertreten, der MERFA-Mechanismus schädige den Wettbewerb in einem solchen Maße, dass er einem Preiskartell gleichzustellen sei [53], das als solches wettbewerbsschädigend ist. Aus den vorgenannten Gründen lassen sich die hier streitigen Maßnahmen, die keinen Mechanismus enthalten, der den Marktaustritt bestimmter Wettbewerber fördern soll, meines Erachtens auch schwerlich mit den Maßnahmen zur Rationalisierung des Marktes vergleichen, um die es in der Rechtssache Beef Industry Development Society und Barry Brothers ging.

51 — Vgl. Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 21.

52 — Wie insbesondere rechtmäßige Ziele der Handelspolitik (Urteil General Motors/Kommission, Rn. 64) oder solche des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und der Senkung der Kosten der Übereinstimmungskontrolle (Urteil 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, Rn. 25) sowie Maßnahmen zur Bewältigung einer sektoriellen Krise (Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 21).

53 — Hingegen scheint die Kommission ihre ursprüngliche Auffassung, die streitigen Maßnahmen seien einem Kartell zwischen dem Groupement und seinen federführenden Mitgliedern gleichzustellen (siehe Nr. 7 dieser Schlussanträge), im Laufe der Untersuchung wieder fallen gelassen zu haben.

120. Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass die streitigen Maßnahmen im Wesentlichen darauf abzielten, Abgaben zulasten derjenigen Mitglieder des Groupement einzuführen, die sowohl im Stadium ihres Beitritts zum CB-System als auch im Verlauf seiner Nutzung eher als Kartenausgeber (Aktivität der Ausgabe von Zahlungs- und/oder Geldabhebungskarten an die Kunden) denn als Akquisitoren (Anwerbung von Händlern mit eigener SIREN-Nummer sowie von Betreibern von Geldautomaten) auftraten.

121. Die Gesamtheit dieser Maßnahmen war nach der Darstellung des Groupement dazu bestimmt, das CB-System vor Erscheinungen des wirtschaftlichen Trittbrettfahrens zu schützen, die sich aus der Tätigkeit der Banken ergaben, die sich in erster Linie auf die Ausgaben von Karten konzentrierten und ohne Gegenleistung von den Vorteilen profitierten, die sich aus den Investitionen anderer Mitglieder des Systems im Bereich der Akquisition ergaben.

122. Auch wenn feststeht, was übrigens auch das Gericht anerkannt hat (vgl. insbesondere Rn. 76 und 77 des angefochtenen Urteils), dass die Bekämpfung von Trittbrettfahrern einen legitimen Zweck darstellen kann, ist eine solche Erwägung für die Prüfung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt, aber nicht unmittelbar relevant.

123. Folglich denke ich nicht, dass das Gericht schlechthin rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt ist, das Ziel der Bekämpfung von Trittbrettfahrern sei allgemein nicht schon im Stadium der Prüfung der Maßnahmen im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 EG zu berücksichtigen, es könne aber bei der Prüfung herangezogen werden, ob eine Ausnahme nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht kommt.

124. Allerdings scheint mir dieses Ergebnis nur sinnvoll, wenn nach eingehender Prüfung klar feststeht, dass die streitigen Maßnahmen einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgen. Der Umstand, dass ein Verhalten offensichtlich einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, nimmt der Tatsache, dass es auch anderen Zwecken dient, jegliche rechtliche Relevanz.

125. Andernfalls, wenn also eine bezweckte Beschränkung nicht klar erwiesen ist – was mir hier der Fall zu sein scheint –, ist zur Prüfung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen überzugehen, und in diesem Rahmen sind die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der betreffenden Maßnahmen im Hinblick auf den verfolgten Zweck zu beurteilen [54].

126. Ich vermag indes nicht recht zu erkennen, inwiefern die streitigen Maßnahmen den von der Rechtsprechung geforderten Grad der Schädlichkeit aufweisen.

