SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 3. Juli 2007 [1]

I — Einleitung

1. Unter welchen Umständen kann ein Kartellvergehen, das von einem früher auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen begangen wurde, dessen Nachfolger auf jenem Markt zugerechnet werden? Dies ist im Kern die Frage, mit der der italienische Consiglio di Stato im vorliegenden Fall den Gerichtshof befasst.

2. Hintergrund dieses Falles ist ein Kartell, das zwischen 1993 und 2001 in Italien die Einzelhandelspreise auf dem Markt für Zigaretten wettbewerbswidrig beeinflusste und von der italienischen Wettbewerbsbehörde aufgedeckt wurde. An diesem Kartell war ursprünglich die autonome Monopolverwaltung des Staates beteiligt gewesen. Deren wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich der Herstellung und Vermarktung von Tabakerzeugnissen, einschließlich ihrer Beteiligung am Kartell, übernahm jedoch ab März 1999 das neu gegründete und später privatisierte Ente Tabacchi Italiani. Ihm soll nunmehr — jedenfalls nach dem Willen der italienischen Wettbewerbsbehörde — neben seiner eigenen Kartellbeteiligung ab März 1999 auch die vorherige Kartellbeteiligung der Monopolverwaltung des Staates zugerechnet und mit einer Geldbuße geahndet werden.

3. Die Grenzen einer solchen Zurechnung von Kartellvergehen für den Fall der Unternehmensnachfolge sind von erheblicher praktischer Relevanz für die konkrete Ausgestaltung der Veräußerung, Umstrukturierung oder Privatisierung von Unternehmen. Denn je nach den Kriterien, die von Wettbewerbsbehörden und Gerichten bei der Zurechnung von Kartellvergehen zugrunde gelegt werden, verändern sich die Haftungsrisiken für die Veräußerer und die Erwerber von Unternehmen.

4. Auch unter einem anderen Blickwinkel ist der vorliegende Fall von großem Interesse: Die Bußgeldentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde stützt sich allein auf nationales Kartellrecht, letzteres orientiert sich jedoch seinerseits am Gemeinschaftsrecht, um dessen Auslegung der Gerichtshof hier ersucht wird. Ob ein Vorabentschei-

1 — Originalsprache: Deutsch.

dungsersuchen unter solchen Umständen zulässig sein kann, ist für die künftige Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten im Kartellrecht von großer Bedeutung, zumal nationales Recht und Gemeinschaftsrecht auf diesem Gebiet immer enger zusammenspielen.

II — Rechtlicher Rahmen

5. Der *gemeinschaftsrechtliche Rahmen* dieses Falles wird durch Art. 81 ff. EG und Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG bestimmt. Was das *nationale Recht* anbelangt, so ist zum einen auf Bestimmungen des italienischen Wettbewerbsrechts, zum anderen auf einige Rechtsvorschriften über die Verwaltung des italienischen Tabakmonopols hinzuweisen.

A — *Das italienische Wettbewerbsrecht*

6. Aus dem italienischen Wettbewerbsrecht ist das Gesetz Nr. 287 vom 10. Oktober 1990 über Vorschriften für den Schutz des Wettbewerbs und des Marktes [2] relevant, dessen Titel I insbesondere folgende Bestimmungen enthält:

„*Artikel 1*

(1) Die Vorschriften dieses gemäß Art. 41 der Verfassung zum Schutz und zur Gewährleistung des Rechts auf wirtschaftliche Initiative erlassenen Gesetzes gelten für Kartelle, Missbräuche einer beherrschenden Stellung und Unternehmenskonzentrationen, die nicht in den Anwendungsbereich der Art. 65 und/oder 66 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, der Art. 85 und/oder 86 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), der Verordnungen der EWG oder von Gemeinschaftshandlungen mit der gleichen rechtlichen Wirkung fallen.

...

(4) Die Auslegung der in diesem Titel enthaltenen Rechtsvorschriften erfolgt nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaften.

2 — Legge 10 ottobre 1990, Nr. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI Nr. 240 vom 13. Oktober 1990, S. 3), im Folgenden: Gesetz Nr. 287/1990.

Artikel 2

(1) Als Kartelle gelten Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen sowie Beschlüsse von Konsortien, Unternehmensvereinigungen und vergleichbaren Einrichtungen, auch wenn sie aufgrund von Satzungs- oder Verwaltungsvorschriften ergehen.

(2) Verboten sind Kartelle zwischen Unternehmen, die eine erhebliche Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem nationalen Markt oder einem Teil davon bezwecken oder bewirken, auch durch Tätigkeiten wie

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Vertragsbedingungen;

b) die Behinderung oder die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder des Zugangs zum Markt, der Investitionen, der technischen Entwicklung oder des technologischen Fortschritts;

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d) die Anwendung objektiv unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb ungerechtfertigt benachteiligt werden;

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

(3) Verbotene Kartelle sind in jeder Hinsicht nichtig."

7. In Titel II des Gesetzes Nr. 287/90 ist die Schaffung einer nationalen Wettbewerbsbehörde namens *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vorgesehen (im Folgenden: Autorità Garante), der in Art. 15 Abs. 1 jenes Gesetzes folgende Befugnisse eingeräumt werden:

„Stellt ... die [Autorità Garante] Verstöße gegen die Art. 2 oder 3 fest, so setzt sie den betroffenen Unternehmen und Einrichtungen eine Frist für die Beendigung dieser

Verstöße. Bei schwerwiegenden Verstößen verhängt sie außerdem unter Berücksichtigung ihrer Schwere und Dauer eine Geldbuße in Höhe von bis zu 10 % des Umsatzes, der in dem jeweiligen Unternehmen oder der jeweiligen Einrichtung im letzten vor der Zustellung der Aufforderung abgeschlossenen Geschäftsjahr getätigt worden ist, und setzt die Fristen fest, innerhalb deren das Unternehmen die Geldbuße zu zahlen hat."

8. Titel VI des Gesetzes Nr. 287/90 enthält ferner einen Art. 31, der wie folgt lautet:

„Für Geldbußen infolge eines Verstoßes gegen dieses Gesetz gelten, soweit anwendbar, die Bestimmungen des Kapitels I, Abschnitte I und II, des Gesetzes Nr. 689 vom 24. November 1981."

B — *Die Rechtsvorschriften über die Verwaltung des italienischen Tabakmonopols*

9. Mit Königlichem Gesetzesdekret [3] Nr. 2258 vom 8. Dezember 1927 [4] wurde in Italien eine Autonome Verwaltung der Staatsmonopole, die so genannte *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (im Folgenden: AAMS) geschaffen. Die AAMS ist ein Verwaltungsorgan des Staates, das auch heute noch dem Ministerium für Wirtschaft und Finanzen [5] untersteht. Sie ist sowohl in verwaltungstechnischer als auch in finanzieller und buchhalterischer Hinsicht autonom, besitzt aber keine eigene Rechtspersönlichkeit. Bis einschließlich Februar 1999 war der AAMS u. a. das italienische Tabakmonopol anvertraut.

10. Mit gesetzesvertretender Verordnung [6] Nr. 283 des Präsidenten der Republik vom 9. Juli 1998 [7] wurde eine öffentliche wirtschaftliche Einrichtung [8] namens *Ente Tabacchi Italiani* (im Folgenden: ETI) geschaffen. Ihr wurden kraft Gesetzes alle Tätigkeitsbereiche der AAMS in Produktion und Handel mit Ausnahme des Lotteriewesens übertragen. Für die ihr übertragenen Bereiche ist ETI die Rechtsnachfolgerin der AAMS in sämtlichen Aktiva und Passiva, Rechten und Vermögensgegenständen [9]. ETI nahm am 1. März 1999 ihre Tätigkeit auf.

11. Zunächst unterstand ETI der Kontrolle des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen, das ihr die Leitlinien für ihre Tätigkeit vorgab, ihre Verwaltungsorgane ernannte

3 — Regio decreto-legge.

4 — Umgewandelt in Gesetz Nr. 3474 vom 6. Dezember 1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto legislativo.

7 — GURI Nr. 190 vom 17. August 1998, S. 3 (im Folgenden: Verordnung Nr. 283/1998).

8 — Ente pubblico economico.

9 — Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 283/1998.

und über deren Beschlüsse Aufsicht führte [10]. Wie aber von Beginn an vorgesehen [11], wurde ETI sodann am 23. Juni 2000 in eine Aktiengesellschaft, die Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA, umgewandelt. Deren Gesellschaftskapital wurde zunächst zu 100 % vom Ministerium für Wirtschaft und Finanzen gehalten. Im Jahr 2003 wurde ETI schließlich privatisiert und steht seither unter der alleinigen Kontrolle von British American Tobacco plc, einer Holdinggesellschaft englischen Rechts, die zur Gruppe BAT — British American Tobacco gehört.

12. Die AAMS nimmt ihrerseits seit dem 1. März 1999 nur noch hoheitliche Aufgaben im Bereich der Tabakwaren wahr [12] und übt dort keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr aus. Im Bereich der Wetten und der Glücksspiele, insbesondere im Lotteriewesen, setzte hingegen die AAMS — nach den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen — ihre wirtschaftliche Tätigkeit auch über jenen Zeitpunkt hinaus fort.

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

13. Mit Entscheidung Nr. 11795 vom 13. März 2003 [13] stellte die Autorità Garante fest, dass verschiedene Gesellschaften der Philip Morris Gruppe [14] zwischen 1993 und 2001 zunächst mit der AAMS und später mit ETI ein Kartell gebildet hatten, das eine erhebliche und andauernde Beeinträchtigung des Wettbewerbs hinsichtlich des Einzelhandelspreises von Zigaretten auf dem italienischen Inlandsmarkt bezweckte und bewirkte. Wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b des Gesetzes Nr. 287/1990 verhängte die Autorità Garante gegen die Kartellbeteiligten Geldbußen, die sich für Philip Morris auf insgesamt 50 Millionen Euro beliefen und für ETI auf 20 Millionen Euro. Außerdem gab die Autorità Garante den Kartellbeteiligten auf, die Zuwiderhandlung abzustellen.

