



Zürich, 16. September 2009

lic. iur. Salim Rizvi,
Assistent bei Prof. Dr. Rolf. H. Weber

BUSSGELDPRAXIS IN DER EG AM BEISPIEL DES ZITRONENSÄURE- HERSTELLERKARTELLS

Wettbewerbsrecht, Art. 81 EGV: Verteidigungsrechte betreffend die Einstufung als Anführer eines Kartells von Zitronensäurehersteller sowie Nichtfestsetzung oder niedrige Festsetzung von Geldbussen (Entscheidung des EuGH vom 9. Juli 2009).

Inhaltsverzeichnis

I.	SACHVERHALT UND BEMERKUNGEN	2
A.	ZUSAMMENFASSUNG DES SACHVERHALTS.....	2
B.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERWÄGUNGEN DES EUGH.....	6
1.	Verletzung der Verteidigungsrechte von ADM bezüglich der Einstufung als Anführer	6
2.	Rechtsfehler bzw. Verfälschung der Beweise hinsichtlich der Einstufung von ADM als Anführer	9
3.	Anwendung von Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit	10
4.	Verstoss gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes	10
5.	Verstoss gegen den Grundsatz, dass die Kommission die Regeln einhalten muss, die sie sich selbst auferlegt hat.....	11
C.	BEMERKUNGEN	12
1.	Zur Herabsetzung der Busse von 39.69 auf 29.4 Mio. Euro.....	12
2.	Zum Ermessen der Kommission	14
3.	Der EuGH als Avantgarde?	16
4.	Vorbilder im römischen Recht?.....	17
II.	AUSBLICK	19



I. Sachverhalt und Bemerkungen

Die Bussenpraxis der Kommission und die zurückhaltende Praxis des EuG sowie des EuGH sind Gegenstand vieler Kritiken.¹ Hat der EuGH nun Rauchzeichen für eine aktivere Rolle des obersten Gerichts in der EG bezüglich der Kartellbussen und der Verteidigungsrechte ausgelöst?

Besprechung des EuGH-Urteils C-511/06 P vom 9. Juli 2009 in Sachen Archer Daniels Midland Co. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaft.

A. Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Europäische Kommission für Wettbewerb (nachfolgend Kommission) ermittelte gegen fünf Hersteller von Zitronensäure, nämlich die Archer Daniels Midland Co. (nachfolgend ADM), die Cerestar Bioproducts BV (nachfolgend Cerestar), die F. Hoffmann-La Roche AG (nachfolgend HLR), die Haarmann & Reimer Corporation (nachfolgend H & R) und die Jungbunzlauer AG (nachfolgend JBL). Zitronensäure ist ein Säuerungs- und Konservierungsmittel, das in Lebensmitteln und Getränken, Waschmitteln und Haushaltsreinigern, Arzneimitteln und Kosmetika sowie in diversen industriellen Verfahren verwendet wird.²

Im August 1995 war die Kommission davon in Kenntnis gesetzt worden, dass das Justizministerium der Vereinigten Staaten eine Untersuchung des dortigen Zitronensäuremarktes eingeleitet hat. Die Unternehmen ADM, Cerestar, HLR, H & R und JBL räumten in diesem Verfahren ihre Teilnahme an einem Kartell ein und zahlten im An-

¹ Vgl. dazu die Kritik bei BECHTHOLD RAINER/WERNICKE STEPHAN, Grenzenlos? Kartellbussen ohne Mass, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), vom 13. Februar 2009 (Nr. 37), S. 12 (zit. BECHTHOLD/WERNICKE): Die Autoren kritisieren die hohe Bussgeldpraxis der Kommission und weisen auf die fehlende Effektivität der Bussenpraxis hin; vgl. dazu auch HOFSTETTER KARL, Korrekturbedürftige Bussen-Exzesse im europäischen Kartellrecht, NZZ vom 29. Mai 2008 (Nr. 123), S. 29 (zit. HOFSTETTER): Der Autor kritisiert in seinem Beitrag die Bussenpraxis der Europäischen Union und legt dar, dass die Bussen für Kartellabsprachen in den letzten zwei Jahren stark gestiegen seien und dass die Kommission ihre Bussenpraxis auch als Beitrag zur Finanzierung der EU betrachte; vgl. dazu auch WOHLMANN HERBERT, Suche nach einem Kompass für Wettbewerbsbehörden, Anmerkungen zu Karl Hofstetters kritischer Analyse von Kartell-Bestrafungen, NZZ vom 31. Juli 2008 (Nr. 177), S. 25: Wohlmann stützt die Auffassung von Hofstetter und ist auch der Auffassung, dass sich die Bussenbemessung im europäischen Kartellverfahren „in der Tat nur noch als Ausnützung einer alternativen Fiskal-Quelle nachvollziehen“ lasse.

² EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 10.



schluss an Vereinbarungen mit diesem Ministerium Geldbussen. Ausserdem wurden einige Einzelpersonen persönlich mit Geldbussen belegt. Am 6. August 1997 richtete die Kommission nach Art. 11 der Verordnung Nr. 17³ ein Auskunftsverlangen an die vier führenden Zitronensäurehersteller in der Europäischen Gemeinschaft. Cerestar bot der Kommission die Zusammenarbeit an. Dabei schilderten die Vertreter von Cerestar die Tätigkeiten des Kartells aus dem Gedächtnis sowie bestimmte Funktionsmechanismen dieses Kartells. Ferner wurde die Rolle von ADM bei diesen Treffen herausgestrichen.⁴

Auf der Grundlage der Auskünfte, die ihr in Beantwortung weiterer Auskunftsverlangen von den fünf beschuldigten Unternehmen erteilt worden waren, richtete die Kommission an diese am 29. März 2000 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, in der sie ihnen vorwarf, gegen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 53 Abs. 1 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992⁵ verstossen zu haben, indem sie sich an einem geheimen Kartell auf dem Markt für Zitronensäure beteiligt hätten. Die Zuwiderhandlung habe bei vier von ihnen, darunter ADM, von März 1991 bis Mai 1995, und im Fall von Cerestar von Mai 1992 bis Mai 1995 gedauert. Insbesondere hätten sie einander spezifische Absatzquoten zugeteilt und diese eingehalten, Ziel- und/oder Mindestpreise festgelegt, auf die Gewährung von Preisnachlässen verzichtet und spezifische Kundendaten ausgetauscht.⁶