127. Zunächst ist unstreitig, dass diese Maßnahmen ergriffen wurden, um die Acquiring-Tätigkeit für CB-Karten im Rahmen eines Zahlungssystems anzuregen, das zwei durch Netzwerkeffekte miteinander verbundene Seiten aufwies. Wie das Gericht in Rn. 102 des angefochtenen Urteils ausführt, hat die Kommission selbst erklärt, dass sowohl die Issuing-Tätigkeit als auch die Acquiring-Tätigkeit für das Funktionieren des CB-Zahlungssystems im Allgemeinen unerlässlich seien, weil einerseits die Händler nicht bereit seien, dem CB-Zahlungssystem beizutreten, wenn die Zahl der Karteninhaber zu gering sei, und andererseits die Verbraucher nicht am Besitz einer Karte interessiert seien, die nicht bei einer ausreichenden Zahl von Händlern verwendbar ist.

128. Somit zielten die streitigen Maßnahmen darauf ab, einen finanziellen Beitrag von den Mitgliedern zu erhalten, die auf der Ebene der Issuing-Tätigkeit durch ihre Teilnahme am Zahlungssystem unmittelbar von den Vorteilen profitieren, die auf den Anstrengungen anderer Mitglieder auf der Ebene der Akquisition beruhten. Diese Maßnahmen. insbesondere der MERFA, stellen im Wesentlichen ein Instrumentarium dar, das dazu bestimmt ist, von den auf der Ebene der Akquisition wenig aktiven Mitgliedern einen finanziellen Beitrag zu erheben.

54 — Vgl. Urteile vom 28. Januar 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Slg. 1986, 353, Rn. 15 und 17), und vom 15. Dezember 1994, DLG (C-250/92, Slg. 1994, I-5641).

129. Die Einführung eines finanziellen Beitrags für Mitglieder eines Netzwerks, die ohne Gegenleistung von den Anstrengungen anderer Mitglieder zur Entwicklung des Netzwerks profitieren, enthält meines Erachtens keinen wettbewerbswidrigen Zweck.

130. Zwar können im vorliegenden Fall die Höhe der verlangten Gebühr oder die Schwierigkeiten, die bestimmte Teilnehmer haben, ihre Acquiring-Tätigkeit auszubauen, gewiss darauf hinauslaufen, dass Teilnehmer, die die mit diesen Maßnahmen eingeführten Beiträge nicht zahlen, ausgeschlossen werden. Außer im Rahmen der „Essential-Facilities-Doktrin“ [55], auf die sich die Kommission im vorliegenden Fall nicht berufen hat [56] und deren Anwendbarkeit mir hier jedenfalls zweifelhaft erscheint [57], ist dies meines Erachtens unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht zu beanstanden.

131. Auch wenn nicht auszuschließen ist, dass einige Mitglieder des Groupement infolge der streitigen Maßnahmen entweder ihre Issuing-Tätigkeit einschränken oder ihre Acquiring-Tätigkeit steigern, wobei die zweite Option sich in der Praxis als schwierig erweisen und daher zu ihrem Ausschluss aus dem System führen kann, würde diese Frage jedenfalls zur Prüfung der möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen und nicht des Zwecks der betreffenden Maßnahmen gehören. Meines Erachtens sind die Ausschlusswirkungen, die mit Preismaßnahmen wie den hier streitigen verbunden sind, erst im Stadium der Prüfung der wettbewerbswidrigen Wirkungen zu untersuchen.

132. Vor allem muss ich gestehen, dass ich darüber verwundert bin, in welcher Weise sowohl die Kommission als auch das Gericht die streitigen Maßnahmen ausgelegt haben, die das Groupement gegenüber allen seinen Mitgliedern ergriffen hat, bei denen es sich – wie dargelegt – entweder um federführende Unternehmen oder um Unternehmen handelt, die einem dieser federführenden Unternehmen angeschlossen sind [58]. Soweit die Preismaßnahmen unmittelbar oder mittelbar die Gesamtheit der Mitglieder des Groupement betreffen, kann ich kaum nachvollziehen, inwiefern diese Maßnahmen ein von Natur aus wettbewerbswidriges Instrument darstellen sollen, und ebenso wenig, inwiefern ihre Parameter darauf zugeschnitten gewesen sein sollen, die federführenden Unternehmen zu verschonen [59].