14. In ihrer Entscheidung rechnete die Autorità Garante ETI auch die Kartellbeteiligung der AAMS im Zeitraum vor dem 1. März 1999 zu und begründete dies mit der Einstellung der wirtschaftlichen Tätigkeit der AAMS im Bereich der Herstellung und Vermarktung von Tabakerzeugnissen sowie der Übernahme dieser wirtschaftlichen Tätigkeit durch ETI.

15. Gegen die Entscheidung der Autorità Garante erhoben sowohl Philip Morris als auch ETI Klagen zum Tribunale amministrativo regionale del Lazio — Roma [15] (im Folgenden: „TAR"). Während die Klagen von

10 — So die Erläuterungen der italienischen Regierung auf Nachfrage des Gerichtshofs.

11 — Art. 1 Abs. 6 der Verordnung Nr. 283/1998.

12 — Als Beispiele werden die Aufsicht über den Handel mit Rauchwaren und die Vergabe von Konzessionen zum Verkauf von Tabakwaren an die Öffentlichkeit genannt.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795, I 479 „Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi" (*Bollettino settimanale*, Jahrgang XIII, Nr. 11/2003, S. 5). Dieser Entscheidung war eine im Juni 2001 eingeleitete Untersuchung vorausgegangen.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. und Philip Morris International Management SA. Diese Unternehmen zusammen werden im Folgenden aus Vereinfachungsgründen mit „Philip Morris" bezeichnet.

15 — Verwaltungsgericht für die Region Lazio mit Sitz in Rom.

Philip Morris in erster Instanz ohne Erfolg waren, gab das TAR ETI insoweit Recht, als ihr die Kartellbeteiligung der AAMS nicht zugerechnet werden dürfe. Dies führte zur teilweisen Aufhebung der Entscheidung der Autorità Garante. Dabei stützte sich das TAR auf den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit im Sinne der Art. 1 und 7 des Gesetzes Nr. 689/81, auf das Art. 31 des Gesetzes Nr. 287/1990 verweist, und führte aus, dass derselbe Grundsatz auch im Gemeinschaftsrecht gelte. Das Kriterium der objektiven wirtschaftlichen Kontinuität könne nur in eng auszulegenden Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, die hier nicht vorlägen.

16. Nachdem sowohl ETI und Philip Morris als auch die Autorità Garante Rechtsmittel gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt haben, ist der Rechtsstreit jetzt vor dem italienischen Consiglio di Stato [16] (im Folgenden auch: vorlegendes Gericht) in dessen Eigenschaft als oberstes Verwaltungsgericht anhängig. Der Consiglio di Stato hat bereits die Rügen von ETI und Philip Morris hinsichtlich des Bestehens eines Kartellvergehens zurückgewiesen und prüft nunmehr die im Rechtsmittel der Autorità Garante aufgeworfene Frage der Zurechenbarkeit der Kartellbeteiligung der AAMS an ETI für den Zeitraum „vor ihrer Gründung".

16 — Staatsrat.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Mit Beschluss vom 8. November 2005, beim Gerichtshof eingegangen am 27. Juni 2006, hat der Consiglio di Stato sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

a) Welches ist im Sinne der Art. 81 ff. EG und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts das Kriterium, nach dem das Unternehmen zu bestimmen ist, dem wegen eines Verstoßes gegen Wettbewerbsregeln Sanktionen aufzuerlegen sind in einem Fall, in dem im Rahmen eines einheitlich geahndeten Handelns der abschließende Teil der Vorgehensweise von einem Unternehmen begangen wird, das in dem betreffenden Wirtschaftssektor Nachfolger des ursprünglich tätigen Unternehmens ist, wenn die ursprüngliche Einrichtung zwar nicht aufgelöst worden ist, aber jedenfalls in dem von der geahndeten Zuwiderhandlung betroffenen Wirtschaftssektor nicht mehr als Handelsunternehmen tätig ist?

b) Obliegt es der für die Anwendung der Antitrust-Regelung zuständigen Behörde, bei der Bestimmung desjenigen, dem die Sanktion aufzuerlegen ist, nach freiem Ermessen zu beurteilen, ob Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, den wirtschaftlichen Nachfolger für Wettbewerbsverstöße der juristischen Person, der er nachfolgt, auch dann,

wenn diese im Zeitpunkt der Entscheidung noch besteht, zur Rechenschaft zu ziehen, um zu vermeiden, dass durch die Änderungen der rechtlichen Struktur der Unternehmen die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln beeinträchtigt wird?

18. Vor dem Gerichtshof haben ETI, Philip Morris, die italienische Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben.

V — Würdigung

A — *Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens*

19. Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits vor den italienischen Gerichten ist eine Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde, der Autorità Garante, in einer Kartellsache. Diese Entscheidung ist allein auf das nationale Kartellrecht gestützt, genauer gesagt auf das Gesetz Nr. 287/1990. Zur Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit hält das vorlegende Gericht gleichwohl die Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts für nötig. Dabei bezieht es sich auf Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 287/1990, wonach die Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft die Grundlage für die Auslegung der Vorschriften in Titel I jenes Gesetzes bilden, also auch für das nationale Recht relevant sind.

20. Angesichts dessen sind nachfolgend einige Ausführungen zur Zulässigkeit der Vorlagefragen, insbesondere zu ihrer Entscheidungserheblichkeit, veranlasst.

1. Einleitende Bemerkungen

21. Der Umstand allein, dass das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall lediglich über eine Bezugnahme im innerstaatlichen Recht relevant wird, spricht nicht gegen die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen des Consiglio di Stato sowie die Zuständigkeit des Gerichtshofs für ihre Beantwortung.

22. Nach ständiger Rechtsprechung, die auf das Urteil Dzodzi zurückgeht (im Folgenden auch: Dzodzi-Rechtsprechung) [17], stehen

17 — Urteil vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Randnr. 36); vgl. außerdem Urteile vom 8. November 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Slg. 1990, I-4003, Randnr. 25), vom 17. Juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Randnr. 25) und Giloy (C-130/95, Slg. 1997, I-4291, Randnr. 21), vom 11. Januar 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Slg. 2001, I-207, Randnr. 21), vom 17. März 2005, Feron (C-170/03, Slg. 2005, I-2299, Randnr. 11), vom 16. März 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Slg. 2006, I-2505, Randnr. 15), und vom 14. Dezember 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Slg. 2006, I-11987, Randnr. 19); ähnlich das Urteil vom 7. Januar 2003 in der Rechtssache C-306/99 (BIAO, Slg. 2003, I-1, Randnr. 90).

nämlich weder der Wortlaut des Artikels 234 EG noch der Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens der Beantwortung von Vorlagefragen zur Auslegung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts entgegen, auf die das nationale Recht lediglich verweist, um einen rein internen Sachverhalt zu regeln.

23. Ganz im Gegenteil besteht, wie der Gerichtshof bereits mehrfach anerkannt hat, für die Gemeinschaftsrechtsordnung ein offensichtliches Interesse daran, dass jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, eine einheitliche Auslegung erfährt, um insoweit Divergenzen zu verhindern [18].

24. Im Bereich des Wettbewerbsrechts ist dieses Interesse an einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung der auf Gemeinschaftsebene geltenden Bestimmungen besonders ausgeprägt [19], weil sich auf diesem Gebiet das nationale Recht besonders häufig am Gemeinschaftsrecht orientiert. Dies gilt nicht erst seit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 [20], mit der es zu einem besonders engen Zusammenspiel zwischen nationalem Wettbewerbsrecht und Gemeinschaftsrecht kam. Bereits zuvor, d. h. noch im zeitlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 17 [21], richtete sich das nationale Wettbewerbsrecht zahlreicher Mitgliedstaaten auch zur Lösung rein innerstaatlicher Sachverhalte am Gemeinschaftsrecht aus. Letzteres trifft nicht zuletzt auf das italienische Gesetz Nr. 287/1990 zu, welches auf den Ausgangsrechtsstreit Anwendung findet.

25. Vor diesem Hintergrund kommt auch der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ein besonderer Stellenwert zu. Sie trägt zu größtmöglicher Rechtssicherheit und vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen für alle Wirtschaftsteilnehmer bei, auf die das Gemeinschaftsrecht — unmittelbar oder mittelbar — Anwendung findet.

26. Dennoch äußert die Kommission hier Zweifel an der Zulässigkeit des Vorabent-

18 — Urteile Dzodzi (zitiert in Fn. 17, Randnr. 37) und vom 25. Juni 1992, Federconsorzi (C-88/91, Slg. 1992, I-4035, Randnr. 7); ähnlich die in Fn. 17 zitierten Urteile Leur-Bloem (Randnr. 32), Giloy (Randnr. 28), Kofisa Italia (Randnr. 32), Poseidon Chartering (Randnr. 16) und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (Randnr. 20), sowie die Urteile vom 11. Oktober 2001, Adam (C-267/99, Slg. 2001, I-7467, Randnr. 27), vom 15. Januar 2002, Andersen und Jensen (C-43/00, Slg. 2002, I-379, Randnr. 18), vom 15. Mai 2003, Salzmann (C-300/01, Slg. 2003, I-4899, Randnr. 34), und vom 29. April 2004, British American Tobacco (C-222/01, Slg. 2004, I-4683, Randnr. 40). Vgl. außerdem die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu seiner Befugnis, Bestimmungen in gemischten völkerrechtlichen Abkommen auszulegen, insbesondere Urteil vom 16. Juni 1998, Hermès (C-53/96, Slg. 1998, I-3603, Randnr. 32).

