Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 23. April 2015[1]

Rechtssache C-172/14

ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA
gegen
Consiliul Concurenței

(Vorabentscheidungsersuchen der Înalta Curte de Casație şi Justiție [Rumänien])

„Wettbewerb — Absprachen — Modalitäten zur Aufteilung der Kunden auf dem rumänischen Markt für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds — Vorliegen einer ‚bezweckten' Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV — Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten"

1. Die vorliegende Rechtssache beruht auf einem Rechtsstreit zwischen der ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (im Folgenden: ING Pensii), einer Gesellschaft zur Verwaltung eines privaten Pensionsfonds, und dem Consiliul Concurenței (rumänischer Wettbewerbsrat), in dem die Nichtigerklärung einer Entscheidung begehrt wird, mit der dieser Gesellschaft ein Bußgeld wegen Beteiligung an einer Vereinbarung zur Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für private Pensionsfonds auferlegt wurde. Genauer geht es um die von den Verwaltern obligatorischer privater Pensionsfonds getroffenen Vereinbarungen zur Aufteilung von Doppelmitgliedern, d. h. von Personen, die während der gesetzlich für das Jahr 2007 vorgesehenen Erstbeitrittsphase aufgrund von Unkenntnis der einschlägigen Regeln oder mangelnder Sorgfalt einiger Versicherungsvertreter zwei oder mehr Fonds beitraten.

2. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen, das weitgehend auf das Bestehen unterschiedlicher Auslegungen der rumänischen Gerichte zurückzuführen ist, gibt dem Gerichtshof Gelegenheit zu bestimmten Klarstellungen der Begriffe der „bezweckten" Beschränkung und der spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Es bietet insbesondere Gelegenheit zu Hinweisen auf die bei der Feststellung, ob eine Vereinbarung einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufweist, zu berücksichtigenden Elemente und die dabei anzuwendende Prüfungsmethode.

I – Nationaler Rechtsrahmen

3. Das System der Aufteilung von Doppelmitgliedern, um das es hier geht, fügt sich in den Rahmen der nationalen rumänischen Rechtsvorschriften über die Errichtung, die Organisation und die Funktionsweise des Marktes für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds ein.

4. Das einschlägige nationale Recht weist zweifellos eine gewisse Komplexität auf. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind für die Zwecke der nachfolgenden Prüfung die folgenden Elemente hervorzuheben.

1 — Originalsprache: Französisch.

A – *Allgemeine Regeln über den Beitritt zu privaten Pensionsfonds*

5. Das rumänische Pensionssystem besteht aus folgenden Bestandteilen:

— Erste Säule: obligatorische Komponente, basierend auf dem Umlageprinzip, öffentlich-rechtlich verwaltet;

— Zweite Säule: obligatorische Komponente, basierend auf dem Kapitalisierungsprinzip, verwaltet durch private Aktiengesellschaften zur Verwaltung von Pensionsfonds und geregelt durch das Gesetz Nr. 411/2004 über die privat verwalteten Pensionsfonds (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— Dritte Säule: freiwillige Komponente, basierend auf dem Kapitalisierungsprinzip, ebenfalls privat verwaltet.

6. Aufgrund des Gesetzes Nr. 411/2004 sind 18 Handelsgesellschaften, die ausschließlich im Bereich der Verwaltung von Pensionsfonds tätig sind, von der Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Kommission zur Überwachung des Systems der privaten Altersvorsorge) (im Folgenden: CSSPP) im Zeitraum vom 25. Juli 2007 bis zum 9. Oktober 2007 zugelassen worden, wobei jede dieser Gesellschaften in Rumänien nur einen einzigen Pensionsfonds verwalten darf.

7. Nach Art. 30 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 411/2004 sind Personen im Alter von weniger als 35 Jahren, die dem öffentlichen Pensionssystem (Erste Säule) angehören und Beiträge zu diesem System entrichten, verpflichtet, auch einem privat verwalteten Pensionsfonds beizutreten (Zweite Säule).

8. Personen, die älter als 45 Jahre sind oder keine Beiträge zum öffentlichen Pensionssystem (Erste Säule) entrichten, können der Zweiten Säule nicht beitreten. Personen im Alter zwischen 35 und 45 Jahren, die Beiträge zur Ersten Säule entrichten, können sich für oder gegen einen Beitritt zur Zweiten Säule entscheiden (Art. 30 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 411/2004). Unabhängig von der Beitragsleistung zur Ersten und zur Zweiten Säule kann jede natürliche Person Beiträge zur Dritten Säule entrichten, wobei dies den Beitrag zur Ersten oder zur Zweiten Säule bei Personen, die Beiträge an diese Pensionssysteme entrichten müssen, nicht ersetzen kann.

9. In Bezug auf die der Zweiten Säule angehörenden Personen, um die es im Ausgangsverfahren ausschließlich geht, sieht Art. 31 des Gesetzes Nr. 411/2004 vor, dass eine Person nicht gleichzeitig mehreren Pensionsfonds angehören darf und dass sie bei dem Pensionsfonds, dem sie angehört, nur ein Konto besitzen darf.

10. Nach Art. 32 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 411/2004 erwirbt eine Person die Zugehörigkeit zu einem Pensionsfonds nur durch Unterzeichnung einer individuellen Beitrittserklärung, sei es aus eigener Initiative oder infolge ihrer Zuweisung durch die Aufsichtsbehörde.

11. Nach Art. 33 des Gesetzes Nr. 411/2004 wird jede Person, die nicht innerhalb einer bestimmten Frist einem der privaten Pensionsfonds beigetreten ist, von der Aufsichtsbehörde nach dem Zufallsprinzip einem der Pensionsfonds zugewiesen. Diese Aufteilung wurde im Verhältnis der von den einzelnen Verwaltern erworbenen Marktanteile vorgenommen (Art. 33 Abs. 2).

2 — Gesetz Nr. 411/2004, neu bekannt gemacht im *Monitorul Oficial al României* Nr. 482 vom 18. Juli 2007 sowie geändert und ergänzt durch die Dringlichkeitsverordnung der Regierung Nr. 112/2007, veröffentlicht im *Monitorul Oficial al României* Nr. 710 vom 22. Oktober 2007 (im Folgenden: Gesetz Nr. 411/2004).