In der Mitteilung der Beschwerdepunkte führte die Kommission ihre Hauptbeweismittel auf: (i) Aussagen eines ADM-Vertreters vor der Kommission, (ii) Aussagen eines ehemaligen Vertreters von ADM vor Vertretern des US-Justizministeriums und Mitarbeitern des Federal Bureau of Investigation (FBI) im Kartellverfahren der US-Behörden (im Folgenden FBI-Bericht) und (iii) die Erklärung von Cerestar.⁷

Der FBI Bericht enthält die von einem ehemaligen Vertreter von ADM gegebene Beschreibung der Mechanismen des Kartells und insbesondere der Sitzungen unter den beschuldigten Unternehmen. In diesem Bericht ist u. a. erwähnt, dass Sitzungen mit Vertretern aller an dem Kartell beteiligten Unternehmen organisiert worden seien, darunter die sogenannten «Master-Sitzungen» mit den hochrangigen Vertretern, in denen es um die Ausrichtung und die Mechanismen des Kartells gegangen sei, während an

³ EWG-Verordnung Nr. 17/62, ABl. 1962 L013/204 «EWG-Verordnung»; vgl. dazu HERDEGEN MATTHIAS, Europarecht, 10. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2008, S. 333 ff, Rz. 22 ff.

⁴ EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 12 ff.

⁵ Vgl. ABl. 1994, L 1, S. 3.

⁶ EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 16 ff.

⁷ EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 17.



den sogenannten «Sherpa-Sitzungen» Vertreter teilgenommen hätten, die mit der praktischen Durchführung dieser Mechanismen betraut gewesen seien. Diesem Bericht zufolge hatte die vernommene Person den Eindruck, dass ein anderer ehemaliger Vertreter von ADM, der als «der Weise» bezeichnet worden sei und an beiden Arten von Sitzungen teilgenommen habe, die Idee des Kartell-Mechanismus «G-4/5-Absprachen» gehabt und bei dessen Durchführung eine ziemlich aktive Rolle gespielt habe.⁸

Die Erklärung von Cerestar enthält eine kurze Beschreibung der multilateralen Treffen von Vertretern der beschuldigten Unternehmen sowie die dabei gefassten Beschlüsse. Laut dieser Erklärung hatte der Vertreter von Cerestar den Eindruck, dass der Vertreter von ADM bei diesen Treffen eine führende Rolle gespielt habe.⁹

Auf dieser Grundlage von Auskünften und Berichten der Verfahrensbeteiligten sowie des FBI-Berichts büsste die Kommission u.a. ADM mit 39.69 Mio. Euro.¹⁰ Zur Festsetzung der Bussenhöhe berücksichtigte die Kommission die in den Leitlinien¹¹ dargestellte Methode (z.B. Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung) und die Mitteilung über die Zusammenarbeit¹². ADM erhob am 28. Februar 2009 Klage beim EuG gegen die streitige Kommissionsentscheidung. Der EuG änderte die Bussenhöhe nicht.¹³

Vor dem EuGH machte die Rechtsmittelführerin ADM folgende Rechtsmittelgründe geltend:

- Rechtsfehlerhafte Würdigung der Wahrung der Verteidigungsrechte von ADM hinsichtlich ihrer Einstufung als Anführer;
- Rechtsfehler bzw. Verfälschung der Beweise hinsichtlich der Einstufung von ADM als Anführer;
- Rechtsfehlerhafte Würdigung durch das Gericht hinsichtlich der Nichtberücksichtigung mildernder Umstände;

⁸ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 21.

⁹ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 22.

¹⁰ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 25.

¹¹ Vgl. dazu: Mitteilung der Kommission vom 14. Januar 1998 «Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Art. 15 Abs. 2 der Verordnung 17 und gemäss Art. 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden» (ABl. C 9, S. 3).

¹² Vgl. dazu: Mitteilung der Kommission vom 18. Juli 1996 über die «Nichtfestsetzung oder wesentlich niedrigere Festsetzung von Geldbussen in Kartellsachen» (ABl. C 207, S. 4).

¹³ Vgl. dazu EuG, T-59/02, vom 27. September 2006 und EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 58.



- Rechtsfehlerhafte Anwendung von Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit (Nichtfestsetzung oder wesentlich niedrigere Festsetzung einer Geldbusse);
- Verstoss gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes;
- Verstoss gegen den Grundsatz, dass die Kommission die Regeln einhalten muss, die sie sich selbst auferlegt hat.

Der EuGH entschied nach Art. 61 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des EuGH in der Sache selbst:¹⁴ Er hob das Urteil des EuG insoweit auf, als die Kommission ADM keine Gelegenheit gegeben hat, ihre Rechte hinsichtlich der Tatsachen geltend zu machen, auf welche die Kommission die Einstufung von ADM als Anführer des Kartells gestützt hatte;¹⁵ ferner hob der EuGH das Urteil des EuG insoweit auf, als damit der Klagegrund, der die fehlerhafte Anwendung von Abschnitt B lit. b der Mitteilung der Kommission vom 18. Juli 1996 über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbussen in Kartellsachen¹⁶ betrifft, der ADM als ins Leere gehend zurückgewiesen wurde.¹⁷ Ferner setzte der EuGH die Busse von 39.69 auf 29.4 Mio. Euro herab.¹⁸

¹⁴ Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des EuGH kann der Gerichtshof, wenn er die Entscheidung des EuG aufhebt, den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist. Dies war hier der Fall. (EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 130).

¹⁵ Vgl. EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Entscheid, Ziff. 1, nach Rz. 167.

¹⁶ Vgl. dazu Fn. 12.

¹⁷ Vgl. EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Entscheid, Ziff. 2, nach Rz. 167.

¹⁸ Vgl. EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Entscheid, Ziff. 3 und 4, nach Rz. 167.