133. Aus diesen Erwägungen und ebenso aus dem Wortlaut der Maßnahmen ergibt sich, dass der mit ihnen verfolgte Zweck nicht die Schlussfolgerung stützt, die Kommission habe im vorliegenden Fall zu Recht das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bejaht.

iii) Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: Prüfung des Zusammenhangs, in dem die Maßnahmen ausgearbeitet wurden

134. Der Rechtsmittelführer macht geltend, das Gericht habe bei der Untersuchung des Zusammenhangs, in dem die streitigen Maßnahmen standen, mehrere Rechtsfehler begangen.

55 — Nach dieser Theorie muss bekanntlich der Inhaber einer Ressource oder einer Struktur diese seinen Wettbewerbern zur Verfügung stellen, wenn der Zugang zu dieser Struktur für die Ausübung ihrer Tätigkeiten unerlässlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. April 2004, IMS Health, C-418/01, Slg. 2004, I-5039).

56 — Vgl. dazu das angefochtene Urteil, Rn. 66 und 224.

57 — In ihrem *XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000* hatte die Kommission selbst erklärt, „dass das CB-System keine wesentliche Einrichtung darstellt und [das Groupement] folglich bestimmen kann, ob [es seinen] Wettbewerbern den (diskriminierungsfreien) Zugang gewährt“ (Punkt 207 dieses Berichts).

58 — Vgl. Rn. 3 des angefochtenen Urteils, die dem 29. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung entspricht.

59 — Vgl. Rn. 130 der angefochtenen Entscheidung. Die BNP Paribas hat sowohl in ihrer Rechtsmittelbeantwortung als auch in der mündlichen Verhandlung betont, es sei vor allem die nach ihrer Auffassung falsche Annahme, dass sämtliche federführenden Unternehmen von den streitigen Maßnahmen verschont blieben, die zur Einstufung als bezweckter Verstoß geführt habe. Indem das Gericht diese Grundannahme bestätigt habe, habe es seine Begründungspflicht verletzt.

135. Als Erstes wirft er dem Gericht vor, den rechtlichen Zusammenhang falsch berücksichtigt zu haben, indem es zum einen die Rechtsprechung zu bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere das Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers, und zum anderen die in der vorausgegangenen Entscheidungspraxis behandelten Fragen fehlerhaft ausgelegt habe. In dieser Hinsicht weise die Begründung des angefochtenen Urteils insbesondere einen Widerspruch auf, indem das Gericht in den Rn. 94 und 99 dieses Urteils einerseits ausgeführt habe, die in den beiden Entscheidungen „Visa“ [60] untersuchten Praktiken unterschieden sich erheblich von denen, die Gegenstand der vorliegenden Rechtssache seien, andererseits aber auch, diese beiden Entscheidungen beträfen „ähnliche oder gleiche Situationen“. Ein Fehler der Analyse ergebe sich auch daraus, dass die Kommission selbst sich bereit erklärt habe, über etwaige Verpflichtungen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 zu verhandeln, d. h. über Maßnahmen, „die geeignet sind, [ihre] Bedenken … auszuräumen“, und als solche keinerlei Wettbewerbsverstoß kennzeichnen.

136. Als Zweites vertritt der Rechtsmittelführer die Auffassung, das Gericht habe Rechtsfehler bei der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zusammenhangs begangen, indem es die zweiseitige Funktion der CB-Zahlungssysteme außer Acht gelassen habe.