B – *Spezielle Regeln für den Erstbeitritt zu einem privaten Pensionsfonds, für das Verfahren zur Validierung der Beitritte und für die Zuweisung der keinem Pensionsfonds beigetretenen Personen nach dem Zufallsprinzip*

12. Das Verfahren des Erstbeitritts zu einem privaten Pensionsfonds sowie das Validierungsverfahren und das Verfahren zur Zuweisung der Mitglieder nach dem Zufallsprinzip wurden in der Rechtsverordnung Nr. 18/2007 über den Erstbeitritt und die Registrierung der Mitglieder privater Pensionsfonds [3] in der durch die Rechtsverordnung Nr. 31/2007 [4] geänderten und ergänzten Fassung (im Folgenden: Rechtsverordnung Nr. 18/2007) geregelt.

13. Nach Art. 17 Abs. 1 der Rechtsverordnung Nr. 18/2007 war das Verfahren des Erstbeitritts zu einem privat verwalteten Pensionsfonds innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten durchzuführen, der am 17. September 2007 begann und am 17. Januar 2008 endete (Art. 5 Abs. 6 der Rechtsverordnung Nr. 18/2007). In diesem Zeitraum mussten alle Personen, die am 31. Dezember 2007 noch nicht das Alter von 35 Jahren erreicht hatten oder es an diesem Tag erreichten, bei Vorliegen einiger weiterer Voraussetzungen einem privaten Pensionsfonds beitreten (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 der Rechtsverordnung Nr. 18/2007).

14. In Bezug auf das Verfahren zur Validierung und zur Aufteilung nach dem Zufallsprinzip (Art. 19 bis 31 der Rechtsverordnung Nr. 18/2007) sah die Rechtsverordnung Nr. 18/2007 vor, dass die Verwalter der Staatlichen Stelle für Renten und andere Sozialversicherungsansprüche (Casa Națională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, im Folgenden: CNPAS) zweimal im Monat (am 1. und 15. jedes Monats) einen Bericht mit Angaben über die Personen zu übermitteln hatten, die in den beiden Wochen vor der Erstellung dieses Berichts eine individuelle Beitrittserklärung unterzeichnet hatten. War im Rahmen der halbmonatlichen Berichte eine Person in den von einem oder mehreren Verwaltern übermittelten Berichten als Unterzeichner mehrerer individueller Beitrittserklärungen aufgeführt oder wurde festgestellt, dass ihr Beitritt im Rahmen früherer Berichte vorläufig validiert worden war, trug die CNPAS diese Person in die elektronische Tabelle der Doppelmitglieder ein (Art. 21 Abs. 1 der Rechtsverordnung Nr. 18/2007). In diesem Fall waren die Fondsverwalter gesetzlich verpflichtet, die Echtheit der individuellen Beitrittserklärung und der Kopie des Personalausweises zu überprüfen, die beide handschriftlich von der als Unterzeichner mehrerer Beitrittserklärungen aufgeführten Person unterzeichnet waren; wurde die Echtheit der Beitrittserklärung festgestellt, konnten die Verwalter der Pensionsfonds die Informationen über den Beitritt der betreffenden Person der CNPAS im folgenden halbmonatlichen Bericht erneut vorlegen.

15. Am Ende des Erstbeitrittsverfahrens wurden die Personen, deren Beitritt vorläufig validiert worden war, als validiert registriert, während Personen, die mehr als eine individuelle Beitrittserklärung unterzeichnet hatten, in das Mitgliederverzeichnis als nicht validiert eingetragen und nach dem Zufallsprinzip zugewiesen wurden [5]. Demzufolge war die Zuweisung nach dem Zufallsprinzip bei Personen vorzunehmen, die trotz ihrer Beitrittspflicht im Lauf der Erstbeitrittsphase keinem privaten Pensionsfonds beigetreten waren, sowie bei Personen, deren Beitritt nicht validiert worden war. Die Zuweisung zu einem der privaten Fonds wurde von der CNPAS vorgenommen und erfolgte direkt proportional anhand der Zahl der Personen, deren Beitritt bei den einzelnen privaten Pensionsfonds validiert worden war, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Personen, deren Beitritt zu allen privaten Pensionsfonds validiert worden war.

3 — Veröffentlicht im *Monitorul Oficial al României* Nr. 503 vom 27. Juli 2007.

4 — Veröffentlicht im *Monitorul Oficial al României* Nr. 746 vom 2. November 2007.

5 — Im Anschluss an die mit der Rechtsverordnung Nr. 31/2007 vorgenommenen Änderungen erfolgte die Validierung oder Nichtvalidierung der Personen, die mehr als eine Beitrittserklärung unterzeichnet hatten, monatlich, und zwar am 15. November (für die halbmonatlichen Berichte vom 1. und 15. Oktober und vom 15. November), am 15. Dezember (für die Berichte vom 1. und 15. Dezember) und am 17. Januar 2008 (für die halbmonatlichen Berichte vom 1. und 15. Januar 2008).

16. Die Rechtsverordnung Nr. 31/2007, mit der die Rechtsverordnung Nr. 18/2007 geändert und ergänzt wurde, sah darüber hinaus eine Verpflichtung der Fondsverwalter vor, den Mitgliedern binnen 15 Tagen nach der Validierung mitzuteilen, für welchen Pensionsfonds ihr Beitritt validiert worden war. Hatten die informierten Mitglieder keine individuelle Beitrittserklärung zu diesem Fonds unterzeichnet, hatten sie die Möglichkeit, eine schriftliche Beschwerde bei der CSSPP einzureichen; diese teilte nach Bearbeitung der Beschwerde dem Fondsverwalter mit, ob der Betreffende dem privaten Pensionsfonds angehörte oder nicht.

II – Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits und Vorlagefrage

17. ING Pensii ist eine privatrechtliche Gesellschaft zur Verwaltung von Pensionsfonds. Sie ist u. a. auf dem Markt für obligatorische private Rentenversicherungen in Rumänien tätig.