B. Zusammenfassung der Erwägungen des EuGH

1. Verletzung der Verteidigungsrechte von ADM bezüglich der Einstufung als Anführer

Zunächst warf ADM dem EuG vor, es habe festgestellt,¹⁹ dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die wesentlichen tatsächlichen Gesichtspunkte für die Schwere ihres Verhaltens angeführt habe, obwohl dort der Umstand nicht erwähnt sei, dass ADM als Anführer des Kartells betrachtet werden könnte. Die Rolle als Anführer gehöre jedoch zu den wesentlichen Gesichtspunkten, deren Nichterwähnung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine Verletzung der Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens darstelle.²⁰

Dieser Antrag wurde jedoch vom EuGH mit einem geschickten Hackenschlag als unbegründet zurückgewiesen. Der EuGH²¹ hob diesbezüglich hervor, dass die Einstufung eines Unternehmens als Anführer eines Kartells erhebliche Auswirkungen auf die Höhe der gegen dieses Unternehmen festzusetzenden Geldbusse hat. Demnach handelt es sich gemäss Abschnitt 2 der Leitlinien um einen erschwerenden Umstand, der zu einer nicht unerheblichen Erhöhung des Grundbetrags der Geldbusse führt. Weiter hat eine solche Einstufung nach Abschnitt B lit. e der Mitteilung über Zusammenarbeit unmittelbar den Ausschluss einer wesentlich niedrigeren Festsetzung der Geldbusse zur Folge, selbst wenn das als Anführer eingestufte Unternehmen sämtliche dort angeführten Voraussetzungen für eine solche niedrigere Festsetzung erfüllen würde. Daher muss die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Elemente anführen, die nach ihrer Ansicht das beschuldigte Unternehmen, das als Anführer des Kartells angesehen werden könnte, benötigt, um auf einen solchen Beschwerdepunkt erwidern zu können. Da jedoch eine solche Mitteilung – *nota bene* – eine Vorstufe zum Erlass der endgültigen Entscheidung bleibt und damit nicht den endgültigen Standpunkt der Kommission darstellt, kann nicht verlangt werden, dass diese bereits zu diesem Zeit-

¹⁹ Vgl. dazu EuG, T-59/02, vom 27. September 2006, Rz. 438: „Die Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen verpflichtet die Kommission nicht, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genauer anzugeben, in welcher Art und Weise sie gegebenenfalls jedes dieser Elemente bei der Bemessung der Bussgeldhöhe berücksichtigen werde. Insbesondere braucht die Kommission nicht anzugeben, dass sie ADM als Anführer des Kartells ansehen könne, oder den Umfang der Erhöhung zu bezeichnen, den sie möglicherweise auf die Geldbusse gegen ADM aus diesem Grund anwenden würde (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461, Randnr. 20).“

²⁰ Vgl. zu den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 62 ff.

²¹ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 70 f.



punkt eine rechtliche Bewertung der Elemente vornimmt, auf die sie sich in der endgültigen Entscheidung stützen wird, um ein Unternehmen als Anführer des Kartells einzustufen.

Ferner machte ADM geltend, der EuG habe die Verteidigungsrechte verletzt, indem es in Rz. 439 des angefochtenen Urteils entschieden habe, dass ADM Gelegenheit gegeben worden sei, ihren Standpunkt zu bestimmten Tatsachen, auf die ihre Einstufung als Anführer des Kartells gestützt worden sei, geltend zu machen, da diese Tatsachen aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügten Dokumenten hervorgegangen seien. Für die Einstufung von ADM als Anführer des Kartells stützte sich die Kommission in den Rz. 265 f. der streitigen Entscheidung auf Tatsachen, die sie dem FBI-Bericht und der Erklärung von Cerestar entnommen hatte. Dazu führte der EuGH in Rz. 76 und 77 an:

So heisst es zum einen in der genannten Rz. 265 unter Anführung des FBI-Berichts, dass „der Mechanismus für die G-4/5-Absprachen eine Idee [des ADM-Vertreters] zu sein schien und dieser auf dem Treffen vom 6. März 1991 in Basel, wo die Kartellabsprache [über Zitronensäure] formuliert wurde, eine ziemlich aktive Rolle spielte“ und dass „man [diesen Vertreter] als den ‚Weisen‘ betrachtete ... und sogar ‚den Prediger‘ nannte“.

Zum anderen enthält die genannte Rz. 266 einen Auszug aus der Erklärung von Cerestar, wonach „zwar [Vertreter von HLR und JBL] normalerweise die ‚Master‘-Treffen leiteten, doch [Cerestar] eindeutig den Eindruck hatte, dass [der ADM-Vertreter] eine führende Rolle spielte. [Dieser] führte den Vorsitz bei den ‚Sherpa‘-Treffen, bereitete in der Regel alles vor und machte für gewöhnlich die Vorschläge für die zu vereinbarenden Preislisten“.

Der EuGH stellte dazu fest, dass entgegen dem Vorbringen der Kommission die dem FBI-Bericht und der Erklärung von Cerestar entnommenen Tatsachen, auf die sie sich in den Rz. 265 und 266 der streitigen Entscheidung stützte, nicht in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnt waren.²² Wie nämlich der Generalanwalt in Nr. 40 seiner Schlussanträgen ausgeführt hat, hatte der EuG in Rz. 439 des angefochtenen Urteils nicht etwa die Ansicht vertreten, dass die entscheidenden Tatsachen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden seien, sondern es hat festgestellt, dass der Beschwerdeführerin durch den blossen Umstand, dass die Kommission die Dokumente, aus der sich diese Tatsachen ergäben, der Mitteilung der Beschwerdepunkte beige-

²² Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 81 f.



fügt habe, Gelegenheit gegeben worden sei, sich zur Verwendung dieser Dokumente als Beweismittel und auch zu den darin geschilderten Tatsachen zu äussern.²³

Nachfolgend prüfte der EuGH, ob der EuG rechtsfehlerfrei befunden habe, dass die Kommission mit dieser Vorgehensweise die Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin rechtsgenügend beachtete.