137. Drittens vertritt der Rechtsmittelführer die Auffassung, das Gericht habe Rechtsfehler bei der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zusammenhangs begangen, indem es seiner Pflicht zur Überprüfung der komplexen wirtschaftlichen Erwägungen nicht nachgekommen sei. Das Gericht habe hier in keiner Weise die objektive Mindestkontrolle der in der streitigen Entscheidung enthaltenen wirtschaftlichen Erwägungen vorgenommen, sondern sich in den Rn. 320 und 321 des angefochtenen Urteils darauf beschränkt, über bestimmte vom Groupement vorgelegte wirtschaftliche Studien mit der Begründung hinwegzugehen, sie stünden im Widerspruch zu anderen Studien.

138. Aus der Prüfung der ersten beiden Teile dieses Rechtsmittelgrundes ergibt sich, dass, wird auf den Wortlaut der streitigen Maßnahmen und das mit ihnen verfolgte Ziel abgestellt, das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG nicht erwiesen ist.

139. Unter diesen Umständen dürften die Anhaltspunkte, die aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen [61] Zusammenhang der Ausarbeitung der streitigen Maßnahmen zu gewinnen sind, allein nicht geeignet sein, einen wettbewerbswidrigen Zweck nachzuweisen. Wie schon erwähnt, kann die Prüfung des Kontexts keinesfalls das Fehlen der tatsächlichen Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks heilen (siehe Nr. 44 dieser Schlussanträge).

140. Der Vollständigkeit halber ist jedoch noch Folgendes auszuführen.

141. Was erstens die Berücksichtigung des rechtlichen Hintergrundes betrifft, ist die – im weiten Sinne verstandene – gesicherte Erfahrung ein Maßstab, der bei der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen ist (siehe Nrn. 55 ff. dieser Schlussanträge).

142. Zwar ist die gesicherte Erfahrung zweifellos geeignet, in Fällen offenkundiger und/oder eindeutiger Beschränkungen, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach auf den freien Wettbewerb auswirken, die Annahme zu bestärken, dass bestimmten Arten der Zusammenarbeit ein wettbewerbsschädlicher Charakter innewohnt; ich bin aber nicht davon überzeugt, dass die

60 — Entscheidungen der Kommission in einem Verfahren nach Art. 81 EG und Art. 53 EWR, nämlich Entscheidung 2001/782/EG vom 9. August 2001 (Sache COMP/29.373 – Visa International, ABl. L 293, S. 24, im Folgenden: Entscheidung Visa 2001) und Entscheidung 2002/914/EG vom 24. Juli 2002 (Sache COMP/29.373 – Visa International – Multilateral Interchange Fee, ABl. L 318, S. 17, im Folgenden: Entscheidung Visa 2002).

61 — Obwohl die Rügen des Rechtsmittelführers in drei Teile gegliedert sind, lässt sich der dritte Teil, mit dem dem Gericht vorgeworfen wird, die Überprüfung der komplexen wirtschaftlichen Erwägungen unterlassen zu haben, meines Erachtens problemlos dem Teil zuordnen, der die Prüfung des wirtschaftlichen Hintergrundes betrifft.

Entscheidungspraxis der Kommission stets ein starkes Argument darstellt. Der Umstand, dass die Kommission Vereinbarungen eines bestimmten Typs bisher nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen hat, ist als solcher kein Hinderungsgrund, dies künftig aufgrund einer eingehenden Einzelprüfung zu tun.

143. Im vorliegenden Fall sollten die Positionen, die die Kommission in der Vergangenheit in Bezug auf Vereinbarungen im Rahmen von Kartenzahlungssystemen vertreten hat, insbesondere diejenigen, die sich aus den Entscheidungen Visa 2001 und Visa 2002 ergeben – unterstellt, sie beträfen Maßnahmen, die mit den hier streitigen weitgehend identisch sind –, nicht zwangsläufig als Präjudiz dafür gelten, dass diese Maßnahmen ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkend sind.