18. Die vorliegende Rechtssache geht auf eine vom Consiliul Concurenței durchgeführte Untersuchung zurück, die einen möglichen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes (legea concurenței) Nr. 21/1996 [6] und Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) auf dem rumänischen Markt für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds (Zweite Säule) zum Gegenstand hatte.

19. Am Ende dieser Untersuchung kam der Consiliul Concurenței u. a. zu dem Ergebnis, dass es auf diesem Markt wettbewerbsbeschränkende Absprachen gebe, die die Aufteilung von Kunden zwischen den diese Fonds verwaltenden Handelsgesellschaften zum Gegenstand hätten.

20. Mit Entscheidung Nr. 39 vom 7. September 2010 verhängte der Consiliul Concurenței Sanktionen gegen 14 von ihnen, zu denen die Klägerin gehört. Die fraglichen Vereinbarungen, die zumeist bilateral geschlossen worden und unterschiedlich gestaltet waren, betrafen Doppelmitglieder. Durch den Abschluss dieser Vereinbarungen sollen die Verwalter der privaten Pensionsfonds die Doppelmitglieder zu gleichen Teilen (nach der 50/50-Regel) untereinander aufgeteilt und damit versucht haben, die Aufteilung der Doppelmitglieder durch die CNPAS zu umgehen.

21. Am 4. Oktober 2010 beantragte ING Pensii vor der Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) die Nichtigerklärung der Entscheidung Nr. 39 und, hilfsweise, die teilweise Nichtigerklärung dieser Entscheidung mit dem Ziel, eine Herabsetzung der ihr auferlegten Geldbuße zu erreichen.

22. ING Pensii machte geltend, dass die fragliche Vereinbarung nicht gegen Art. 5 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes verstoße und auch die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt seien. Insbesondere habe die Aufteilung der als Doppelmitglieder registrierten Personen keine Auswirkungen gehabt, die zu einer Einschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem rumänischen Markt für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds oder auf einem wesentlichen Teil dieses Marktes geführt hätten. ING Pensii fügte hinzu, der Wettbewerb zwischen den Verwaltern der privaten Pensionsfonds sei nicht ausgeschaltet worden, weil sie während der Erstbeitrittsphase zueinander in Wettbewerb gestanden hätten.

6 — Gesetz in geänderter, ergänzter und neu bekannt gemachter Fassung (*Monitorul Oficial al României* Nr. 240 vom 3. April 2014). In dieser Vorschrift heißt es: „Verboten sind ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen jeder Art zwischen Wirtschaftsteilnehmern oder Vereinigungen von Wirtschaftsteilnehmern, Entscheidungen jeder Art, die von Vereinigungen von Wirtschaftsteilnehmern getroffen werden, sowie abgestimmte Verhaltensweisen jeder Art, die eine Beschränkung, Behinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem rumänischen Markt oder auf einem Teil dieses Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere:
…
c) die Aufteilung der Absatzmärkte oder Bezugsquellen …“.

23. Der Consiliul Concurenței brachte demgegenüber vor, bei der Feststellung des wettbewerbswidrigen Charakters der zwischen den Verwaltern privater Pensionsfonds, darunter ING Pensii, getroffenen Vereinbarung seien der rechtliche Rahmen für die Errichtung und die Funktionsweise des Marktes für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds sowie die Besonderheiten des Marktes, auf dem diese Vereinbarung getroffen worden sei, zu berücksichtigen.

24. Mit Urteil Nr. 749 vom 6. Februar 2012 wies die Curte de Apel Bucureşti die Klage von ING Pensii ab.

25. ING Pensii hat daraufhin ein Rechtsmittel beim vorlegenden Gericht eingelegt. Sie hat insbesondere geltend gemacht, die Wahl einer anderen als der gesetzlich vorgesehenen Berechnungsformel für die Doppelmitglieder stelle keine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsgesetz dar, sondern allenfalls eine Zuwiderhandlung gegen die speziellen Rechtsvorschriften im Bereich der obligatorischen privaten Pensionen. Darüber hinaus habe die Absprache, da sie sich auf die Aufteilung der Doppelmitglieder beschränkt habe, den Wettbewerb auf dem fraglichen Markt nicht beeinträchtigen können, da die Doppelmitglieder, die weniger als 1,5 % des Marktes ausmachten, nicht Gegenstand des Wettbewerbs zwischen den Verwaltern der privaten Pensionsfonds gewesen seien.

26. ING Pensii hat ferner geltend gemacht, sie habe kein Interesse praktischer oder wirtschaftlicher Art an der Aufteilung der Doppelmitglieder zu gleichen Teilen gehabt, da sie am 15. Oktober 2007 bereits den größten Marktanteil gehalten habe. Außerdem habe die Vereinbarung insofern positive Auswirkungen gehabt, als sie zu einer größeren Effizienz des Beitrittsprozesses zu den obligatorischen privaten Pensionsfonds geführt habe, da die Mitglieder bessere Chancen gehabt hätten, dass ihre Wahl respektiert werde, als bei einer Aufteilung nach dem Zufallsprinzip.

27. Schließlich sei vorliegend keinerlei Abschottungswirkung des nationalen Marktes der obligatorischen privaten Pensionsfonds dargetan worden, die auf die Wahl einer anderen Berechnungsformel für die Doppelmitglieder zurückzuführen wäre. Da es sich um eine Vereinbarung handele, die einen marginalen Prozentsatz des rumänischen Marktes betreffe, liege es auf der Hand, dass ihre tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen unbedeutend seien und sich keinesfalls auf den Markt der Europäischen Union auswirken könnten.

28. Der Consiliul Concurenței hat die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt, wobei er im Wesentlichen vorgebracht hat, die Vereinbarung über die Aufteilung der Doppelmitglieder sei geeignet gewesen, den Markt für obligatorische private Pensionsfonds zu verfälschen, und habe als solche einen wettbewerbswidrigen Zweck gehabt. Ob eine Vereinbarung negative Auswirkungen haben könne und ob eine Zuwiderhandlung in Form der Aufteilung des Marktes und der Bezugsquellen vorliege, hänge nicht von der Zahl der tatsächlich aufgeteilten Kunden ab, da dieser Gesichtspunkt zu den konkreten Auswirkungen einer Absprache gehöre.