Zunächst hob der EuGH hervor, dass die Verteidigungsrechte, namentlich bei Bussgeldern, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellen.²⁴ Zu diesen Verteidigungsrechten gehört die Möglichkeit der betroffenen Unternehmen, zu den herangezogenen Schriftstücken sachgerecht Stellung nehmen zu können.²⁵ Grundsätzlich stellte der EuGH fest, dass es u. a. die Mitteilung der Beschwerdepunkte ist, welche es den von einer Untersuchung betroffenen Unternehmen ermöglicht, von den Beweismitteln, über die die Kommission verfügt, Kenntnis zu nehmen und ihre Verteidigungsrechte wirksam auszuüben.²⁶ In Rz. 89 kam der EuGH daher zum Ergebnis, dass in casu der blosse Umstand, dass der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Unterlagen beigelegt waren, aus denen die Tatsachen, auf welche die Einstufung von ADM als Anführer gestützt ist, hervorgehen, nicht ausreicht, um den oben genannten Anforderungen zu genügen, da es ADM durch diese Mitteilung nicht ermöglicht wurde, diese Tatsachen zu bestreiten und damit ihre Rechte sachgerecht geltend zu machen. Weil die Beweise der Kommission auf Zeugenaussagen (dem ehemaligen ADM-Vertreter wurde z.B. von US-Wettbewerbsbehörden Straffreiheit gewährt) und der spontanen Erklärung von Cerestar beruhte, konnte ADM die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen generell nicht beurteilen.²⁷

Folglich stellte der EuGH eine Verletzung der Verteidigungsrechte fest.²⁸

²³ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 82.

²⁴ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 84.

²⁵ Vgl. dazu: vgl. Urteile *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, Randnr. 10, vom 25. Januar 2007, *Dalmine/Kommission*, C-407/04, Slg. 2007, I-829, Randnr. 44, sowie *SGL Carbon/Kommission*, Randnr. 71.

²⁶ vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, Slg. 2002, I-8375, Randnrn. 315 und 316, sowie 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, Randnrn. 66 und 67.

²⁷ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 90 f.

²⁸ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 95.



2. *Rechtsfehler bzw. Verfälschung der Beweise hinsichtlich der Einstufung von ADM als Anführer*

ADM trug vor, indem der EuG eine Verpflichtung der Kommission verneint habe, mildernde Umstände zuzubilligen, wie es in den Leitlinien für den Fall der Beendigung der Zuwiderhandlung vorgesehen sei, habe es die Leitlinien irrig ausgelegt.²⁹ Entgegen den Feststellungen in den Rz. 335 bis 340 könne die Zubilligung mildernder Umstände nämlich nicht eine blosser Befugnis der Kommission sein, die diese Zubilligung von der Berücksichtigung der Geheimhaltung des Kartells abhängig machen könne.

Der EuGH verneinte die zwingende Bindung der mildernden Umstände, indem er festhielt, dass die Zubilligung einer solchen Verringerung des Grundbetrags der Geldbusse notwendigerweise an die Umstände des Einzelfalls gebunden sei, welche die Kommission veranlassen können, einem Unternehmen, das Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung ist, diese Verringerung nicht zu gewähren.³⁰ Ferner, so der EuGH, könnte die Zubilligung eines mildernden Umstands in Situationen, in denen ein Unternehmen Partei einer offensichtlich rechtswidrigen Vereinbarung ist, von der es weiss oder wissen muss, dass sie den Tatbestand einer Zuwiderhandlung verwirklicht, einen Anreiz für Unternehmen bieten, eine geheime Vereinbarung so lange wie möglich in der Hoffnung fortzusetzen, dass ihr Verhalten nie aufgedeckt wird, aber in dem Bewusstsein, dass, sollte es doch aufgedeckt werden, die Geldbusse gegen sie bei anschließendem Abbruch der Zuwiderhandlung herabgesetzt werden könnte. Eine solche Zubilligung würde der verhängten Geldbusse jede Abschreckungswirkung nehmen und die praktische Wirksamkeit von Art. 81 Abs. 1 EG beeinträchtigen.³¹

Folglich stellte der EuGH hinsichtlich der zwingenden Bindung mildernder Umstände keine Verletzung der Anführereinstufung fest.³²

²⁹ Vgl. dazu sVgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 98.

³⁰ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 104.

³¹ Vgl. dazu EuG, T-59/02, vom 27. September 2006, Rz. 346: „Aus den vorstehenden Gründen kann es daher nicht als fehlerhaft angesehen werden, dass die Beendigung der Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der amerikanischen Wettbewerbsbehörde im vorliegenden Fall nicht als mildernder Umstand berücksichtigt wurde.“; siehe ferner EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 104.; und vgl. Urteil vom 19. März 2009, Archer Daniels Midland/Kommission, C-510/06 P, Slg. 2009, I-0000, Rz. 149.

³² Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 95.

3. *Anwendung von Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit*

Da ADM ihre Einstufung als Anführer für fehlerhaft hielt, warfen deren Rechtsvertreter dem EuG vor, ihnen die Vergünstigung der Anwendung von Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit betreffenden Klagegrund nicht stattgegeben zu haben.³³ Der EuGH verdeutlicht dazu, dass der EuG zu Unrecht angenommen hatte, dass die Kommission die Tatsachen, wie sie sich aus dem FBI-Bericht und der Erklärung von Cerestar ergeben, obwohl sie nicht in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnt waren, bei der Einstufung von ADM als Anführer des Kartells heranziehen konnte, ohne die Verteidigungsrechte von ADM zu verletzen.³⁴ Ferner führte EuGH an, dass der EuG in den Rz. 225 und 226 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, dass die Abhaltung der bilateralen Treffen neben den genannten Beweisen lediglich ein Indiz dargestellt habe und nicht für sich allein auf die Anführerrolle der Rechtsmittelführerin habe schliessen lassen, hat es folglich die Einstufung von ADM als Anführer des Kartells zu Unrecht bestätigt. Somit konnte der EuG, da ADM nicht rechtmässig als Anführer des Kartells eingestuft worden war, die Vergünstigung der Anwendung von Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit nicht rechtsfehlerfrei mit der Begründung ausschliessen, dass ADM eine Rolle als Anführer des Kartells gespielt habe. Folglich stellt der EuGH eine Verletzung der Einstufung fest.³⁵

4. *Verstoss gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes*

Gemäss Auffassung von ADM hätte der EuG aus seinen Feststellungen³⁶ des angefochtenen Urteils schliessen müssen, dass die Kommission bei ihr hinsichtlich einer Herabsetzung der Geldbusse nach Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit berechnete Erwartungen geweckt habe. ADM machte hierzu geltend, dass es entgegen der vor dem EuG in Rz. 394 des angefochtenen Urteils vertretenen Auffassung für das Entstehen solcher Erwartungen unerheblich sei, in welchem Verfahrensstadium die Zusammenarbeit stattfindet.³⁷

Der EuGH hielt dazu u.a. fest, dass die Kommission nach Abschnitt E der Mitteilung über Zusammenarbeit erst zusammen mit der endgültigen Entscheidung festlegt, ob

³³ Vgl. dazu Fn. 12.