144. Gleichwohl war es angezeigt, den Gründen kritische Beachtung zu schenken, die es rechtfertigen sollten, von den Ergebnissen abzuweichen, die sich aus der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission in Bezug auf den Markt der Zahlungssysteme ergeben. Insbesondere hatte das Gericht zu prüfen, inwiefern die streitigen Maßnahmen im Unterschied zu den auf demselben Markt getroffenen Maßnahmen, deren Ähnlichkeit das Gericht zum Teil anerkannt hat[62], einen solchen Grad der Schädlichkeit aufwiesen, dass sie als solche mit wettbewerbswidrigem Zweck angesehen werden konnten.

145. Was die Frage betrifft, ob das Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers für den vorliegenden Fall einen Präzedenzfall darstellt, unterscheidet sich jene Rechtssache, wie ich bereits in den Nrn. 69 bis 73 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, in mehrfacher Hinsicht deutlich von der vorliegenden Rechtssache.

146. Was zweitens die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zusammenhangs betrifft, wirft das Groupement dem Gericht im Wesentlichen vor, die Besonderheiten des CB-Systems und insbesondere dessen zweiseitige Natur außer Acht gelassen zu haben.

147. Insoweit bin ich der Auffassung, dass selbst dann, wenn der Wortlaut und die Zielsetzung der streitigen Maßnahmen auf deren wettbewerbswidrigen Zweck schließen lassen könnten, die sich aus dem Zusammenhang ergebenden Anhaltspunkte geeignet sind, diese Schlussfolgerung zu erschüttern.

148. Zu diesem Punkt weise ich darauf hin, dass die Kommission sich zur Feststellung einer bezweckten Beschränkung – insbesondere bei einer Beschränkung, deren Charakter nicht offensichtlich ist – nicht auf eine abstrakte Prüfung beschränken darf.

149. Wenn die bestehenden Wechselwirkungen zwischen dem Bereich „Kartenausgabe“ und dem Bereich „Akquisition“ im Rahmen einer Prüfung des Zusammenhangs der Ausarbeitung der Maßnahmen berücksichtigt werden, die dazu dient, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, ist dies meiner Ansicht nach etwas ganz anderes, als wenn dies geschieht, um den relevanten Markt zu bestimmen. Es geht nämlich nicht darum, die Behauptung in Frage zu stellen, dass die Märkte der Kartenausgabe und der Akquisition sehr unterschiedlich seien, sondern um die Überprüfung, ob der wirtschaftliche Kontext der Ausarbeitung der Maßnahmen ausreichend berücksichtigt worden ist.

62 — Obwohl ein gewisser Widerspruch zu bestehen scheint zwischen den Ausführungen in Rn. 94 des angefochtenen Urteils, wonach die Maßnahmen, die Gegenstand der Entscheidungen Visa 2001 und Visa 2002 waren, nicht als vergleichbar angesehen werden können, und den Ausführungen in Rn. 99 desselben Urteils, dass aus der Begründungspflicht der Kommission „nicht abgeleitet werden kann, dass sie über eine Begründung ihrer Entscheidung unter Bezugnahme auf die Unterlagen der Sache hinausgehen und speziell die Gründe darlegen muss, aus denen sie zu einem anderen Schluss gelangt ist als in einer früheren Sache, die sich auf eine ähnliche oder gleiche Situation bezog oder bei der es sich um dieselben Wirtschaftsakteure handelte“.

150. Im vorliegenden Fall setzte, wie der Rechtsmittelführer vor dem Gericht geltend gemacht hat, das gute Funktionieren des CB-Systems voraus, dass die Issuing- und die Acquiring-Tätigkeiten in ausgewogener Weise wahrgenommen wurden. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht ausgeschlossen werden, dass die jeweiligen Beiträge der einzelnen Mitglieder zu diesen beiden Aufgaben berücksichtigt werden können. Denn ein Mitglied des Groupement – ob Bestandsmitglied oder Neuzugang –, das hauptsächlich oder ausschließlich im Bereich der Ausgabe von CB-Karten aktiv ist, profitiert von den Investitionen, die zum Ausbau des Bereichs „Akquisition" gemacht wurden, der ein notwendiger Pfeiler für den Fortbestand des Systems ist.