29. Unter diesen Umständen hat das vorlegende Gericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Kommt der konkreten, endgültigen Zahl der Kunden bei einer Praxis der Kundenaufteilung im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzung einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Buchst. c AEUV Bedeutung zu?

30. ING Pensii, der Consiliul Concurenței, die rumänische Regierung und die Europäische Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht und in der Sitzung vom 11. Februar 2015 mündlich verhandelt.

III – Würdigung der Vorlagefrage

31. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wird der Gerichtshof gefragt, ob und inwieweit die Zahl der Personen, die von Aufteilungsvereinbarungen wie den im vorliegenden Fall in Rede stehenden betroffen sind, einen für die Feststellung, ob diese Vereinbarungen unter das Verbot von Absprachen in Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, relevanten Gesichtspunkt darstellt.

32. Angesichts der vom vorlegenden Gericht gelieferten Angaben bedarf es vorab zweier Klarstellungen.

33. Erstens bin ich der Ansicht, dass die Zulässigkeit der Frage klar zu bejahen ist, auch wenn es im Ausgangsrechtsstreit unmittelbar nur um die Anwendung nationaler Vorschriften des rumänischen Wettbewerbsrechts, insbesondere von Art. 5 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes, zu gehen scheint. Im vorliegenden Fall hat ING Pensii zwar die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV in Frage gestellt, doch dieser Einwand ist vom vorlegenden Gericht zurückgewiesen worden. Da es in der Rechtssache gerade um die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung geht, kann ich mich der Auffassung des vorlegenden Gerichts nur anschließen.

34. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass diese nationale Vorschrift in ihrer derzeit geltenden Fassung fast wörtlich das in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellte Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen übernimmt. Unter diesen Umständen bin ich der Ansicht, dass in Fortführung der Lösungsansätze zahlreicher Präzedenzfälle, die wettbewerbsbeschränkende Praktiken nach nationalem Recht betreffen [7], das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen für zulässig zu erklären ist. Denn es besteht ein klares Interesse der Union daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern [8].

35. Zweitens ist festzustellen, dass zwar die Frage, ob im Ausgangsverfahren eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, den Kern der Debatte zu bilden scheint und Gegenstand der wichtigsten Ausführungen in den vorliegenden Schlussanträgen sein wird, doch lädt die allgemein gehaltene Formulierung der Frage des vorlegenden Gerichts auch dazu ein, umfassender auf die Voraussetzung der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs einzugehen. Das vorlegende Gericht hat im Übrigen hervorgehoben, dass im vorliegenden Fall sowohl über den wettbewerbswidrigen Charakter der fraglichen Absprache als auch über die Frage zu entscheiden sei, ob die Vereinbarungen zur Aufteilung der Doppelmitglieder geeignet gewesen seien, die Struktur des Marktes der privat verwalteten obligatorischen Pensionsfonds zu verändern, indem sie ihn erheblich beeinträchtigten.

A – *Zur Bedeutung der Zahl der von den streitigen Vereinbarungen konkret erfassten Personen für die Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks*

36. Um im vorliegenden Fall die Frage des vorlegenden Gerichts beantworten zu können, erscheint es mir unabdingbar, nach einer Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung die streitigen Aufteilungsvereinbarungen einer Prüfung zu unterziehen. Zwar hat letztlich allein das vorlegende Gericht darüber zu entscheiden, ob diese Vereinbarungen unter das in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellte Verbot von Absprachen fallen können, doch wird der Gerichtshof gebeten, dem nationalen Gericht Hinweise zu geben, damit es klären kann, ob diese Vereinbarungen einen wettbewerbswidrigen Zweck oder, wenn nicht, wettbewerbswidrige Wirkungen haben.

7 — Vgl. u. a. Urteile Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, Rn. 12 bis 22), Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, Rn. 13 bis 23), ETI u. a. (C-280/06, EU:C:2007:775, Rn. 19 bis 29) und Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 17 bis 23).

8 — Vgl. Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

1. Bisherige Rechtsprechung

37. Es ist darauf hinzuweisen, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, um unter das in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannte Verbot zu fallen, eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts „bezwecken *oder* bewirken“ [9] muss.

38. Nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil LTM [10] erfordert es der durch die Konjunktion „oder“ gekennzeichnete alternative Charakter dieser Voraussetzung, zunächst den Zweck der Vereinbarung als solchen heranzuziehen, wobei der wirtschaftliche Zusammenhang, in dem sie Anwendung findet, zu berücksichtigen ist. Steht der wettbewerbswidrige Zweck einer Vereinbarung fest, brauchen daher ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden.

39. Zur Unterscheidung zwischen „bezweckten“ und „bewirkten“ Zuwiderhandlungen geht aus einer ständigen und erst vor Kurzem im Urteil CB/Kommission [11] nachdrücklich bestätigten Rechtsprechung hervor, dass sie darauf beruht, dass bestimmte Arten der Koordination zwischen Unternehmen den Wettbewerb *hinreichend beeinträchtigen*, um davon ausgehen zu können, dass *die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist*.

40. Insoweit können nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung bestimmte Formen der Koordination zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden. So ist anzuerkennen, dass bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie z. B. diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle führen, als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen insbesondere auf den Preis sowie die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen zu haben, dass für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass solche Verhaltensweisen Minderungen der Produktion und Preiserhöhungen nach sich ziehen, die zu einer schlechten Verteilung der Ressourcen zulasten insbesondere der Verbraucher führen [12].

41. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgefasst zu werden, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen. Ferner ist es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Union nicht verwehrt, die Absicht der Beteiligten zu berücksichtigen, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat [13].

9 — Hervorhebung nur hier.

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

11 — C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 49.

12 — Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 49 bis 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 — Urteil CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 53 und 54 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

42. Zwar setzt, wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache CB/Kommission [14] ausgeführt habe, die stärker typisierte Beurteilung, zu der der Rückgriff auf den Begriff der „bezweckten" Wettbewerbsbeschränkung führt, eine substantiierte und individuelle Prüfung der streitigen Vereinbarung voraus, doch muss sich diese Prüfung klar von der Prüfung der tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der beanstandeten Verhaltensweisen der Unternehmen unterscheiden.