³⁴ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 110.

³⁵ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 113.

³⁶ Vgl. dazu EuG, T-59/02, vom 27. September 2006, Rz. 386 und 391.

³⁷ Dabei stützte sich ADM auf Urteil vom 22. Juni 2006, Belgien und Forum 187/Kommission (C-182/03 und C-217/03, Slg. 2006, I-5479, Rz. 147 bis 167).



die Voraussetzungen der Abschnitte B, C und D dieser Mitteilung erfüllt sind. Somit hat der EuG rechtsfehlerfrei entschieden, dass die Kommission der Rechtsmittelführerin vor dem Erlass der endgültigen Entscheidung keine genauen Zusicherungen hinsichtlich einer Herabsetzung der Geldbusse geben konnte.³⁸ Der EuGH hat somit dem Einwand des Verstosses gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht stattgegeben.³⁹

5. *Verstoss gegen den Grundsatz, dass die Kommission die Regeln einhalten muss, die sie sich selbst auferlegt hat*

ADM warf dem EuG vor, es habe nicht festgestellt, dass die Kommission zu Unrecht den relevanten Markt nicht definiert habe, um die Auswirkungen des Kartells zu prüfen, obwohl es sich um eine Voraussetzung handle, die für die Feststellung einer Beeinträchtigung des Marktes durch dieses Kartell unerlässlich sei. Hätte die Kommission diesen Markt definiert, so hätte sie die Ersatzprodukte für Zitronensäure berücksichtigen und angesichts der von der Rechtsmittelführerin vorgetragenen Beweise zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass sich das Kartell nicht auf die Preise in der Zitronensäurebranche ausgewirkt habe.⁴⁰

Entscheidend ist hier die Definition des relevanten Marktes. Der EuG führte dazu aus, dass sich die Kommission für die Ermittlung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Zitronensäuremarkt beschränkt habe.⁴¹ Sie hat damit nicht den von der Rechtsmittelführerin befürworteten weiter gefassten Markt berücksichtigt, der die von dieser genannten Ersatzprodukte für Zitronensäure umfasst.⁴² Sehr klar hielt der EuGH fest, dass der EuG in seinem Urteil auf die Analysen der Kommission verwiesen hatte und dass dieser Verweis von ADM – nota bene – nicht beanstandet wurde.⁴³

Insoweit sind nach dem EuGH zum einen die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt zwar ein Faktor, der bei der Beurteilung der Schwere dieser

³⁸ Dazu führte der Generalanwalt PAOLO MENGGOZZI in den Schlussanträgen das folgende aus: „Meiner Auffassung nach ist die Frage, ob der Rechtsmittelführerin durch die Erklärungen der Dienststellen der Kommission im Verwaltungsverfahren genaue Zusicherungen bezüglich der Anwendung des Abschnitts B der Mitteilung über Zusammenarbeit gemacht worden sind, Gegenstand der vom Gericht vorgenommenen Tatsachenwürdigung, die nicht mit dem Rechtsmittel angefochten werden kann, ausser wenn eine Verfälschung der Tatsachen selbst oder der dafür vorgelegten Beweise behauptet wird. Die Rechtsmittelführerin stellt in der Rechtsmittelschrift keine derartige Behauptung auf.“ (Schlussanträge des Generalanwalts PAOLO MENGGOZZI vom 6. November 2008 in der Rechtssache C-511/06 P, Rz. 208).

³⁹ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 113.

⁴⁰ Vgl. zum Vorbringen von ADM EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 120.

⁴¹ Vgl. dazu EuG, T-59/02, vom 27. September 2006, Rz. 198.

⁴² Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 123.

⁴³ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 124.



Zuwiderhandlung zu berücksichtigen ist, doch handelt es sich um ein Kriterium neben anderen, namentlich der Art der Zuwiderhandlung und dem Umfang des räumlichen Marktes. Zudem sind diese konkreten Auswirkungen nach den Leitlinien nur dann zu berücksichtigen, wenn sie messbar sind. Erschwerend kam hinzu, dass ADM nicht bestritten hatte, dass das Kartell zumindest auf einem Teil des Marktes Auswirkungen auf die Preise für Zitronensäure hatte.⁴⁴

Aus diesen Gründen wies der EuGH das Begehren von ADM als unbegründet zurück.⁴⁵

C. Bemerkungen

1. Zur Herabsetzung der Busse von 39.69 auf 29.4 Mio. Euro

Weil es die Kommission als erwiesen ansah, dass ADM Anführer des Kartells war, erfolgte eine Erhöhung des Grundbetrags der Geldbusse um 35%. Der EuGH kam zum Ergebnis, dass die Kommission ADM jedoch keine Gelegenheit gegeben hatte, ihre Rechte hinsichtlich der sich aus dem FBI-Bericht und der Erklärung von Cerestar ergebenden Gesichtspunkte geltend zu machen, um die Einstufung als Anführer zu widerlegen.⁴⁶ Ferner prüfte der EuGH, ob nicht noch weitere Beweise durch die Kommission herbeigeschafft worden sind, um gegebenenfalls eine Anführerrolle von ADM