3. Ergebnis

151. Nach alledem ist festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es zum einen eine nicht restriktive Auslegung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung befürwortet und herangezogen hat und zum anderen bei der Prüfung des Inhalts, der Ziele und des Zusammenhangs der Ausarbeitung der streitigen Maßnahmen exakt diesem Ansatz gefolgt ist.

152. Das Gericht hat es insbesondere versäumt, zu prüfen, ob die Kommission angesichts des Inhalts, der Ziele und des Zusammenhangs der Ausarbeitung dieser Maßnahmen zu dem Ergebnis gelangen durfte, dass diese einen solchen Grad der Schädlichkeit aufwiesen, dass ihre wettbewerbswidrigen Auswirkungen unterstellt werden konnten.

153. Das angefochtene Urteil ist daher in diesem Punkt zu beanstanden und könnte schon aus diesem Grund aufgehoben werden.

154. Da das Gericht es nicht für notwendig erachtet hat, zu prüfen, ob diese Maßnahmen eine wettbewerbswidrige Wirkung hatten, wird das Verfahren an das Gericht zurückzuverweisen sein.

155. Jedoch gehe ich für den Fall, dass der Gerichtshof meinem Antrag nicht folgen sollte, nachstehend kurz auf den zweiten und den dritten Rechtsmittelgrund ein, die im Rahmen dieses Rechtsmittels geltend gemacht werden.

B – *Zum zweiten Rechtsmittelgrund, mit dem Rechtsfehler bei der Anwendung des Begriffs der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung gerügt werden*

156. Der Rechtsmittelführer weist mit Unterstützung der BNP Paribas darauf hin, dass von den 455 Randnummern des angefochtenen Urteils nur vier der Prüfung der Auswirkungen der streitigen Maßnahmen gewidmet seien. Neben einer rechtsfehlerhaften Prüfung des Vorliegens einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung sei das Gericht nicht in rechtlich hinreichender Weise auf alle vom Rechtsmittelführer vorgebrachten Argumente eingegangen und habe damit seine Begründungspflicht aus Art. 36 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union verletzt. Insbesondere habe die Kommission nicht nachzuweisen vermocht, dass die streitigen Maßnahmen tatsächlich zum Marktaustritt von Neueinsteigern oder zu einer Einschränkung ihrer CB-Ausgabetätigkeit geführt hätten.

157. Da das Gericht im vorliegenden Fall gerade nicht geprüft hat, ob die streitigen Maßnahmen wettbewerbswidrige Auswirkungen hatten, ist, falls der Gerichtshof – entgegen meinem Vorschlag – der Auffassung sein sollte, dass das Gericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass die streitigen Maßnahmen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG eine Wettbewerbsbeschränkung

„bezweckten“, der zweite Rechtsmittelgrund für gegenstandslos zu erklären [63].

158. Nach ständiger Rechtsprechung [64] brauchen, wie oben bereits ausgeführt, die wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Vereinbarung nämlich nicht mehr geprüft zu werden, wenn deren wettbewerbswidriger Zweck feststeht.

159. Somit ist das Gericht in den Rn. 269 bis 272 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der auf Rechts-, Sachverhalts- und Beurteilungsfehler bei der Beurteilung der Auswirkungen der streitigen Maßnahmen gestützte Klagegrund ins Leere geht, weil es festgestellt hat, dass diese Maßnahmen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG den Zweck verfolgten, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.

160. Ebenso wenig ist dem Gericht vorzuwerfen, sein Urteil insoweit nicht mit Gründen versehen zu haben. Im vorliegenden Fall hat das Gericht es für angebracht gehalten, wozu es nach der Rechtsprechung befugt ist, sich auf die Prüfung des Vorliegens eines wettbewerbswidrigen Zwecks zu beschränken, und brauchte deshalb nicht darzulegen, aus welchen Gründen die streitigen Maßnahmen außerdem wettbewerbswidrige Wirkungen hatten.