43. 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. 101 Abs. 1 AEUV abträglichen Verschiebung zu begegnen. Bei der Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks kann die Berücksichtigung des Zusammenhangs die eigentliche Prüfung des Inhalts der vermuteten Kartellabsprachen allenfalls stützen oder neutralisieren. Keinesfalls kann sie aber das Fehlen der tatsächlichen Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks durch den Nachweis der möglichen Auswirkungen der Maßnahmen heilen. 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 nicht zu einer Qualifikation zulasten der beschuldigten Unternehmen führen, wenn eine Vereinbarung vorliegt, aus deren Inhalt keine Beeinträchtigung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs hervorgeht [15].

44. Im Licht dieser Klarstellungen werde ich die streitigen Vereinbarungen nach einer kurzen Darstellung ihres allgemeinen Zusammenhangs und der Modalitäten ihres Zustandekommens prüfen.

2. Beschreibung des allgemeinen Zusammenhangs und der Modalitäten des Zustandekommens der streitigen Vereinbarungen

45. Die zwischen den Verwaltern privater Pensionsfonds getroffenen bilateralen Vereinbarungen über die Aufteilung der Doppelmitglieder, um die es im Ausgangsverfahren geht, fügen sich in den Rahmen des ab dem Jahr 2007 für Personen im Alter von weniger als 35 Jahren (zur Zweiten Säule gehörende Personen) obligatorisch gewordenen Beitritts zu einem der zu diesem Zweck zugelassenen 18 privaten Pensionsfonds ein.

46. In Anbetracht des obligatorischen Charakters des Beitritts der zur Zweiten Säule gehörenden Personen zu einem (und nur einem) Pensionsfonds war nicht damit zu rechnen, dass nach Ablauf der etwa vier Monate dauernden Erstbeitrittsphase die betreffenden Personen nicht als einem ganz bestimmten Fonds beigetreten angesehen werden konnten.

47. In diesem Zusammenhang ist die Feststellung wichtig, dass der Beitritt zu einem Pensionsfonds nach den geltenden Rechtsvorschriften nur rechtsgültig wird, wenn er bei der CNPAS registriert ist. Vor dieser Registrierung besteht kein gültiger oder vermuteter Beitritt zu einem bestimmten Fonds. Hervorzuheben ist auch, dass es für eine Person, die einem privat verwalteten Pensionsfonds beigetreten und als solche bei der CNPAS registriert ist, nur unter Inkaufnahme erheblicher Kosten möglich ist, ihre Mitgliedschaft vor Ablauf einer Frist von zwei Jahren zu ändern, was die Beitritte gewissermaßen für die Zukunft zementiert.

14 — C-67/13 P, EU:C:2014:1958, Nr. 40.

15 — Ebd. (Nrn. 44 und 45).

48. Daher hatte der Gesetzgeber für den Fall, dass Mitglieder in den Berichten mehrerer Verwalter aufgeführt waren (Doppelmitglieder) und dass aus irgendeinem Grund eine Überprüfung der Beitrittserklärung nicht möglich war, vorgesehen, dass die Mitglieder nach dem „Zufallsprinzip“ und direkt proportional anhand der Zahl der Personen, deren Beitritt bei den einzelnen privaten Pensionsfonds validiert worden war, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Personen, deren Beitritt zu allen privaten Pensionsfonds validiert worden war, aufzuteilen waren.

49. Offenbar spiegelte diese Aufteilung im Wesentlichen den zwischen den beteiligten Pensionsfonds während der Beitrittsphase bestehenden Wettbewerb wider, da sie proportional zur Zahl der für jeden einzelnen Fonds zum Zeitpunkt der Aufteilung validierten Personen erfolgte. Aus den dem Gerichtshof vom Consiliul Concurenței vorgelegten Informationen geht hervor, dass die Aufteilung anhand der Zahl der validierten Beitrittserklärungen eine Maßnahme war, mit der ein Anreiz für eine aktivere Beteiligung der Marktteilnehmer geschaffen werden sollte, um Marktteilnehmer anzuziehen und eine Marktstruktur auf wettbewerblicher Grundlage zu gewährleisten.

50. Überdies geht aus den vom Consiliul Concurenței vorgelegten Angaben hervor, dass der – informell erfolgte – Abschluss der streitigen Aufteilungsvereinbarungen vor der ab dem 14. September 2007 laufenden Erstbeitrittsphase begann[16]. Zu dieser Zeit war es jedoch nicht möglich, zu bestimmen oder auch nur zu schätzen, wie viele Personen letztlich als Doppelmitglieder registriert sein würden. Mit anderen Worten hatten die Verwalter der Pensionsfonds durch den Abschluss der fraglichen Vereinbarungen beschlossen, sich dem gesetzlich vorgesehenen System der Aufteilung von Doppelmitgliedern zu entziehen, indem sie selbst ihre Kunden aufteilten, ohne die genaue Zahl der letztlich betroffenen Personen zu kennen.

51. Schließlich wurde die Aufteilung der als Doppelmitglieder registrierten Personen zwischen der Mehrzahl der Gesellschaften zur Verwaltung von Pensionsfonds meist auf bilateraler Basis vorgenommen. Diese zu gleichen Teilen zwischen den Verwaltern erfolgende Aufteilung führte dazu, dass die betreffenden Personen aus dem Verzeichnis der Doppelmitglieder gelöscht wurden und dass ihr Beitritt zu einem der beiden Fonds bei der CNPAS validiert wurde. Indem sie die gesetzlich vorgesehene Kontrolle der Echtheit der Beitritte nicht durchführten und eine Aufteilung im Verhältnis 50/50 vornahmen, entzogen sich die Fondsverwalter bewusst den Regeln, die das Ergebnis des Wettbewerbs widerspiegeln, dem sie sich aussetzen sollten.

52. Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob davon auszugehen ist, dass die fraglichen Vereinbarungen als solche den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigten und folglich dessen Beschränkung „bezweckten“.