19 — Vgl. dazu bereits meine Schlussanträge vom 13. Juli 2006 in der Rechtssache Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (zitiert in Fn. 17, Nrn. 21 ff.).

20 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1, S. 1, im Folgenden: Verordnung Nr. 1/2003). Mit dieser Verordnung wurden die Regeln zur Durchführung der Art. 81 EG und 82 EG modernisiert und die nationalen Behörden und Gerichte verstärkt in die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts eingebunden; vgl. dazu etwa den sechsten, siebten und fünfzehnten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1/2003 sowie deren Artikel 5 und 6.

21 — Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. Nr. 13, S. 204).

scheidungsersuchens. Aus verschiedenen Gründen hält sie die Dzodzi-Rechtsprechung im vorliegenden Fall nicht für einschlägig.

2. Die Zulässigkeitseinwände der Kommission

27. Ich nehme vorweg, dass mich keiner der Einwände der Kommission überzeugt. Die Kommission verliert sich in den Einzelheiten der italienischen Vorschriften und vergisst dabei, dass es im Vorabentscheidungsverfahren nicht Aufgabe des Gerichtshofs ist, nationales Recht auszulegen [22]. Auch vernachlässigt sie, dass eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen eines nationalen Gerichts in dem rechtlichen und sachlichen Rahmen besteht, den es in eigener Verantwortung festgelegt und dessen Richtigkeit der Gerichtshof nicht zu prüfen hat [23]. Betreffen die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden [24].

29. Insgesamt erhebt die Kommission vier Einwände gegen die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens des Consiglio di Stato. Erstens meint sie, die anwendbaren italienischen Rechtsvorschriften enthielten gar keine Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht. Zweitens trägt sie vor, dass eine etwaige Verweisung jedenfalls nicht unbedingt und verbindlich sei. Drittens sieht die Kommission kein Interesse für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Und viertens beruft sie sich auf das Fehlen gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben.

28. Im Folgenden wende ich mich den Einwänden der Kommission im Einzelnen zu.

a) Erster Einwand: Fehlen jeglicher Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht

30. Mit ihrem ersten Einwand bestreitet die Kommission, dass das italienische Recht für Fälle wie den vorliegenden überhaupt auf das Gemeinschaftsrecht verweist. Nur Titel I des Gesetzes Nr. 287/1990 sei im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen. Im vorliegenden Fall seien jedoch gar nicht die materiellen Bestimmungen jenes Titels I, sondern die Sanktionsvorschriften in Ti-

22 — Ständige Rechtsprechung; vgl. nur die Urteile vom 10. Januar 2006, Cassa di Risparmio di Firenze (C-222/04, Slg. 2006, I-289, Randnr. 63), und vom 13. Juli 2006, Manfredi (C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 70).

23 — Urteile Salzmann (zitiert in Fn. 18, Randnr. 31), vom 1. Dezember 2005, Burtscher (C-213/04, Slg. 2005, I-10309, Randnr. 35) und vom 7. Juni 2007, Van der Weerd u. a. (C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, Randnr. 22).

24 — Ständige Rechtsprechung, vgl. nur die Urteile vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59), Dzodzi (zitiert in Fn. 17, Randnr. 35), vom 23. November 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Slg. 2006, I-11125, Randnr. 15), und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (zitiert in Fn. 17, Randnr. 17).

tel II und Titel VI des Gesetzes Nr. 287/1990 einschlägig, da es ausschließlich um die „Zurechnung der Sanktion" an eine konkrete natürliche oder juristische Person gehe. Insoweit orientiere sich das italienische Recht gerade nicht am Gemeinschaftsrecht. Streitentscheidend sei deshalb nur nationales Recht.

31. Diese Argumentation überzeugt mich nicht. Anders als die Kommission anzunehmen scheint, ist es nämlich keineswegs selbstverständlich, dass die Zurechnung von Kartellvergehen in Fällen der Unternehmensnachfolge ausschließlich dem Bereich der *Sanktionsvorschriften* zuzuordnen ist und völlig losgelöst von den *materiellrechtlichen Wettbewerbsregeln* sowie vom Unternehmensbegriff beurteilt werden kann. So prüft etwa der Gerichtshof die Frage der Zurechnung von Kartellvergehen nicht allein im Zusammenhang mit den einschlägigen Bußgeldbestimmungen (Art. 15 der Verordnung Nr. 17 bzw. nunmehr Art. 23 der Verordnung Nr. 1/2003), sondern auch im Zusammenhang mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des Art. 81 EG [25], wobei nicht zuletzt das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität bzw. Identität von Unternehmen eine wichtige Rolle spielen kann [26].

32. Wenn nun der Consiglio di Stato im Rahmen des nationalen italienischen Wettbewerbsrechts einen vergleichbaren Weg einzuschlagen gedenkt, so kann der Gerichtshof dies nicht als offensichtlich fernliegend abtun, will er sich nicht in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung setzen.

33. Zwar könnte der Gerichtshof gleichwohl das Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato für unzulässig erklären, wenn *offensichtlich* wäre, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht [27]. Stünde also fest, dass sich das italienische Recht für Fälle wie diesen nicht am Gemeinschaftsrecht orientiert, so wären die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts mangels Entscheidungserheblichkeit als unzulässig zurückzuweisen [28].

34. So liegt der Fall hier jedoch gerade nicht. Der Consiglio di Stato geht in seinem Vorlagebeschluss davon aus, dass Titel I des Gesetzes Nr. 287/1990 mit seiner Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht für den

25 — Besonders deutlich wird die Verbindung zwischen Art. 81 EG (ehemals Art. 85 EWG-Vertrag) und der Zurechnungsfrage in den Urteilen vom 28. März 1984, CRAM und Rheinzink/Kommission (29/83 und 30/83, Slg. 1984, 1679, Randnr. 9), und 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, Randnr. 59).

26 — Urteile CRAM und Rheinzink/Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 9) sowie vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 145).

27 — Ständige Rechtsprechung, vgl. nur die Urteile Bosman (zitiert in Fn. 24, Randnrn. 59 und 61), vom 10. Januar 2006, IATA und ELFAA (C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 24), Asnef-Equifax (zitiert in Fn. 24, Randnr. 17) und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (zitiert in Fn. 17, Randnr. 17).

28 — Im selben Sinne auch die in Fn. 17 zitierten Urteile Dzodzi (Randnr. 40), Gmurzynska-Bscher (Randnr. 23), Leur-Bloem (Randnr. 26), Giloy (Randnr. 22) und Kofisa Italia (Randnr. 22).

Ausgangsrechtsstreit von Bedeutung ist [29]. Allein diese Festlegung des nationalen rechtlichen Rahmens ist für den Gerichtshof im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens bindend.

35. Wie bereits erwähnt, ist es nicht Sache des Gerichtshofs, im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens über die Auslegung nationaler Vorschriften zu befinden und zu entscheiden, ob deren Auslegung durch das vorlegende Gericht richtig ist [30]. Insbesondere ist es in einem Fall wie dem vorliegenden allein Aufgabe des vorlegenden Gerichts, die genaue Tragweite einer Verweisung des nationalen Rechts auf das Gemeinschaftsrecht zu bestimmen; der Gerichtshof kann in seiner Antwort an das vorlegende Gericht nicht die allgemeine Systematik der Bestimmungen des nationalen Rechts berücksichtigen, die gleichzeitig mit der Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht den Umfang dieser Verweisung festlegen [31].

36. Der erste Einwand der Kommission greift somit nicht durch.

b) Zweiter Einwand: Fehlen einer unbedingten und verbindlichen Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht

37. Mit ihrem zweiten Einwand macht die Kommission geltend, selbst im Fall ihrer Anwendbarkeit sei die Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht in Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 287/1990 nicht unmittelbar und unbedingt; ferner sei hier die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Gerichtshof für die nationalen Gerichte nicht verbindlich. Wie im Fall Kleinwort Benson [32] sei deshalb das Vorabentscheidungsersuchen im vorliegenden Fall unzulässig.

38. Dieses Vorbringen ist ebenfalls nicht überzeugend.

39. Auch nach dem Urteil Kleinwort Benson ist nämlich ausschlaggebend, ob der nationale Gesetzgeber zwischen rein innerstaatlichen Sachverhalten und den gemeinschaftsrechtlich geregelten eine Unterscheidung vornimmt oder aber beide Arten von Sachverhalten gleich behandeln will und sich deshalb für beide am Gemeinschaftsrecht orientiert [33]. Dabei ist irrelevant, ob das

29 — In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat Philip Morris ergänzend auf das Urteil Nr. 1189 des Consiglio di Stato vom 2. März 2001 hingewiesen (dort insbesondere Abschnitte 4.4 ff.), wonach sich das vorlegende Gericht selbst im Hinblick auf die Sanktionsvorschriften am Gemeinschaftsrecht sowie an der Rechtsprechung des Gerichtshofs orientiere.

30 — Urteile vom 3. Oktober 2000, Corsten (C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Randnr. 24), vom 29. April 2004, Orfanopoulos und Oliveri (C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004, I-5257, Randnr. 42), und vom 12. Januar 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Slg. 2006, I-589, Randnr. 21).

31 — Urteile Dzodzi (Randnrn. 41 und 42) und Leur-Bloem (Randnr. 33), jeweils zitiert in Fn. 17.

32 — Urteil vom 28. März 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Slg. 1995, I-615).