161. Zudem steht es dem Gerichtshof im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu, sich mit der Frage zu befassen, ob den streitigen Maßnahmen ungeachtet ihres etwaigen wettbewerbswidrigen Zwecks auch wettbewerbswidrige Wirkungen zugeschrieben werden können. Insbesondere ist es dem Gerichtshof verwehrt, zu überprüfen, ob der Kommission der Nachweis gelungen ist, dass die streitigen Maßnahmen zum Marktaustritt von Neueinsteigern oder zur Einschränkung ihrer geplanten CB-Ausgabetätigkeit geführt haben. Dies gilt umso mehr, als die Kommission, wie bereits erwähnt [65], einen beträchtlichen Teil der streitigen Entscheidung der Prüfung gewidmet hat, welche Wirkungen von den streitigen Maßnahmen ausgingen.

162. Nach alledem kann dieser Rechtsmittelgrund meines Erachtens keinen Erfolg haben.

C – *Zum dritten Rechtsmittelgrund, mit dem gerügt wird, die Kommission habe gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit verstoßen, indem sie es unterlassen habe, die in Art. 2 Abs. 2 der streitigen Entscheidung enthaltene Anordnung aufzuheben*

163. Der Rechtsmittelführer macht, unterstützt von der BNP Paribas, geltend, das Gericht habe gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit verstoßen, indem es die in Art. 2 Abs. 2 der streitigen Entscheidung enthaltene Anordnung nicht aufgehoben habe, mit der dem Groupement aufgegeben wurde, sich in Zukunft aller Maßnahmen oder Verhaltensweisen zu enthalten, die dasselbe oder Ähnliches bezwecken oder bewirken wie die streitigen Maßnahmen.

164. Was zunächst den in Art. 5 Abs. 4 EUV verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft, macht der Rechtsmittelführer geltend, das Gericht hätte gemäß Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 feststellen müssen, dass die von der Kommission auferlegte Verpflichtung für den damit verfolgten Zweck, nämlich „die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen“, nicht erforderlich gewesen sei, weil das Groupement die Maßnahmen schon vor Erlass der streitigen Entscheidung ausgesetzt habe, ihm aber in Art. 2 Abs. 1 gleichwohl aufgegeben werde, die Zuwiderhandlung unverzüglich durch Rücknahme der angemeldeten Preismaßnahmen abzustellen. Außerdem hätte das Gericht

63 — In diesem Sinne hat der Gerichtshof insbesondere klargestellt, dass es umso mehr angebracht ist, das Vorbringen zum wettbewerbswidrigen Zweck einer Vereinbarung vor demjenigen zu ihrer wettbewerbswidrigen Wirkung zu prüfen, als das Rechtsmittel, das sich gegen die Begründung des angefochtenen Urteils zur wettbewerbswidrigen Wirkung richtet, zurückzuweisen ist, wenn der Rechtsfehler bei der Würdigung des Zwecks dieser Vereinbarung festgestellt worden ist (vgl. Urteil GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., Rn. 56).

64 — Vgl. Urteile LTM sowie Beef Industry Development Society und Barry Brothers, Rn. 16.

65 — Siehe Nr. 2 dieser Schlussanträge.

feststellen müssen, dass die angefochtene Anordnung unverhältnismäßig sei, soweit sie sich auf Maßnahmen mit „ähnlicher“ Wirkung erstreckt. Die Notwendigkeit, die Anordnung enger zu fassen, sei im vorliegenden Fall umso wichtiger gewesen, als das Gericht und das Groupement in Bezug auf die streitigen Maßnahmen sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten hätten.