⁴⁴ Vgl. dazu auch Generalanwalt PAOLO MENGOZZI in den Schlussanträgen: „Im vorliegenden Fall stellte die Kommission fest, dass das Kartell Auswirkungen auf die Preise für Zitronensäure gehabt habe. Das Gericht wies die Rügen, die die Rechtsmittelführerin gegen diese Feststellung erhoben hatte, aus den in den Randnrn. 152 bis 168 und 180 bis 193 des angefochtenen Urteils dargelegten Gründen zurück, die in der Rechtsmittelschrift nicht beanstandet worden sind. Es ist somit davon auszugehen, dass diese Auswirkungen endgültig festgestellt sind. Selbst wenn man annehmen wollte, dass der hier relevante Produktmarkt noch andere Erzeugnisse als Zitronensäure umfasst, bleibt doch die Tatsache bestehen, dass das Kartell Auswirkungen zumindest auf ein Segment dieses hypothetischen weiteren Marktes hatte, nämlich eben das Segment der Zitronensäure. Dadurch, dass die Kommission diese Auswirkungen festgestellt hat, hat sie meines Erachtens ihre Verpflichtung erfüllt, den Nachweis für die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt zu erbringen. An diesem Punkt war es Sache der Rechtsmittelführerin, die Erheblichkeit dieser Auswirkungen zu widerlegen, indem sie z. B. behauptete und belegte, dass diese durch gegenteilige Wirkungen ausgeglichen worden seien, die das Kartell in anderen Segmenten dieses weiter gefassten Marktes entfaltet habe. Sie hat jedoch, wie das Gericht in Randnr. 201 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, nichts dafür vorgetragen, dass die Kommission bei Berücksichtigung auch der Substitute für Zitronensäure zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass das Kartell auf diesem weiter gefassten Markt keine oder jedenfalls nur zu vernachlässigende Auswirkungen gehabt hätte.“ (Schlussanträge des Generalanwalts PAOLO MENGOZZI vom 6. November 2008 in der Rechtssache C-511/06 P, Rz. 200 und 201).

⁴⁵ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 129.

⁴⁶ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 94 f. und 132 f.

aufzuzeigen. In Rz. 264 der streitigen Entscheidung fügte die Kommission hinzu, dass „die Abhaltung einer Runde bilateraler Treffen zwischen ADM und seinen Wettbewerbern kurz vor der ersten multilateralen Kartellbesprechung nicht ausreicht, um daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass ADM der Anstifter des Kartells gewesen ist, obwohl es stark darauf hindeutet“.⁴⁷ Anschliessend bezog sich die Kommission auf die genauen Angaben aus dem FBI-Bericht und der Erklärung von Cerestar, welche aber nicht verwertbar waren, da ADM das rechtliche Gehör verweigert wurde.

An dieser Stelle sei verdeutlicht, dass der EuGH die Busse sachgerecht um 35% herabsetzte, weil die Kommission das rechtliche Gehör grob verletzt hatte. Eine Hoffnung für die Kritiker der aktuellen Bussenpraxis stellt dieser Entscheid jedoch nicht dar, denn die Bussenreduktion erfolgte aufgrund eines klaren formalen Rechtsverstosses (ADM konnte sich nicht zu den Hauptbelastungsbeweisen bezüglich der Anführerschaft des Kartells äussern).

Der EuGH beleuchtete das stark kritisierte hohe Bussenmass der Kommission nicht. Noch viel mehr erstaunt aber, dass der EuG es nicht für angezeigt hielt, das Bussenmass herabzusetzen, auch nicht um 35%, wie es der EuGH schliesslich letztinstanzlich tat. Dies überrascht insofern, als es sich um eine offensichtliche Beschneidung der Verteidigungsrechte handelt, wenn sich das beschuldigte Unternehmen nicht zu massgeblichen Beweisen äussern kann.⁴⁸ In diesem Zusammenhang muss die Kritik von BECHTHOLD/WERNICKE⁴⁹ weiter Beachtung finden: „Schliesslich ist bislang nicht durchgehend zu erkennen, dass das Gericht die Begründungspflicht von Geldbussen im Einzelfall effektiv einfordert.“

Nach Art. 31 VO 1/2003 hat der EuG gegen Entscheidungen, mit denen die Kommission eine Geldbusse (oder ein Zwangsgeld) festgesetzt hat, die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung (Abs. 1). Der EuG kann die festgesetzte Geldbusse oder das festgesetzte Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen (Abs. 2).⁵⁰ Das EuG kann somit sein eigenes Ermessen an die Stelle der Kommission

⁴⁷ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 135 f.

⁴⁸ Vgl. statt vieler DANNEKER GERHARD/FISCHER-FRITSCH JUTTA, Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis, Carl Heymanns Verlag KG, München 1989, in: FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, E.V. Köln, S. 6, insbesondere S. 78 ff (zit. DANNEKER/FISCHER-FRITSCH): „Bei der Verfolgung und Ahnung von Wettbewerbsverstössen hat die Kommission (...) Verteidigungsrechte strafprozessualer Prägung zu beachten (legal privilege, rechtliches Gehör, Rechtsweggarantien usw.)“, S. 78.

⁴⁹ BECHTHOLD/WERNICKE (Fn. 1), S. 12.

⁵⁰ Art. 31 VO 1/2003 ermächtigt alleine den EuG eine Geldbusse neu festzusetzen. Die Rechtsmittel zum EuGH sind dagegen auf Rechtsfragen beschränkt (Art. 225 Abs. 1 EGV).

setzen.⁵¹ Der EuG machte jedoch von dieser grossen Eingriffsmöglichkeit im vorliegenden Fall erneut keinen Gebrauch. Auch in diesem Kartellfall gibt es somit weder vom EuG noch vom EuGH «Neues» in Sachen Appellation zur Reduktion der überhöhten Geldbussen in der EG.⁵²

2. *Zum Ermessen der Kommission*

Abschnitt B lit. b der Mitteilung der Kommission über die Zusammenarbeit lautet wie folgt:

„Gegenüber einem Unternehmen, das als erstes Angaben macht, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung sind, wird die Höhe der ohne diese Mitarbeit festzusetzenden Geldbusse um mindestens 75 % niedriger festgesetzt und kann auf die Festsetzung der Geldbuße ganz verzichtet werden.“⁵³

ADM trug zur Begründung ihrer Klage vor dem EuG vor, dass die Kommission Abschnitt B lit. b der Mitteilung über Zusammenarbeit fehlerhaft angewandt habe. Sie habe nämlich bei der Zusammenkunft vom 11. Dezember 1998 im Sinne dieser Bestimmung „als erstes [Unternehmen] Angaben [ge]macht, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung sind“, weil die Angaben, die Ce-
restar bei der Zusammenkunft am 29. Oktober 1998 geliefert habe, nicht „entscheidend“ im Sinne dieser Bestimmung gewesen seien.⁵⁴ Der EuGH schuf diesbezüglich Klarheit:⁵⁵

„Vorab ist hervorzuheben, wie dies der Generalanwalt in den Rz. 221 und 222 seiner Schlussanträge getan hat, dass es nach dem Wortlaut von Abschnitt B lit. b der Mitteilung über Zusammenarbeit nicht erforderlich ist, dass das „erste“ Unternehmen sämtliche Angaben gemacht

⁵¹ Vgl. dazu DANNECKER GERHARD/BIERMANN JÖRG, Art. 31 VerfVO 1/2003, Rn. 1 ff. in: IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck München 2007, Rz. 3 (zit. DANNECKER/BIERMANN, Art. 31 VerfVO 1/2003).