33 — Vgl. in diesem Sinne die Ausführungen zur Rechtssache Kleinwort Benson in späteren Urteilen, insbesondere Leur-Bloem (Randnrn. 29 am Ende und 31), Giloy (Randnrn. 25 am Ende und 27) und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (Randnrn. 21 am Ende und 22), jeweils zitiert in Fn. 17. Auf dieselbe Überlegung stützt sich das Urteil Poseidon Chartering (zitiert in Fn. 17, Randnr. 17).

nationale Recht ausdrücklich oder nur implizit auf das Gemeinschaftsrecht verweist; entscheidend ist vielmehr die *inhaltliche Ausrichtung* am Gemeinschaftsrecht [34].

40. Der italienische Gesetzgeber hat, soweit ersichtlich, keine Unterscheidung zwischen rein innerstaatlichen Sachverhalten und den gemeinschaftsrechtlich geregelten vorgenommen. In beiden Fällen findet vielmehr die Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 287/1990 Anwendung. Schon dies spricht für die Zulässigkeit der Vorlagefragen des Consiglio di Stato im Sinne der Dzodzi-Rechtsprechung, einschließlich des Urteils Kleinwort Benson.

41. Entgegen der Auffassung der Kommission ist im Übrigen der vorliegende Fall mit der Rechtssache Kleinwort Benson in keiner Weise vergleichbar.

42. Zum einen beschränkte sich in der Rechtssache Kleinwort Benson der nationale Gesetzgeber darauf, europäisches Recht (betroffen war das Brüsseler Übereinkommen) nur teilweise als Muster zu nehmen, und gab dessen Begriffe auch nur zum Teil wieder. Das nationale Recht lehnte sich an europäisches Recht an, enthielt aber keine unmittelbare und unbedingte Verweisung darauf, sondern ließ sogar ausdrücklich Abweichungen von ihm zu, sowie Änderungen, die „eine Divergenz ... herbeiführen sollen“ [35].

43. Derartiges ist hier im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 287/1990 nicht erkennbar. Die Vorschrift enthält vielmehr eine ausdrückliche Verweisung auf die „Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaften“. Weder dem Wortlaut jener Vorschrift noch dem Vorlagebeschluss oder den Akten lässt sich jedenfalls entnehmen, dass diese Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht unter irgendeiner Bedingung stünde.

44. Zum anderen mussten die nationalen Gerichte nach den in der Rechtssache Kleinwort Benson anwendbaren nationalen Bestimmungen bei innerstaatlichen Sachverhalten die Rechtsprechung des Gerichtshofs nur „berücksichtigen“, ohne aber an sie gebunden zu sein [36].

34 — Besonders deutlich in diesem Sinne das Urteil BIAO (zitiert in Fn. 17, Randnrn. 92 und 93).

35 — Urteil Kleinwort Benson (zitiert in Fn. 32, Randnrn. 9 und 10 sowie 16 bis 18). Diese Aspekte des Urteils Kleinwort Benson unterstreicht der Gerichtshof auch später, etwa in seinen Urteilen Leur-Bloem (Randnr. 29), Giloy (Randnr. 25), Kofisa Italia (Randnr. 30), BIAO (Randnr. 93) und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (Randnr. 21), jeweils zitiert in Fn. 17.

36 — Urteil Kleinwort Benson (zitiert in Fn. 32, Randnrn. 10 und 20 bis 23). Diesen Aspekt des Urteils Kleinwort Benson unterstreicht der Gerichtshof auch später, etwa in seinen Urteilen Leur-Bloem (Randnr. 29) und Giloy (Randnr. 25), jeweils zitiert in Fn. 17.

45. Auch von einer solchen mangelnden Bindung der innerstaatlichen Gerichte kann im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Kommission nicht die Rede sein: Die Auslegung der in Titel I des Gesetzes Nr. 287/1990 enthaltenen Rechtsvorschriften „erfolgt nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaften" (Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 287/1990). Weder dem Wortlaut jener Vorschrift noch dem Vorlagebeschluss oder den Akten lässt sich entnehmen, dass im Rahmen dieser Auslegung die Rechtsprechung des Gerichtshofs unverbindlich wäre [37].

46. Die Kommission selbst liefert keinen einzigen Beleg für ihre Behauptung, das Gemeinschaftsrecht sei für die Rechtsanwender in Italien lediglich eines von mehreren Elementen bei der Auslegung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften, nicht aber das entscheidende, und die italienischen Gerichte seien nicht gesetzlich verpflichtet, die Rechtsprechung des Gerichtshofs auf das nationale Recht zu übertragen. Alle anderen Verfahrensbeteiligten haben in der mündlichen Verhandlung betont, die italienischen Gerichte seien in einem Fall wie dem vorliegenden an die Rechtsprechung des Gerichtshofs gebunden.

47. Letztlich sollte aber ohnehin entscheidend sein, ob die Beantwortung der Vorlagefragen dem vorlegenden Gericht *nützlich sein kann* oder nicht. Denn das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 234 EG ist ein Instrument der gerichtlichen Zusammenarbeit, mittels dessen der Gerichtshof den nationalen Gerichten die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand geben kann, die ihnen bei der Beurteilung der Wirkungen einer nationalen Rechtsvorschrift in dem von ihnen zu entscheidenden Rechtsstreit nützlich sein können [38]. Im Hinblick auf diese Nützlichkeit steht dem vorlegenden Gericht ein Beurteilungsspielraum zu [39].

48. Nach alledem ist der zweite Einwand der Kommission ebenfalls nicht stichhaltig.

c) Dritter Einwand: Kein Interesse an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts

49. Mit ihrem dritten Einwand bringt die Kommission vor, im vorliegenden Fall bestehe — anders als in den Rechtssachen Bronner [40] und Asnef-Equifax [41] — kein Interesse an einer Auslegung des Gemeinschaftsrechts, weil dieses von vornherein nicht parallel zum nationalen Recht zur Anwendung kommen könne.

37 — Unter vergleichbaren Umständen hat der Gerichtshof auch etwa in den Urteilen Kofisa Italia (Randnr. 31) und Poseidon Chartering (Randnr. 18), jeweils zitiert in Fn. 17, eine Parallele zur Rechtssache Kleinwort Benson verneint.

38 — Urteile Salzmann (zitiert in Fn. 18, Randnr. 28) und vom 4. Dezember 2003, EVN und Wienstrom (C-448/01, Slg. 2003, I-14527, Randnr. 77).

39 — In diesem Sinne die ständige Rechtsprechung zur Entscheidungserheblichkeit von Vorlagefragen, vgl. nur die Urteile Bosman (zitiert in Fn. 24, Randnr. 59), EVN und Wienstrom (zitiert in Fn. 38, Randnr. 74), Asnef-Equifax (zitiert in Fn. 24, Randnr. 15) und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (zitiert in Fn. 17, Randnr. 16).

40 — Urteil vom 26. November 1998, Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791).

41 — Urteil zitiert in Fn. 24.

50. Auch dieses Argument ist nicht überzeugend. Die Kommission verkennt, dass die Dzodzi-Rechtsprechung nicht nur auf solche Fälle beschränkt ist, in denen Gemeinschaftsrecht und nationales Recht gegebenenfalls nebeneinander einschlägig sein können.

51. Zwar zeichnet sich vor allem das Kartellrecht dadurch aus, dass nicht selten auf ein und denselben Sachverhalt sowohl nationale Bestimmungen als auch solche des Gemeinschaftsrechts anwendbar sein können [42]. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich die Anwendungsbereiche von nationalem Kartellrecht und Gemeinschaftskartellrecht überschneiden, wenn also Vereinbarungen zwischen Unternehmen nicht nur vom nationalen Kartellrecht erfasst werden, sondern auch von Art. 81 EG, insbesondere, weil sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne jener Bestimmung beeinträchtigen können. Schon vor dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 war in solchen Fällen das Interesse an der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts besonders offensichtlich [43].

52. Daraus folgt jedoch keineswegs, dass stets nur bei paralleler Anwendung von innerstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ein Interesse an der Beantwortung von Vorabentscheidungsersuchen im Sinne der Dzodzi-Rechtsprechung bestünde. Ganz im Gegenteil betraf jene Rechtsprechung bislang überwiegend Fälle, in denen der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts als solcher überhaupt nicht eröffnet war und deshalb eine parallele Anwendung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht von vornherein nicht zur Diskussion stand [44].

53. Auch im Wettbewerbsrecht beschränkt sich das Interesse an einheitlicher Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht allein auf diejenigen Fälle, in denen Gemeinschaftsrecht und nationales Recht parallel zur Anwendung kommen, weil die Anwendungsbereiche beider eröffnet sind. Die Gesetzgebung vieler Mitgliedstaaten orientiert sich *auch für rein innerstaatliche Sachverhalte*, die ausschließlich in den Anwendungsbereich des nationalen Wettbewerbsrechts fallen, an den entsprechenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, so dass dieses dort *mittelbar zur Anwendung kommt*. Diese Tendenz ist nicht erst seit dem Inkrafttreten der — im vorliegenden Fall noch nicht anwendbaren — Verordnung Nr. 1/2003 zu beobachten. Die hier in Frage stehenden Vorschriften des italienischen

42 — Urteil vom 13. Februar 1969, Walt Wilhelm (14/68, Slg. 1969, S. 1, Randnr. 3); im selben Sinne Urteile vom 10. Juli 1980, Giry und Guerlain (253/78 und 1/79 bis 3/79, Slg. 1980, 2327, Randnr. 15), vom 16. Juli 1992, Asociación Española de Banca Privada u. a. (C-67/91, Slg. 1992, I-4785, Randnr. 11), Bronner (zitiert in Fn. 40, Randnr. 19) und Asnef-Equifax (zitiert in Fn. 24, Randnr. 20).