165. Was schließlich den Grundsatz der Rechtssicherheit betrifft, ist der Rechtsmittelführer der Ansicht, das Gericht hätte feststellen müssen, dass die streitige Entscheidung die Tragweite der ausgesprochenen Anordnung weitgehend im Unklaren lasse, was für das Groupement zu einer Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Maßnahmen führe, die es in Zukunft ergreifen dürfe, um seine Wettbewerbsfähigkeit und seine weitere Entwicklung sicherzustellen. Die Unsicherheit bestehe hier in der äußerst allgemein und ungenau gehaltenen Bezeichnung der dem Groupement in Zukunft untersagten Maßnahmen, die sämtliche Ausgleichsmaßnahmen umfassen könne, die künftig für notwendig erachtet werden könnten, um die Wettbewerbsstellung des CB-Systems zu stärken oder seine weitere Entwicklung sicherzustellen. Das Groupement sei damit gehindert, Maßnahmen zur Bekämpfung von Erscheinungen des Trittbrettfahrens zu ergreifen, denen das System ausgesetzt sei.

166. Ich weise darauf hin, dass der Rechtsmittelführer mit dem dritten Rechtsmittelgrund der Kommission vorwerfen will, den Umfang der Anordnung in Art. 2 Abs. 2 der streitigen Entscheidung nicht enger gefasst zu haben, dass er jedoch nicht aufzeigt, welchen Rechtsfehler das Gericht, insbesondere im Hinblick auf die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gebotene Auslegung, begangen haben soll.

167. Somit ist festzustellen, dass dieser Rechtsmittelgrund im Kern die Argumente wiederholt, die im Verfahren vor dem Gericht im Rahmen des zweiten Teils des sechsten Klagegrundes [66] vorgetragen wurden, und allein aus diesem Grund als unzulässig zurückgewiesen werden sollte.

168. Ungeachtet dieser Klarstellung wirft der vorliegende Klagegrund ein interessantes, eng mit der Prüfung des ersten Rechtsmittelgrundes verbundenes Problem in Bezug auf die der Kommission übertragenen Anordnungsbefugnisse und die vom Gericht vorzunehmende Kontrolle ihrer Ausübung auf.

169. Auch wenn die Parteien offenbar darin übereinstimmen, dass die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit hier anwendbar sind, stellt sich die Frage, welche Tragweite diesen Grundsätzen in einem Fall zukommt, in dem die Kommission das Vorliegen einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt hat.

170. Soweit es um die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geht, komme ich angesichts der Notwendigkeit, die praktische Wirksamkeit einer Entscheidung sicherzustellen, mit der eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt wird, zu dem Ergebnis, dass die Kommission immer dann, wenn das Vorliegen einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung eindeutig feststeht, den betroffenen Unternehmen nicht nur aufgeben darf, die streitigen Maßnahmen auszusetzen und zurückzunehmen, sondern auch, sich in Zukunft jeglicher Maßnahme mit ähnlichem Zweck zu enthalten.

171. Dies setzt aber voraus, dass der vermeintlich „wettbewerbswidrige“ Zweck der beanstandeten Maßnahmen eindeutig bestimmt und eingegrenzt worden ist, woran es hier, wie bereits im Rahmen der Prüfung des ersten Rechtsmittelgrundes dargelegt, nach meiner Auffassung fehlt.

172. Dieses Erfordernis gilt meines Erachtens auch unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des Grundsatzes der Rechtssicherheit.

66 — Vgl. Rn. 435 bis 452 des angefochtenen Urteils.

173. Ist der wettbewerbswidrige Zweck der streitigen Maßnahmen hinreichend bestimmt und bestimmbar, muss die Kommission das Recht haben, den betroffenen Unternehmen aufzugeben, von jedem ähnlichen Verhalten Abstand zu nehmen. Ein solcher Ansatz scheint mir hingegen fragwürdig zu sein, falls der wettbewerbswidrige Zweck nicht oder nur unzureichend definiert ist oder die Unternehmen – wie im vorliegenden Fall – darauf angewiesen sind, die Tragweite der betreffenden Anordnung selbst zu ermitteln.

V – **Ergebnis**

174. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 29. November 2012, CB/Kommission (T-491/07), wird aufgehoben.

2. Die Rechtssache wird an das Gericht der Europäischen Union zurückverwiesen.

3. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.