3. Prüfung der Frage, ob es sich bei den streitigen Vereinbarungen über die Aufteilung der Doppelmitglieder um eine „bezweckte“ Beschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV handelt

53. Hierbei werde ich das vorstehend dargelegte Prüfungsschema aufgreifen und nacheinander den Inhalt der Aufteilungsvereinbarungen, die mit ihnen verfolgten Ziele sowie den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, untersuchen.

16 — Nach den Informationen, die bei der vom Consiliul Concurenței durchgeführten Untersuchung gesammelt wurden, hatte einer der Verwalter am 15. August 2007 den konkurrierenden Gesellschaften vorgeschlagen, bilaterale und multilaterale Absprachen zur Festlegung gegenseitiger Validierungskriterien für den Fall mehrfacher Beitritte zu verschiedenen Fonds und über die Verhängung finanzieller Sanktionen für Gesellschaften, die sich diesen Kriterien nicht unterwerfen, zu treffen. Von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen zur Aufteilung der Doppelmitglieder sollen auch bei einem Treffen der Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (Vereinigung für privat verwaltete Pensionen in Rumänien) vorgeschlagen worden sein.

a) Zum Inhalt der streitigen Aufteilungsvereinbarungen

54. Mit den streitigen Vereinbarungen hatten sich bestimmte Fondsverwalter auf den ersten Blick darauf geeinigt, nicht endgültig beigetretene und als Unterzeichner von Beitrittserklärungen zu mehreren Pensionsfonds registrierte Personen auf bilateraler Basis untereinander aufzuteilen.

55. Dabei kamen die Verwalter privater Pensionsfonds, deren Mitglieder offensichtlich mehrere individuelle Beitrittserklärungen unterzeichnet hatten, überein, die Doppelmitglieder (die potenzielle Kunden aller Verwaltungsgesellschaften darstellten) im Verhältnis 50/50 aufzuteilen, obwohl sie verpflichtet waren, zunächst den wahren Willen derjenigen Teilnehmer zu erforschen, die offensichtlich zwei Beitrittserklärungen unterzeichnet hatten, und gegebenenfalls der CNPAS jede dieser Beitrittserklärungen anzuzeigen, mit der Folge, dass diese Mitglieder nicht validiert und in das System der Aufteilung nach dem Zufallsprinzip aufgenommen werden.

56. Zwar könnte, wie ING Pensii in ihren Erklärungen vorgebracht hat, in gewisser Weise vermutet werden, dass diese Personen eine gewisse Präferenz für den Beitritt zu einem der beiden betreffenden Fonds zum Ausdruck gebracht hatten, doch ändert dies nichts daran, dass nach den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften eine Person nur dadurch Mitglied eines Pensionsfonds wird, dass sie eine individuelle Beitrittserklärung unterzeichnet, die sodann bei der zuständigen Stelle ordnungsgemäß registriert werden muss (Art. 32 Abs. 1 bis 4 des Gesetzes Nr. 411/2004).

b) Zu den objektiven Zielen der streitigen Vereinbarungen

57. Es dürfte auf der Hand liegen, dass der mit dem Abschluss der fraglichen Vereinbarungen verfolgte Zweck darin bestand, von dem in den einschlägigen Rechtsvorschriften vorgesehenen System der Aufteilung der Doppelmitglieder nach dem Zufallsprinzip abzuweichen.

58. Nach diesen Rechtsvorschriften waren nämlich die Doppelmitglieder nicht zu validieren und nach dem Zufallsprinzip unter *allen* Fondsverwaltern aufzuteilen, deren Zahl in der Erstbeitrittsphase bei 18 lag. Durch den Abschluss der streitigen Vereinbarungen stellten die betreffenden Fondsverwalter sicher, dass zwischen ihnen eine Aufteilung zu gleichen Teilen erfolgte.

59. Nach ihrem Inhalt und ihren objektiven Zielen kommen die streitigen Vereinbarungen somit Vereinbarungen über die Aufteilung von Kunden gleich, die schon ihrer Natur nach den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen. Sie sind nämlich offensichtlich geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt der obligatorischen privaten Pensionen in einer Schlüsselphase der Marktbildung zu verfälschen.

60. In diesem Zusammenhang halte ich es für wichtig, darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufteilungsvereinbarungen zwischen den Fondsverwaltern, der oft noch vor dem Beginn des Beitrittszeitraums lag, Unsicherheit hinsichtlich der Zahl der Personen bestand, die im Verzeichnis der Doppelmitglieder aufgeführt sein würden. Die Eignung dieser Vereinbarungen zur Herbeiführung spürbarer Auswirkungen auf den Markt ist jedoch anhand der bei ihrem Abschluss bekannten Gesichtspunkte zu überprüfen, während Tatsachenfeststellungen, die nach ihrem Abschluss liegen, nicht berücksichtigt werden können.

61. Vorliegend lässt sich nicht leugnen, dass die fraglichen Vereinbarungen die Marktstruktur dadurch verändern konnten, dass eine bestimmte Zahl von Kunden dem Wettbewerb zwischen den Pensionsfonds entzogen wurde. Dies gilt unabhängig von den konkreten Auswirkungen, die festgestellt wurden oder hätten festgestellt werden können.

62. In diesem Stadium meiner Prüfung bin ich deshalb der Ansicht, dass die fraglichen Vereinbarungen *prima facie* schon aufgrund ihres Zwecks den Wettbewerb beschränken.

63. Wie ich im Folgenden ausführen werde, scheint mir die Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs nicht geeignet zu sein, diese erste Schlussfolgerung zu entkräften.

c) Zur Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs des Zustandekommens der streitigen Vereinbarungen

64. Wie ich vorstehend erwähnt habe, bedeutet die Notwendigkeit, die Feststellung einer „bezweckten" Beschränkung eindeutig von der Feststellung einer „bewirkten" Beschränkung zu unterscheiden, dass die Prüfung des Zusammenhangs des Zustandekommens der fraglichen Vereinbarungen nicht einer Prüfung der Auswirkungen der Vereinbarung als solcher gleichkommen kann. Zwar hat das nationale Gericht stets eine einzelfallbezogene Beurteilung der Vereinbarungen im rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang ihres Abschlusses vorzunehmen, doch läuft diese Beurteilung nicht auf eine genaue Prüfung der tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen der Vereinbarungen, und gegebenenfalls der Erheblichkeit ihrer Auswirkungen, hinaus.