⁵² Vgl. zum Vergleich der Bussenhöhe Schweiz/EU BRUNNSCHWELLER STEFAN, Kartellrecht – Schweizer Unternehmen im Fokus der Wettbewerbsbehörde, Die Bedeutung des Schweizer Kartellrechts für Schweizer Unternehmen und wie sie sich im Hinblick auf Untersuchungen der Schweizer Wettbewerbskommission verhalten sollen, TREX, 2009, S. 47.

⁵³ Vgl. dazu Fn. 12.

⁵⁴ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 141.

⁵⁵ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 150.



hat, die alle Einzelheiten der Funktionsweise des Kartells belegen. Nach dieser Bestimmung genügt es für die Einstufung als erstes Unternehmen, dass das Unternehmen „Angaben“ macht, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung sind. Dieser Wortlaut verlangt auch nicht, dass die gemachten Angaben für sich genommen ausreichen, um eine Mitteilung der Beschwerdepunkte abfassen oder gar eine abschliessende Entscheidung über die Feststellung einer Zuwiderhandlung erlassen zu können. Die Angaben im Sinne des genannten Abschnitts B lit. b müssen zwar nicht unbedingt als solche für den Beweis des Bestehens des Kartells ausreichen, doch müssen sie hierfür von entscheidender Bedeutung sein. Es darf sich daher nicht nur um eine Orientierungshilfe für die von der Kommission durchzuführenden Untersuchungen handeln, sondern es müssen Angaben sein, die unmittelbar als Hauptbeweisgrundlage für eine Entscheidung herangezogen werden können, mit der die Zuwiderhandlung festgestellt wird.“

Dennoch verfügt die Kommission bei der Beurteilung der Frage, ob die Zusammenarbeit eines Unternehmens „von entscheidender Bedeutung“ war, um das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen und sie abzustellen, über einen gewissen Ermessensspielraum, so dass nur eine «offensichtliche Überschreitung dieses Spielraums» beanstandet werden kann.⁵⁶

Der EuGH räumte zwar ein, dass es sich bei einigen der in der Erklärung von Cerestar enthaltenen Informationen um ungefähre Angaben handelte und sie nicht durchweg Zahlenmaterial zu den in den Kartelltreffen ergangenen Beschlüssen enthielten, doch durfte die Kommission ohne offensichtlichen Beurteilungsfehler annehmen, dass diese Angaben für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung seien. Folglich wies der EuGH Rüge über die fehlerhafte Anwendung von Abschnitt B lit. b der Mitteilung über die Zusammenarbeit zurück.

Der EuG und der EuGH halten an ihrer «Politik» fest, der Kommission generell einen weiten Ermessensspielraum zu belassen.

⁵⁶ Vgl. dazu EuGH, C-511/06 P, vom 9. Juli 2009, Rz. 152.

3. *Der EuGH als Avantgarde?*

Der vorliegend zu besprechende Fall zeigt erneut, dass das EuG sowie der EuGH ihre gewohnte Politik fortsetzen, indem sie der Kommission einen weiten Ermessensspielraum zugestehen und mit Ausnahme von offensichtlichen Rechtsverstössen nicht auf die Kommission „Einfluss“ nehmen.⁵⁷ Ob man hier wohl kritisch von «interner Solidarität» sprechen darf? Das Gericht erster Instanz nimmt die unbeschränkte Entscheidungsbefugnis (auch Ermessen) in rechtstaatlich gebotener Weise unter Wahrung des «judicial self restraint»⁵⁸ war. Ostentativ stellen dazu DANNECKER/BIERMANN⁵⁹ klar, dass die Gerichte bisher auf eine eigenständige Sanktionspolitik verzichtet und rechtmässige Sanktionsentscheidungen anerkannt haben. Dabei hat der Gerichtshof die allgemeine Verschärfung der Geldbussexpraxis mitgetragen.⁶⁰ Somit fehlen bis heute (einschränkende) Leitplanken des EuG zur Bussenpraxis.⁶¹ Auf der positiven Seite lässt sich feststellen, dass der EuGH bei klaren Rechtsverstössen handelt und z.B. wie im vorliegend zu besprechenden Fall eine Bussenherabsetzung von 35% vornimmt.⁶²

⁵⁷ Vgl. dazu SOYEZ VOLKER, Die Bussgeldleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, S. 596 ff., 600: „Leider wird dieses wertvolle Grundkonzept der Leitlinien 2006 durch zahlreiche Unklarheiten und Unstimmigkeiten sowie durch das «schiefer unbeschränkter Ermessen» der Kommission weitgehend entwertet. Im Rahmen einer öffentlichen Konsultation hätten sicherlich einige der Probleme korrigiert und Bedenken ausgeräumt werden können. Aber leider hatte die Kommission davon abgesehen, die Öffentlichkeit rechtzeitig über die Novellierung ihrer Bußgeldleitlinien zu informieren, geschweige denn die öffentliche Meinung zu hören. So viel zum Thema Transparenz.“

⁵⁸ Vgl. dazu DANNECKER/BIERMANN, Art. 31 VerfVO 1/2003 (Fn 51), Rz. 13.

⁵⁹ DANNECKER/BIERMANN, Art. 31 VerfVO 1/2003 (Fn 51), Rz. 13.