43 — Seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 ist den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten eine isolierte Anwendung ihres innerstaatlichen Wettbewerbsrechts sogar ausdrücklich verwehrt, wenn ein Fall gleichzeitig auch in den Anwendungsbereich von Art. 81 EG fällt. Fortan muss vielmehr gemäß der Verordnung Nr. 1/2003 auf solche Fälle parallel zum nationalen Wettbewerbsrecht auch Art. 81 EG angewandt werden (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung), wobei dann die vorrangigen Wertungen des Gemeinschaftsrechts zu beachten sind (in diesem Sinne Art. 3 Abs. 2 S. 1 der Verordnung).

44 — Besonders deutlich wird dies etwa in den Urteilen Leur-Bloem (Randnr. 27), Giloy (Randnr. 23), BIAO (Randnr. 90), Feron (Randnr. 10) und Poseidon Chartering (Randnr. 17), jeweils zitiert in Fn. 17, ferner im Urteil Andersen und Jensen (zitiert in Fn. 18, Randnrn. 16 und 19).

Wettbewerbsrechts, die bereits 1990 erlassen wurden, zeigen anschaulich, dass bereits weit früher eine derartige inhaltliche Ausrichtung am Gemeinschaftsrecht praktiziert wurde.

54. Gleichviel, ob EG-Wettbewerbsrecht *parallel* zum nationalen Kartellrecht Anwendung findet oder lediglich *mittelbar* über eine Verweisung im nationalen Kartellrecht für rein innerstaatliche Sachverhalte relevant wird, sollte es einheitlich ausgelegt und angewandt werden, um größtmögliche Rechtssicherheit und vergleichbare Wettbewerbsbedingungen für alle Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten, auf die das Gemeinschaftsrecht — unmittelbar oder mittelbar — Anwendung findet. Dies sicherzustellen, ist in Fällen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug eines der Hauptziele des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG.

55. Folgerichtig bejaht auch der Gerichtshof in wettbewerbsrechtlichen Fällen die Zulässigkeit von Vorabentscheidungsersuchen nicht etwa nur dann, wenn eine parallele Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht und nationalem Kartellrecht möglich erscheint [45], sondern auch dann, wenn allein nationales Recht Anwendung findet und das EG-Wettbewerbsrecht lediglich mittelbar, über eine Verweisung im innerstaatlichen Recht, relevant wird [46].

56. Auch der dritte Einwand der Kommission greift somit nicht durch.

d) Vierter Einwand: Fehlen gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben

57. Der vierte und letzte Einwand der Kommission ist auf Art. 5 der Verordnung Nr. 1/2003 gestützt, genauer gesagt auf dessen 4. Gedankenstrich. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden in Kartellverfahren stets die *im jeweiligen innerstaatlichen Recht vorgesehenen Sanktionen* verhängen, und zwar selbst dann, wenn sie das Gemeinschaftsrecht (Art. 81 EG) anwenden. Daraus schließt die Kommission, das Gemeinschaftsrecht mache für einen Fall wie den vorliegenden, in dem es nur um die „Zurechnung der Sanktion" gehe, keinerlei Vorgaben. Es bestehe deswegen auch kein Interesse an seiner Auslegung.

45 — Urteile Bronner (zitiert in Fn. 40, Randnrn. 18 bis 20) und Asnef-Equifax (zitiert in Fn. 24, Randnrn. 19 bis 21).

46 — Urteil Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (zitiert in Fn. 17, insbesondere Randnrn. 19 bis 22).

58. Diese Sichtweise ist nicht überzeugend. Denn wie bereits erwähnt [47], ist es keineswegs selbstverständlich, dass die Zurechnung von Kartellvergehen in Fällen der Unternehmensnachfolge ausschließlich dem Bereich der *Sanktionsvorschriften* zuzuordnen ist und völlig losgelöst von *materiellrechtlichen Wettbewerbsregeln* beurteilt werden kann.

59. Es geht hier nicht in erster Linie um die Frage, ob etwa strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen zur Anwendung kommen können und ob solche Sanktionen gegebenenfalls gegen natürliche Personen, wie die Geschäftsführer von kartellbeteiligten Unternehmen, verhängt werden können. Vielmehr gilt es zu ermitteln, ob ein Unternehmen überhaupt für das in einem bestimmten Zeitraum begangene Kartellvergehen eines anderen Unternehmens haftbar gemacht werden kann. Anders als die Kommission meint, lässt sich dieses Problem nicht auf die bloße „Zurechnung der Sanktion" verengen, sondern es geht um die *Zurechnung des Kartellvergehens* insgesamt. Dementsprechend beurteilt der Gerichtshof diese Frage nicht ausschließlich im Zusammenhang mit Sanktionsvorschriften, sondern jedenfalls auch im Zusammenhang mit den *materiellrechtlichen Bestimmungen* des Art. 81 EG [48].

60. Der 4. Gedankenstrich von Art. 5 der Verordnung Nr. 1/2003 gibt jedoch lediglich Aufschluss über die *Sanktionsvorschriften*, die eine nationale Behörde in einem von ihr durchgeführten Kartellverfahren zur Anwendung bringen kann. Folglich lässt jene Bestimmung für die Beantwortung der hier interessierenden Frage der *Zurechnung von Kartellvergehen* im Fall der Unternehmensnachfolge keine eindeutigen Rückschlüsse zu.

61. Der vierte Einwand der Kommission ist somit ebenfalls zurückzuweisen.

3. Abschließende Bemerkung zur Zulässigkeit

62. Nur der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, dass auch aus dem Urteil Ynos [49] nichts folgt, was einer Anwendung der Dzodzi-Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall entgegenstünde.

63. Im Fall Ynos hat der Gerichtshof die Dzodzi-Rechtsprechung nicht aufgegeben. Vielmehr lehnte er dort seine Zuständigkeit zur Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens ab, weil sich der Sachverhalt jenes Verfahrens noch vor dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zur Europäischen Union ereignet hatte, also *außerhalb*

47 — Vgl. dazu die Ausführungen zum ersten Einwand der Kommission, insbesondere Nr. 31 dieser Schlussanträge.

48 — Vgl. nochmals Nr. 31 dieser Schlussanträge sowie die in Fn. 25 zitierten Urteile CRAM und Rheinzink/Kommission (Randnr. 9) und Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnr. 59).

49 — Urteil vom 10. Januar 2006, Ynos (C-302/04, Slg. 2006, I-371).

des zeitlichen Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts lag [50]. Erst vom Zeitpunkt des Beitritts an sieht nämlich der Gerichtshof seine Zuständigkeit für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf dessen Anwendung in einem neuen Mitgliedstaat als gegeben an [51].

4. Zwischenergebnis

64. Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Schluss, dass das Vorabentscheidungsersuchen zulässig ist.

B — *Inhaltliche Würdigung der Vorlagefragen*

65. Mit seinen beiden Fragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, unter welchen Umständen das Gemeinschaftsrecht die Zurechnung eines Kartellvergehens an den Marktnachfolger des Kartellbeteiligten erlaubt [52] (erste Frage) und ob den Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer solchen Zurechnung gegebenenfalls ein Ermessen zusteht (zweite Frage).

66. Davon hängt es im Ausgangsverfahren ab, ob die Autorità Garante die Kartellbeteiligung der AAMS zu Recht ETI zurechnete oder ob sie vielmehr die AAMS und ETI getrennt und nur für die Dauer ihrer jeweiligen Kartellbeteiligung hätte zur Verantwortung ziehen müssen. Während die italienische Regierung sich für eine Zurechnung an ETI ausspricht, nehmen sowohl ETI selbst als auch Philip Morris und die Kommission den entgegengesetzten Standpunkt ein.

1. Die Kriterien für die Zurechnung von Kartellvergehen (erste Frage)

67. Die erste Frage des Consiglio di Stato ist den Kriterien für die Zurechnung von Kartellvergehen im Fall der Unternehmensnachfolge gewidmet.

68. Das grundlegende Problem der Zurechnung von Kartellvergehen liegt darin begründet, dass die Adressaten der Wettbewerbsregeln und die Adressaten von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden nicht notwendigerweise identisch sind.

50 — Urteil Ynos (zitiert in Fn. 49, Randnr. 37).

51 — Urteil Ynos (zitiert in Fn. 49, Randnr. 36).

52 — Das verwandte Problem der Zurechnung von Kartellvergehen innerhalb eines Konzerns, etwa zwischen Tochter- und Muttergesellschaft, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Falls und wird dementsprechend im Folgenden nicht eingehend abgehandelt. Ebenso wenig betrifft dieser Fall die Frage, ob und unter welchen Umständen der Marktnachfolger für Schulden einzustehen hat, die sich aus Geldbußen ergeben, die noch gegenüber seinem Vorgänger verhängt wurden.

69. Während sich nämlich die Wettbewerbsregeln an *Unternehmen* richten und unabhängig von deren Organisation und Rechtsform unmittelbar auf sie Anwendung finden, können die Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden zur Ahndung von Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln nur an *Personen* gerichtet sein, nicht zuletzt, weil solche Entscheidungen gegebenenfalls vollstreckt werden müssen [53]. Deshalb stellt sich in jedem Fall, in dem eine Wettbewerbsbehörde ein Kartellvergehen ahndet, die Frage nach der Zurechnung dieses Vergehens an eine konkrete Person [54].

a) Persönliche Verantwortlichkeit und wirtschaftliche Kontinuität

70. Bei der Wahl der Kriterien für die Zurechnung muss sowohl auf den Sanktionscharakter der verhängten Maßnahmen Bedacht genommen als auch ihrem Sinn und Zweck Rechnung getragen werden: Die Maßnahmen dienen der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zum Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG); deshalb sollen sie die Wirtschaftsteilnehmer von der Begehung von Kartellvergehen abschrecken [55].

— Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit

71. Aus dem Sanktionscharakter der von Wettbewerbsbehörden zur Ahndung von Kartellvergehen verhängten Maßnahmen — insbesondere Geldbußen — folgt, dass es sich um einen dem Strafrecht zumindest verwandten Bereich handelt. Maßgeblich für die Zurechnung von Kartellvergehen ist deshalb der *Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit* [56], der seinerseits im Rechtsstaatsprinzip und im Schuldprinzip verankert ist [57]. Persönliche Verantwortlichkeit bedeutet, dass ein Kartellvergehen grundsätzlich derjenigen natürlichen oder

53 — Gemäß Art. 256 Abs. 1 EG sind die Entscheidungen der Kommission, die eine Zahlung auferlegen, vollstreckbare Titel. Während in der deutschen Sprachfassung des Vertrags ein klarstellender Hinweis fehlt, lässt sich aus einer Reihe anderer Sprachfassungen folgern, dass es sich um die Vollstreckbarkeit von Entscheidungen handeln muss, welche gegenüber natürlichen oder juristischen Personen ergangen sind; vgl. etwa die französische („personnes"), italienische („persone"), englische („persons"), portugiesische („pessoas") und spanische („personas") sowie — besonders deutlich — die niederländische Version („natuurlijke of rechtspersonen").

54 — Besonders deutlich ist diesbezüglich das Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 1991, Enichem Anic/Kommission (T-6/89, Slg. 1991, II-1623, Randnr. 236); im selben Sinne das Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 60).

55 — Vgl. dazu bereits das Urteil vom 15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission (41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 173), wonach der Zweck der Sanktionen für Kartellvergehen „ebenso sehr darin [besteht], unerlaubte Handlungsweisen zu ahnden, wie darin, ihrer Wiederholung vorzubeugen"; vgl. auch Urteil vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission (C-76/06 P, Slg. 2007, I-4405, Randnr. 22). Hinsichtlich des Ziels der Vorbeugung künftiger Zuwiderhandlungen durch Abschreckung vgl. außerdem die Urteile vom 29. Juni 2006, Showa Denko/Kommission (C-289/04 P, Slg. 2006, I-5859, Randnr. 61), und SGL Carbon/Kommission (C-308/04 P, Slg. 2006, I-5977, Randnr. 37).

56 — Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnr. 145). Auch in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stellt der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit in der Regel den Ausgangspunkt für die Zurechnung von Kartellvergehen dar.

57 — Vgl. dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 11. Februar 2003 in der Rechtssache C-204/00 P (Aalborg Portland/Kommission, Slg. 2004, I-123, I-133, insbesondere Nrn. 63 bis 65). Das Schuldprinzip kommt auch beispielsweise in Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 zum Ausdruck, wonach mit einer Geldbuße *vorsätzliches* oder *fahrlässiges* Handeln geahndet wird.

juristischen Person zuzurechnen ist, die das an dem Kartell beteiligte Unternehmen betreibt [58]; mit anderen Worten haftet der Rechtsträger dieses Unternehmens.

72. Durch die Orientierung an der persönlichen Verantwortlichkeit wird in der Regel zugleich ein Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln geleistet, hat doch der Betreiber eines Unternehmens auch den maßgeblichen Einfluss auf dessen Marktverhalten; dieses Verhalten soll er unter dem Eindruck der verhängten Sanktionen neu ausrichten, damit das Unternehmen sich künftig wettbewerbskonform verhält. Gleichzeitig hat die Sanktion eine generalpräventive Wirkung, indem sie auch andere Wirtschaftsteilnehmer von der Begehung von Kartellvergehen abschreckt.

73. Aufgrund von Umstrukturierungen, Unternehmensveräußerungen und anderen Veränderungen kann es freilich vorkommen, dass diejenige Person, die zum Zeitpunkt der Ahndung des Kartellvergehens ein am Kartell beteiligtes Unternehmen betreibt, nicht mehr identisch ist mit derjenigen Person, die das Unternehmen noch bei Begehung der Zuwiderhandlung betrieb. Dann folgt aus dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit, dass das Kartellvergehen grundsätzlich der natürlichen oder juristischen Person zuzurechnen ist, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung betrieb (*ursprünglicher Betreiber*), auch wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde eine andere Person für dessen Betrieb verantwortlich ist (*neuer Betreiber*) [59]; hat das Unternehmen auch unter der Verantwortung des neuen Betreibers die Zuwiderhandlung fortgesetzt, so ist das Kartellvergehen dem neuen Betreiber erst ab dem Zeitpunkt zuzurechnen, zu dem er das Unternehmen übernommen hat [60].

— Die Gefahren einer übermäßig formalistischen Handhabung des Grundsatzes der persönlichen Verantwortlichkeit

74. Existiert allerdings der ursprüngliche Betreiber des Unternehmens nicht mehr oder übt er keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit mehr aus, so droht die Sanktion für das Kartellvergehen ins Leere zu laufen. Eine allzu formalistische Handhabung des Grundsatzes der persönlichen Verantwortlichkeit könnte also dazu führen, dass der Sinn und Zweck von Sanktionen für Kartellvergehen, namentlich die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln, vereitelt wird [61]. Außerdem entstünde dann

58 — In diesem Sinne die Urteile vom 16. November 2000, KNP BT/Kommission (C-248/98 P, Slg. 2000, I-9641, Randnr. 71), Cascades/Kommission (C-279/98 P, Slg. 2000, I-9693, Randnr. 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission (C-286/98 P, Slg. 2000, I-9925, Randnr. 37) und SCA Holding/Kommission (C-297/98 P, Slg. 2000, I-10101, Randnr. 27); vgl. außerdem das Urteil des Gerichts vom 14. Mai 1998, SCA Holding/Kommission (T-327/94, Slg. 1998, II-1373, Randnr. 63).

59 — Vgl. dazu nochmals die in Fn. 58 zitierte Rechtsprechung; im selben Sinne das Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnr. 145).

60 — Vgl. insbesondere das Urteil Cascades/Kommission (zitiert in Fn. 58, Randnrn. 77 bis 80).

61 — Dass der Gerichtshof diesem Umstand besondere Beachtung schenkt, zeigt sich etwa in den Urteilen CRAM und Rheinzink/Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 9), Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnr. 146, letzter Satz) und Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 59); vgl. auch die Urteile des Gerichts vom 11. März 1999, NMH Stahlwerke/Kommission (T-134/94, Slg. 1999, II-239, Randnr. 127), und vom 20. März 2002, HFB u. a./Kommission (T-9/99, Slg. 2002, II-1487, Randnrn. 106 und 107).

geradezu ein Anreiz für die Betreiber von Unternehmen, sich durch bestimmte organisatorische Veränderungen gezielt ihrer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit zu entziehen.

— Das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität

75. Im Sinne der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln kann es deshalb erforderlich werden, ein Kartellvergehen *ausnahmsweise* nicht dem ursprünglichen, sondern dem neuen Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens zuzurechnen.

76. Eine solche Zurechnung an den neuen Betreiber kommt jedoch überhaupt nur dann in Betracht, wenn dieser bei wirtschaftlicher Betrachtung tatsächlich als Nachfolger des ursprünglichen Betreibers angesehen werden kann [62], wenn er also das am Kartell beteiligte Unternehmen weiterbetreibt [63] (*Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität* [64]).

77. Darüber hinaus müssen besondere Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit abzuweichen. Dafür haben sich in der Rechtsprechung im Wesentlichen zwei Fallgruppen herausgebildet.

78. Erstens findet das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität bei Veränderungen Anwendung, die allein den Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens betreffen und dazu führen, dass dieser rechtlich nicht mehr existent ist [65]. So stellt die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Kontinuität sicher, dass sich juristische Personen nicht durch bloße Änderungen ihrer Rechtsform oder ihres Namens ihrer kartellrechtlichen Verantwortung entziehen [66]. Dasselbe muss etwa für eine Fusion gelten, bei der der ursprüngliche Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens seine Rechtspersönlichkeit zugunsten einer anderen juristischen Person aufgibt, die seine Rechtsnachfolge antritt.

79. Zweitens bringt die Rechtsprechung das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität auch auf Umstrukturierungen innerhalb einer Unternehmensgruppe zur Anwendung, bei denen der ursprüngliche Betreiber nicht notwendigerweise aufhört, rechtlich zu existieren, aber keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, nicht einmal auf

62 — In diesem Sinne das Urteil vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission (40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnr. 84).

63 — In diesem Sinne die Urteile CRAM und Rheinzink/Kommission (Randnr. 9) und Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnr. 59), zitiert in Fn. 25.

64 — Urteile Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnr. 145) und Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 359).

65 — Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnr. 145).

66 — In diesem Sinne die Urteile CRAM und Rheinzink/Kommission (Randnr. 9) und Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnr. 59), zitiert in Fn. 25.

einem anderen als dem vom Kartell betroffenen Markt [67]. Besteht nämlich zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens eine strukturelle Verbindung [68], so können die Betroffenen ihrer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit mit Hilfe der ihnen offenstehenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten — gleichviel ob absichtlich oder unabsichtlich — entgehen. So könnte etwa der ursprüngliche Betreiber des Unternehmens infolge einer gruppeninternen Umstrukturierung zu einer „leeren Hülse ohne Kern" verkommen. Eine ihm gegenüber verhängte kartellrechtliche Sanktion würde dann ins Leere laufen [69].

infolge der Kartellbeteiligung profitiert [70], und dass andererseits auch die Sanktion als solche nicht wirkungslos bleibt. Denn nur der wirtschaftlich aktive neue Betreiber kann darauf hinwirken, dass sich das Unternehmen künftig wettbewerbskonform verhält. An einer vergleichbaren Wirkung würde es der Sanktion fehlen, wenn sie gegenüber dem wirtschaftlich nicht mehr aktiven ursprünglichen Betreiber des Unternehmens verhängt würde. Auch die generalpräventive, abschreckende Wirkung auf andere Wirtschaftsteilnehmer wäre dann zumindest geringer.