65. Die Berücksichtigung des Zusammenhangs bei der Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks kann somit die Prüfung des Wortlauts und der objektiven Ziele der vermuteten Absprache nur *bestätigen oder neutralisieren*. Sie kann keinesfalls die tatsächliche Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks durch den Nachweis potenzieller Auswirkungen der betreffenden Maßnahmen ersetzen. Diese Schlussfolgerung kann meines Erachtens ohne Weiteres aus der vom Gerichtshof gewählten Formulierung abgeleitet werden, die klar zum Ausdruck bringt, dass, wenn die Prüfung des *Inhalts* der Vereinbarung keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, ihre Auswirkungen zu untersuchen sind und dass, damit sie vom Verbot erfasst wird, Voraussetzungen vorliegen müssen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist[17].

66. Diese Klarstellung ist meines Erachtens im vorliegenden Fall wichtig, da die Prüfung des Inhalts und der objektiven Ziele der fraglichen Vereinbarungen ergeben hat, dass diese ihrer Natur nach den Wettbewerb so stark beeinträchtigen, dass sie *a priori* als „bezweckte" Einschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV anzusehen sind.

67. Daher soll die Prüfung des Zusammenhangs unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der Feststellung dienen, ob es trotz des *prima facie* wettbewerbswidrigen Charakters der streitigen Aufteilungsvereinbarungen möglich ist, die Verwaltungsgesellschaften der privaten Pensionsfonds angesichts des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs des Abschlusses der Vereinbarungen zu entlasten, oder ob die Prüfung dieses Zusammenhangs im Gegenteil den am Ende der Prüfung des Wortlauts dieser Vereinbarungen und der mit ihrem Abschluss verfolgten Ziele gezogenen Schluss bestätigt, wonach sie einen wettbewerbswidrigen Zweck haben.

68. Zu den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen, die im vorliegenden Fall stark miteinander verflochten sind, geht sowohl aus den vom vorlegenden Gericht als auch aus den von den Beteiligten vorgelegten Angaben hervor, dass der Zusammenhang des Zustandekommens der streitigen Aufteilungsvereinbarungen durch folgende Elemente gekennzeichnet ist.

69. Erstens sind die Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Entstehung eines neuen Marktes („infant market") in Rumänien getroffen worden, nämlich dem der privat verwalteten obligatorischen Pensionsfonds, deren Einführung im Jahr 2007 mit der Zulassung einer Reihe ausschließlich diese Tätigkeit ausübender Gesellschaften durch die CSSPP begann. Im Rahmen der Entstehung dieses

17 — Vgl. insbesondere Urteile LTM (56/65, EU:C:1966:38, 303) und Football Association Premier League u. a. (C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 135 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Marktes, der nach den Angaben des Consiliul Concurenței etwa vier Millionen Personen umfasste, stellte die Ersteintrittsphase unbestreitbar einen entscheidenden Schritt bei der Festlegung der Struktur des Marktes und der von den einzelnen zugelassenen Verwaltungsgesellschaften gehaltenen Marktanteile dar.

70. Unter diesem Blickwinkel sollte die gesetzlich vorgesehene Berechnungsformel die zufällige und anteilmäßige Zuweisung der unbekannten Zahl von Personen, die keinem Pensionsfonds beigetreten waren oder bei denen sich herausstellte, dass sie keine gültige Wahl getroffen hatten (so die Doppelmitglieder), im Kontext der Stimulierung des Wettbewerbs zwischen den Fondsverwaltern insbesondere eine Struktur dieses neuen Marktes für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds erhalten und sicherstellen, die den von den einzelnen Fondsverwaltern erbrachten Anstrengungen mit dem Ziel, während der Erstbeitrittsphase die größtmögliche Zahl von Mitgliedern zu werben, sowie den tatsächlich und rechtmäßig getroffenen Entscheidungen der Personen entsprach.

71. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass die Errichtung des Marktes für privat verwaltete obligatorische Pensionsfonds innerhalb eines verhältnismäßig kurzen Zeitraums von vier Monaten erfolgte, an dessen Ende die Marktposition der einzelnen Fondsverwalter einen potenziell entscheidenden Einfluss auf die Marktanteile hat, die sie später halten werden. Schon die Natur des Marktes und die Tatsache, dass die Mitglieder im Fall einer Änderung ihrer Fondswahl eine beträchtliche finanzielle Sanktion trifft (die im Gesetz Nr. 411/2004 vorgesehenen Strafzahlungen bei einem Wechsel), bewirken eine geringere Mobilität der betreffenden Verbraucher und fixieren gewissermaßen die von den betreffenden Gesellschaften am Ende der Beitrittsphase gehaltenen Marktanteile.

72. Drittens haben einige Fondsverwalter, wie von ING Pensii dargelegt, zwar vorgebracht, dass die Aufteilungsvereinbarungen Schwierigkeiten praktischer Art hätten beseitigen sollen und der Notwendigkeit entsprochen hätten, eine rechtliche Regelung zu korrigieren, die sich in der Praxis als ineffizient erwiesen habe, doch wurden die streitigen Vereinbarungen allem Anschein nach getroffen, noch bevor irgendwelche mit der Umsetzung des Erstbeitrittsprozesses verbundenen Schwierigkeiten aufgetreten waren.

73. Selbst wenn der Argumentation der Klägerin zu folgen wäre, wonach der rechtliche Rahmen für die Errichtung des Marktes für privat verwaltete Pensionsfonds durch zahlreiche Unzulänglichkeiten gekennzeichnet gewesen sei, könnte sie doch nicht die Feststellung entkräften, dass sich die betreffenden Fondsverwalter bewusst den gesetzlich vorgesehenen Aufteilungsregeln entzogen, und zwar in einer Weise, die geeignet war, die Marktstruktur zu ändern, die sich aus den von ihnen tatsächlich erbrachten und in rechtsgültigen Beitritten zum Ausdruck gekommenen Anstrengungen ergeben hatte.