— Die Grenzen der Anwendung des Kriteriums der wirtschaftlichen Kontinuität

80. Allein durch die Zurechnung des Kartellvergehens an den neuen Betreiber des Unternehmens kann in den genannten Fallgruppen sichergestellt werden, dass einerseits diejenige Person zur Verantwortung gezogen wird, die von etwaigen Gewinnen und Wertsteigerungen des Unternehmens

81. Allerdings darf der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit nicht unter Berufung auf die wirtschaftliche Kontinuität ausgehöhlt und praktisch in sein Gegenteil verkehrt werden. Das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität soll nämlich den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit nicht ersetzen, sondern ihn lediglich ergänzen, soweit dies notwendig ist, um Kartellvergehen sowohl schuldangemessen als auch wirksam zu ahnden und so zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbs-

67 — In diesem Sinne das Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 359); es betont die Unanwendbarkeit des Kriteriums der wirtschaftlichen Kontinuität im Fall „zweier bestehender und funktionsfähiger Unternehmen, von denen eines lediglich einen bestimmten Teil seiner Tätigkeiten auf das andere übertragen hatte"; ähnlich das Urteil NMH Stahlwerke/Kommission (zitiert in Fn. 61, Randnrn. 127 bis 137).

68 — Zur Bedeutung der „strukturellen Verbindung" vgl. das Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 359 in Verbindung mit Randnr. 344). In jenem Fall hat der Gerichtshof eine 50%ige Beteiligung des ursprünglichen Betreibers des am Kartell beteiligten Unternehmens am neuen Betreiber ausreichen lassen, um eine „strukturelle Verbindung" zwischen beiden anzunehmen.

69 — Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass bei der Berechnung von Geldbußen die Umsätze von Unternehmen eine entscheidende Rolle spielen (vgl. etwa Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003). Erzielt ein Unternehmen keine nennenswerten Umsätze mehr, so kann ihm gegenüber auch keine wirksame Geldbuße mehr verhängt werden.

70 — In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Gewinn, den ein Unternehmen aus seinem wettbewerbswidrigen Verhalten ziehen konnte, zu den Faktoren gehört, die für die Beurteilung der Schwere des Verstoßes eine Rolle spielen, und dass die Berücksichtigung dieses Faktors die abschreckende Wirkung der Geldbuße gewährleisten soll (vgl. Urteil vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnrn. 260 und 292).

regeln beizutragen. Dementsprechend muss der Rückgriff auf das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität Ausnahmecharakter behalten.

82. Dies schließt nicht aus, dass neue Fallgruppen zu den beiden genannten [71] hinzutreten können. Besonders enge Grenzen sind jedoch der Anwendung des Kriteriums der wirtschaftlichen Kontinuität gesetzt, wenn das am Kartell beteiligte Unternehmen an einen unabhängigen Dritten veräußert wird und zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Betreiber keine strukturelle Verbindung besteht. Dann sollte der Rückgriff auf das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität und damit auch die Zurechnung des Kartellvergehens an den neuen Betreiber nur zugelassen werden, wenn ihm das Unternehmen *missbräuchlich* übertragen wurde, d. h., in der Absicht, den kartellrechtlichen Sanktionen zu entgehen [72].

83. Fehlt es hingegen an einem solchen Missbrauchselement und wurde das Unternehmen von dem unabhängigen Dritten zu Marktbedingungen erworben, so sollte kein Rückgriff auf das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität genommen werden. Zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln ist dann nämlich nicht zwingend eine Abweichung vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit erforderlich. Vielmehr kann die kartellrechtliche Sanktion ihre Wirkungen in der Regel auch beim ursprünglichen Betreiber des Unternehmens entfalten.

84. Außerdem ist es im Fall einer Veräußerung zu Marktbedingungen nicht zwingend, dass allein der neue Betreiber von etwaigen Gewinnen und Wertsteigerungen des Unternehmens profitiert, die auf dessen Kartellbeteiligung zurückgehen. Vielmehr hängt dies von den schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ab, insbesondere davon, ob drohende Geldbußen für Kartellvergehen preismindernd berücksichtigt wurden oder nicht.

b) Besonderheiten des vorliegenden Falles

85. Wenngleich der Gerichtshof nicht berufen ist, selbst den Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits zu bewerten, kann er doch dem vorlegenden Gericht mit Blick auf die Besonderheiten dieses Sachverhalts alle nützlichen Hinweise geben, die diesem die Lösung des Ausgangsrechtsstreits erleichtern. In diesem Zusammenhang ist Folgendes hervorzuheben.

86. Der vorliegende Fall zeichnet sich dadurch aus, dass der italienische Staat über seinen Eigenbetrieb AAMS zunächst in zwei Bereichen wirtschaftlich tätig war, zum einen

71 — Vgl. oben, Nrn. 78 und 79 dieser Schlussanträge.

72 — In diesem Sinne die Urteile Kommission/Anic Partecipazioni (zitiert in Fn. 26, Randnrn. 145 und 146, letzter Satz) und HFB/Kommission (zitiert in Fn. 61, Randnr. 107); vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache C-204/00 P (zitiert in Fn. 57, Nrn. 66 und 67).

im Glücksspiel- und Lotteriewesen, zum anderen im Tabaksektor. Nur einer dieser beiden Bereiche, namentlich die Produktion und der Handel mit Tabakerzeugnissen, wurde sodann auf die eigens dafür gegründete öffentliche wirtschaftliche Einrichtung ETI übertragen, die zunächst noch der Kontrolle des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen unterstand und erst in der Folgezeit in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und privatisiert wurde.

87. Es kam also in einem ersten Schritt nur zu einer internen Umstrukturierung, bei der die betroffenen wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates in den Bereichen Glücksspiel und Tabak weiterhin unter dem gemeinsamen Dach des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen vereint waren und auch noch unter dessen Kontrolle verblieben. In einem zweiten Schritt wurden jedoch sodann die wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates im Tabaksektor aus dem Einflussbereich des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen herausgelöst und in private Hände überführt.

88. Unbestreitbar sind zwar die öffentliche wirtschaftliche Einrichtung ETI und die Aktiengesellschaft ETI SpA als *wirtschaftliche Nachfolger* der AAMS im Bereich der Produktion und des Handels mit Tabakerzeugnissen anzusehen. Dafür spricht nicht nur die formale Übertragung jener Tätigkeiten auf ETI und die Stellung von ETI als Rechtsnachfolgerin der AAMS in sämtlichen Aktiva und Passiva, Rechten und Vermögensgegenständen [73]. Auch im Wirtschaftsleben hat ETI nach den hier vorliegenden Informationen nahtlos die Rolle der AAMS übernommen, bis hin zur Beteiligung am Kartell mit Philip Morris.

89. Der Umstand allein, dass ETI die unternehmerische Tätigkeit der AAMS im Bereich der Produktion und des Handels mit Tabakerzeugnissen weiterbetreibt und somit das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität erfüllt ist, genügt indes noch nicht, um ETI das Kartellvergehen der AAMS abweichend vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit zuzurechnen. Denn wie bereits erwähnt [74], soll das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit nicht ersetzen, sondern ihn lediglich ergänzen, soweit dies notwendig ist, um Kartellvergehen sowohl schuldangemessen als auch wirksam zu ahnden und so zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln beizutragen.

90. Eine solche Notwendigkeit ist in einem Fall wie dem vorliegenden nicht ersichtlich.

73 — Verordnung Nr. 283/1998; vgl. dazu oben, Nr. 10 dieser Schlussanträge.

74 — Vgl. oben, Nr. 81 dieser Schlussanträge.

— Weiterhin wirtschaftliche Tätigkeit der AAMS

91. Erstens ist zu bedenken, dass die wirtschaftliche Tätigkeit der AAMS nicht vollständig auf ETI überging, vielmehr besteht die AAMS nach den Angaben des vorlegenden Gerichts als eigenständiger Wirtschaftsteilnehmer mit nennenswerten Tätigkeiten im Glücksspiel- und Lotteriewesen fort. Der vorliegende Fall ist also nicht mit jenen vergleichbar, in denen der ursprüngliche Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens rechtlich nicht mehr existent ist oder jedenfalls als Wirtschaftsteilnehmer keine Rolle mehr spielt [75].

92. Dementsprechend erfordert es auch der Sinn und Zweck der Sanktion nicht zwingend, dass diese gegenüber ETI anstatt gegenüber der AAMS verhängt wird. Eine gegenüber der AAMS als ursprünglichem Betreiber des Unternehmens verhängte Sanktion kann vielmehr noch eine spezialpräventive Wirkung entfalten und so einen Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln leisten. Denn die AAMS nimmt weiterhin am Wirtschaftsleben teil und kann durch eine Sanktion dazu angehalten werden, sich künftig wettbewerbskonform zu verhalten.

93. Zugegebenermaßen würde eine vom Staatsbetrieb AAMS zu entrichtende Geldbuße wiederum dem Staat zufließen, jedoch deutet die finanzielle und buchhalterische Autonomie der AAMS [76] darauf hin, dass die Sanktion dennoch eine Wirkung auf das individuelle Marktverhalten der AAMS haben kann.

94. Einer Zurechnung des Kartellvergehens an die AAMS nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit steht auch nicht entgegen, dass die AAMS im Tabaksektor nicht mehr selbst wirtschaftlich aktiv ist [77]. Denn eine von ihr entrichtete Geldbuße kann dort jedenfalls noch eine generalpräventive Wirkung entfalten, so dass die nunmehr in jenem Wirtschaftszweig tätigen Unternehmen zu wettbewerbskonformem Verhalten angehalten und von der Begehung neuer Kartellvergehen abgeschreckt werden können.

75 — Vgl. dazu Nrn. 78 und 79 dieser Schlussanträge.

76 — Vgl. oben, Nr. 9 dieser Schlussanträge. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der italienischen Regierung hierzu ergänzend ausgeführt, dass das Budget der AAMS von dem des Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen getrennt sei.

77 — Vgl. dazu die Rechtssache Kommission/Anic Partecipazioni (Urteil zitiert in Fn. 26, Randnr. 145), in der Anic sich aus dem vom Kartell betroffenen Wirtschaftszweig zurückgezogen hatte und dennoch nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit haftbar gemacht wurde; verdeutlicht wird dies auch im späteren Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 359), in dem die Rechtssache Kommission/Anic Partecipazioni als „Fall zweier bestehender und funktionsfähiger Unternehmen" umschrieben wird, „von denen eines lediglich *einen bestimmten Teil seiner Tätigkeiten* auf das andere übertragen hatte" (Hervorhebung von mir).

— Privatisierung und Veräußerung von ETI an einen unabhängigen Dritten

95. Zweitens ist zu bedenken, dass ETI inzwischen in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und privatisiert wurde, so wie dies übrigens von Beginn an geplant gewesen war. Für eine missbräuchliche Übertragung des Unternehmens auf ETI mit dem Ziel der Umgehung wettbewerbsrechtlicher Sanktionen bestehen in diesem Zusammenhang keine Anhaltspunkte.

96. Ferner bestanden, soweit ersichtlich, jedenfalls zum Zeitpunkt der Verhängung der Sanktion zwischen der AAMS als früherer Betreiberin des am Kartell beteiligten Unternehmens und ETI als dessen neuem Betreiber keine strukturellen Verbindungen mehr. Vielmehr befand sich das Unternehmen bei Verhängung der Sanktion bereits in den Händen des unabhängigen Dritten.

97. Damit gleicht der vorliegende Fall im Ergebnis weniger dem einer Umstrukturierung innerhalb einer Unternehmensgruppe als vielmehr dem einer Unternehmensveräußerung an einen unabhängigen Dritten zu Marktbedingungen, auf die das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität, wie bereits erläutert [78], keine Anwendung finden sollte.

98. Anders als die italienische Regierung sehe ich auch in einer etwaigen kartellbedingten Wertsteigerung des von ETI fortgeführten Unternehmens keinen Anlass, vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit abzuweichen. Denn wie bereits erwähnt, profitiert von einer solchen Wertsteigerung nicht zwingend nur der neue Betreiber des Unternehmens. Im Gegenteil könnte sich eine solche Wertsteigerung im Kaufpreis der Anteile der ETI SpA zum Zeitpunkt ihrer vollständigen Privatisierung niedergeschlagen haben und wäre dann sogar vom Verkäufer, dem italienischen Staat, realisiert worden.

99. Abschließend sei bemerkt, dass es im Hinblick auf die Zurechnung von Kartellvergehen keinen Unterschied machen sollte, ob ein Privater oder der Staat das am Kartell beteiligte Unternehmen einem unabhängigen Dritten veräußert hat. Jedenfalls sollte der Staat nicht besser gestellt werden als ein privater Veräußerer.

100. Die Kommission meint zwar, unter bestimmten Umständen sollte die Verantwortlichkeit für das Kartellvergehen eines öffentlichen Unternehmens im Fall seiner Privatisierung nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität auf dessen neuen, privaten Betreiber übergehen. Sie erwägt dies namentlich für den Fall, dass der Staat im Rahmen der besonderen Organisations-

78 — Vgl. oben, Nrn. 81 bis 84 dieser Schlussanträge.

struktur, der das privatisierte Unternehmen ursprünglich angehörte, nach der Privatisierung keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, mag er auch im Rahmen anderer Strukturen — etwa im Zuständigkeitsbereich anderer Ministerien — noch wirtschaftlich aktiv sein [79].

101. Dagegen spricht jedoch, dass die bloße Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens den Staat nicht von seiner Verantwortlichkeit für etwaige Kartellvergehen des zuvor von ihm betriebenen Unternehmens befreien sollte. Diese Verantwortlichkeit des Staates ist vielmehr die logische Konsequenz seiner wirtschaftlichen Betätigung, bei der er sich den für alle Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln grundsätzlich nicht entziehen darf (vgl. auch Art. 86 Abs. 1 EG). Haftet also eine Privatperson nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für Kartellvergehen eines von ihr betriebenen Unternehmens auch nach dessen Veräußerung weiter, so kann für den Staat nichts anderes gelten.

102. Letztlich muss hier jedoch über das von der Kommission aufgeworfene Problem nicht abschließend befunden werden. Denn jedenfalls im vorliegenden Fall steht nach den Angaben des vorlegenden Gerichts fest, dass der italienische Staat weiterhin auch über die AAMS wirtschaftlich tätig ist. Seine wirtschaftliche Tätigkeit setzt sich also selbst in derjenigen Organisationsstruktur fort, welcher der später auf ETI übertragene und privatisierte Tätigkeitsbereich entstammt.

103. Insgesamt bin ich deshalb der Auffassung, dass Wettbewerbsbehörden und Gerichte es in einem Fall wie dem vorliegenden beim Grundsatz der persönlichen Verantwortung belassen und keine Zurechnung des Kartellvergehens nach dem Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität vornehmen sollten.

2. Zum etwaigen Ermessen der Kartellbehörden im Rahmen der Zurechnung (zweite Frage)

104. Mit seiner zweiten Frage begehrt der Consiglio di Stato im Wesentlichen Auskunft darüber, ob die zuständige Wettbewerbsbehörde ein Kartellvergehen nach freiem Ermessen entweder dem ursprünglichen oder dem neuen Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens zurechnen kann, um sicherzustellen, dass die praktische

79 — Die Kommission weist beispielhaft darauf hin, dass etwa die Staatsbetriebe in den Bereichen Post und Eisenbahn in Italien traditionell anderen Organisationsstrukturen angehörten und insbesondere anderen Ministerien unterstanden als die AAMS.

Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln nicht beeinträchtigt wird.

105. Wie bereits erwähnt, hat die Zurechnung von Kartellvergehen im Fall der Unternehmensnachfolge nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit zu erfolgen. Das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität soll den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit nicht ersetzen, sondern ihn lediglich ergänzen, soweit dies notwendig ist, um Kartellvergehen sowohl schuldangemessen als auch wirksam zu ahnden und so zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln beizutragen.

106. Daraus folgt, dass den zuständigen Wettbewerbsbehörden, ebenso wie den zuständigen Gerichten, kein Wahlrecht zusteht, ob sie das Kartellvergehen eines Unternehmens entweder seinem ursprünglichen oder seinem neuen Betreiber zurechnen. Das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität kann vielmehr nur zum Einsatz kommen, wenn die kartellrechtliche Sanktion bei bloßer Anwendung des Grundsatzes der persönlichen Verantwortlichkeit ihren Zweck verfehlen würde.

107. Ob allerdings eine kartellrechtliche Sanktion ihren Zweck verfehlen würde, kann im Einzelfall eine Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte erfordern.

108. So ist gegebenenfalls zu bewerten, ob der ursprüngliche Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens zum Zeitpunkt der Ahndung des Vergehens noch eine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, so dass eine ihm gegenüber verhängte Sanktion einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln darstellen kann. Auch das Bestehen oder Nichtbestehen einer strukturellen Verbindung zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Betreiber des Unternehmens kann eine solche Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge nötig machen, ebenso die Frage, ob das Unternehmen zu Marktbedingungen oder in missbräuchlicher Absicht an den neuen Betreiber veräußert wurde.

109. Wie die Kommission zutreffend unterstreicht, steht bei der Durchführung derartiger Bewertungen der zuständigen Wettbewerbsbehörde nach dem Gemeinschaftsrecht ein Beurteilungsspielraum zu [80].

80 — In diesem Sinne die ständige Rechtsprechung; vgl. nur die Urteile vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission (42/84, Slg. 1985, 2545, Randnr. 34), vom 17. November 1987, BAT und Reynolds/Kommission (142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62), und Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 279).

VI — Ergebnis

110. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Consiglio di Stato wie folgt zu antworten:

1) a) Nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ist das Kartellvergehen eines Unternehmens grundsätzlich seinem ursprünglichen Betreiber zuzurechnen, der für das Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verantwortlich war, auch wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde ein neuer Betreiber für das Unternehmen verantwortlich ist.

Dies gilt auch, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung vom Staat betrieben wurde und später in die Verantwortung einer privaten Person überführt wurde.

b) Nur ausnahmsweise ist das Kartellvergehen dem neuen Betreiber des Unternehmens zuzurechnen, wenn

— der neue Betreiber das Unternehmen bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde weiterbetrieben hat,

— der ursprüngliche Betreiber zum Zeitpunkt der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde rechtlich nicht mehr existiert oder keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, nicht einmal auf einem anderen als dem vom Kartell betroffenen Markt, und

— entweder zwischen dem neuen und dem ursprünglichen Betreiber eine strukturelle Verbindung besteht oder das Unternehmen dem neuen Betreiber missbräuchlich zur Umgehung der kartellrechtlichen Sanktion übertragen wurde.

2) Die zuständige Wettbewerbsbehörde hat kein Ermessen bei der Zurechnung von Kartellvergehen. Ihr steht jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, soweit sie im Rahmen dieser Zurechnung komplexe wirtschaftliche Sachverhalte zu bewerten hat.