74. Wie bereits ausgeführt, sollten nämlich die Doppelmitglieder nach den einschlägigen Rechtsvorschriften nicht validiert werden und nach dem Zufallsprinzip im Verhältnis der Marktanteile nach Abschluss des Validierungsverfahrens der Beitritte zugewiesen werden. Durch den Abschluss bilateraler Vereinbarungen über eine Aufteilung der Doppelmitglieder unter ihnen, ohne dass eindeutig eine sie betreffende rechtsgültige Wahl vorgelegen hätte, haben sich die Fondsverwalter zulasten des freien Wettbewerbs der Anwendung transparenter Regeln entzogen.

75. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die kontextuellen Elemente des Ausgangsverfahrens den Schluss, dass die Aufteilungsvereinbarungen einen wettbewerbswidrigen Zweck haben, nicht entkräften können, sondern ihn bestätigen.

76. Mir scheint, dass derartige Vereinbarungen offenkundig nicht zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften des AEU-Vertrags passen, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer autonom zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Markt zu betreiben gedenkt, und auf dem Markt in einen freien Wettbewerb um jeden Kunden eintreten muss. Durch den Abschluss dieser Vereinbarungen

haben sich die Fondsverwalter untereinander abgestimmt, um die Risiken des Wettbewerbs zu minimieren [18].

77. Infolgedessen bin ich der Ansicht, dass die zwischen den Verwaltern der privat verwalteten Pensionsfonds unter Abweichung von den gesetzlichen Regeln getroffenen Vereinbarungen über die Aufteilung der Mitglieder, die mehrere Beitrittserklärungen unterzeichnet hatten, sämtliche Voraussetzungen erfüllen, um als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung eingestuft zu werden.

78. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahl der konkret von den Aufteilungsvereinbarungen Betroffenen möglicherweise für den Schluss auf das Vorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs von Bedeutung sein kann.

B – *Zur Bedeutung der Zahl konkret betroffener Personen bei der Prüfung des Vorliegens einer wesentlichen oder spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs*

79. Alles in allem läuft die Vorlagefrage angesichts der Umstände des vorliegenden Falles darauf hinaus, ob die konkrete Auswirkung der streitigen Aufteilungsvereinbarungen, die in der Tat einen wettbewerbswidrigen Zweck zu haben scheinen, für die Feststellung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung von Bedeutung sein kann.

80. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, brauchen ihre konkreten Auswirkungen nicht geprüft zu werden.

81. Sobald der wettbewerbswidrige Zweck solcher Vereinbarungen feststeht, bedarf es keiner Prüfung mehr, ob sie den Wettbewerb auf dem Markt spürbar beeinträchtigen. Soweit die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen schon ihrer Natur nach, angesichts des Grades ihrer Wettbewerbsbeeinträchtigung, verboten sind, ist es nicht mehr erforderlich, sie durch wirtschaftliche Auswirkungen oder einen genauen räumlichen Umfang zu qualifizieren.

82. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung in Form einer Absprache unabhängig davon, welche Folgen sie letztlich hat, allein wegen der potenziellen Gefahr, die sie für den Wettbewerb darstellt, verboten ist. Wie der Gerichtshof insbesondere in der Rechtssache, in der das Urteil Expedia [19] ergangen ist, hervorgehoben hat, stellt eine Vereinbarung, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar (Rn. 37 dieses Urteils).

83. Aus alledem folgt, dass unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles die Zahl der Kunden (Doppelmitglieder), die tatsächlich unter den Verwaltern der privaten Pensionsfonds aufgeteilt wurden, ohne Bedeutung ist, da dies zu den konkreten Auswirkungen einer Absprache gehört, die im Fall von Vereinbarungen mit „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu prüfen sind. Der wettbewerbswidrige Zweck einer Aufteilungsvereinbarung und speziell die Frage, ob eine solche Vereinbarung negative Auswirkungen auf dem Markt haben kann, kann nicht von der konkreten Zahl tatsächlich aufgeteilter Kunden abhängen, sondern nur vom Wortlaut und von den objektiven Zielen dieser Vereinbarung im Licht des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem ihr Abschluss steht.

18 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 34).

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

84. Zwar ist es nicht erforderlich, eine vollständige Analyse der Wirkungen einer Vereinbarung durchzuführen, um das Vorliegen einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, doch ändert dies nichts daran, dass die fragliche Vereinbarung objektiv geeignet sein muss, eine solche Beschränkung zu bewirken. Mit anderen Worten darf der Richter im Rahmen der Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs der Vereinbarungen die potenziellen Wirkungen, die ihnen angesichts der zum Zeitpunkt ihres Abschlusses bekannten Informationen zukommen, nicht völlig außer Betracht lassen.

85. Nach meiner Auffassung kann nämlich von der Voraussetzung, dass die fragliche Beschränkung spürbar sein muss, bei Vorliegen einer „bezweckten“ Beschränkung nicht abgesehen werden; diese fließt aber gewissermaßen in die Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs ein, die vorgenommen wird, um die tatsächliche Eignung der fraglichen Vereinbarung zur Herbeiführung einer solchen beschränkenden Wirkung zu bestätigen. Sollte der Richter am Ende seiner Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs zu dem Ergebnis kommen, dass die fragliche Vereinbarung etwa unter Berücksichtigung der schwachen Stellung der Betreffenden auf dem Markt der fraglichen Produkte potenziell nur unwesentliche Wirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten vermag, kann ihn dies zu der Schlussfolgerung veranlassen, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht auf diese Vereinbarung anzuwenden ist.

86. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die vorstehend dargelegten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände, in die sich die Vereinbarungen einfügen, Zweifel daran wecken können, dass es sich um eine Beschränkung handelt, die geeignet ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

IV – Ergebnis

87. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumänien) zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Art. 101 Abs. 1 Buchst. c AEUV ist dahin auszulegen, dass bei Vorliegen einer Vereinbarung über die Aufteilung von Kunden, die wie die im Ausgangsverfahren zwischen den Pensionsfonds geschlossenen Vereinbarungen ihrer Natur nach eine Zuwiderhandlung mit wettbewerbswidrigem Zweck darstellt, der konkreten, endgültigen Zahl aufgeteilter Kunden im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzung einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Buchst. c AEUV keine Bedeutung zukommt.