⁶⁰ Vgl. dazu T-48/98, «Acerinox», Rz. 77 ff.: Somit kann der gegen die Klägerin festgesetzte Betrag der Geldbusse nicht als unangemessen angesehen werden, da der Ausgangsbetrag für deren Bemessung, der nach der Schwere der Zuwiderhandlung bestimmt worden ist, unter Berücksichtigung der Kriterien, die die Kommission für die Beurteilung der Art und des Gegenstands der Zuwiderhandlung, deren Einfluss auf den Markt sowie die Grösse der beteiligten Unternehmen in den Leitlinien aufgestellt hat, gerechtfertigt ist (Rz. 91).

⁶¹ Vgl. dazu auch unten II.

⁶² Vgl. dazu VON ALEMANN FLORIAN, Die Abänderung von Bussgeldentscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte in Kartellsachen, EuZW 2006, S. 487 ff., 491: „Auch wenn die Rechtsprechung in vielen Fällen nachvollziehbare Änderungen vornimmt, bleibt eine rechtliche Unsicherheit bestehen, die vor allem durch die Möglichkeit eigener Ermessensausübung ausgelöst wird. In vielen Fällen ist die Neufestsetzung der Bußgelder ebenso unklar wie die ursprüngliche Entscheidung der Kommission. Das Problem wird auch nicht dadurch gelöst, dass die Gemeinschaftsgerichte sich an der Methode der Kommission orientieren. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit wird dadurch nur weiter transportiert. Abhilfe könnte eine radikale Neuorientierung in der Ausübung der Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung schaffen, die sich im Wesentlichen wieder an dem Endbetrag des Bußgeldes orientiert. Dieser Betrag könnte dann gemäß verschiedener nach Fallgruppen festgelegter Kriterien reduziert werden.“



Ein wettbewerbspolitisches Ermessen der Kommission ist in einem gewissen Umfang unabdingbar; im Interesse der notwendigen Durchsetzungskraft einer politisch gewünschten Wettbewerbskontrolle den Rechtsschutz zurückzunehmen, ist jedoch fehlverstandene richterliche Zurückhaltung.

4. *Vorbilder im römischen Recht?*

Mit der Sanktionierung in Form von hohen Bussgeldern und der passiven Haltung des EuG sowie des EuGH bezüglich des Ermessen der Kommission rückt, wie oben erwähnt, die Aufgabe der gerichtlichen Kontrolle stärker in das Zentrum des Interesses. Dieser Beitrag befasst sich – soweit ersichtlich erstmals – mit der dogmatischen Spurensuche im römischen Recht.

Für die Spurensuche im römischen Recht muss der Blick ins römische Staatsrecht gleiten, denn der Prätor hatte gegenüber dem Ädilen im römischen Privatrecht⁶³ keine Eingriffsmöglichkeit.⁶⁴ Im römischen Staatsrecht hingegen gab es die sog. «magistratische Coercition».⁶⁵ „Das Recht und die Pflicht des Beamten gegen die Ordnung der Gemeinde verletzenden Bürger einzuschreiten bezeichnen die Römer als *iuris dictio* oder *iudicatio*, wobei zusammengefasst wird sowohl das sittliche Unrecht, das *delictum*, wie die Verletzung der vermögensrechtlichen Gemeindeordnungen.“⁶⁶ Schreitet der Beamte von sich aus ein (von Amtswegen), so spricht man von *Judication*.⁶⁷ Das Amtsverfahren bedeutet das Einschreiten des Staates gegen ein sittlich-politisches Unrecht.⁶⁸ Die *Coercition* will zunächst den Willen des *Contravenienten* unter das Gesetz beugen und ihn direkt oder indirekt nötigen von seinem Widerstand gegen dasselbe abzusehen.⁶⁹

⁶³ Für das Privat- wie auch Öffentliche Recht gilt das Verbot des Rechtsmissbrauchs, vgl. dazu KASER MAX, *Das römische Privatrecht*, zweiter Abschnitt, *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 1975, S. 63: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs, also einer Rechtsausübung, die dem Berechtigten nicht nützt, aber einen anderen schädigt (...).

⁶⁴ Vgl. dazu RAINER, MICHAEL J., *Römisches Staatsrecht, Republik und Prinzipat*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2006, S. 73 ff. (Prätoren) und 93 ff. (Ädilien), (zit. RAINER).

⁶⁵ Vgl. dazu grundlegend MOMMSEN THEODOR, *Römisches Staatsrecht*, Erster Band, Benno Schwabe & Co. Basel/Stuttgart 1963, S. 136 (zit. MOMMSEN); siehe auch Rainer (Fn. 64), S. 100 ff.

⁶⁶ Mommsen (Fn. 65), S. 136.

⁶⁷ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 137.

⁶⁸ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 137.

⁶⁹ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 137 Rz. 134; vgl. ferner zum Interzessionsrecht der Tribune, BEHNE FRANK, *Heinrich Siber und das Römische Staatsrecht von Theodor Mommsen*, in: *Beiträge zur Altertumswissenschaft*, Bd. 12, Olms-Weidmann, Hildesheim/Zürich/New York 1999, S. 40.

Die Coercition ist ein wesentlicher Teil der Beamten Gewalt,⁷⁰ welche allen Beamten mit consularischem oder höheren Befehlsrecht zustand.⁷¹ Der höhere Beamte hatte im Verhältnis zum niederen Beamten ein Weisungsrecht bei Ungehorsam.⁷² Ungehorsam (wie z.B. ein Nichterscheinen, Nichthandeln oder ein beleidigendes Verhalten) gegenüber höhergestellten Beamten führten zu Ordnungsstrafen.⁷³ Somit kann für das römische Recht festgehalten werden, dass ein «nicht angebrachtes Verhalten»⁷⁴ eines unterstellten Beamten mit Busse belegt wurde.

Zum Verhalten der Kommission: Die einschlägige Rechtsgrundlage für Bussen stellt die Verordnung (EG) Nr. 1/2003⁷⁵ (nachfolgend VO 1/2003) dar, welche die alte sog. «Kartellverordnung»⁷⁶ ablöste und das Verfahren der Kommission bei der Anwendung von Art. 81 und 82 EGV regelt.⁷⁷ Die VO 1/2003 setzt die Bussenobergrenze auf 10% des Gesamtumsatzes im vergangenen Jahr fest.⁷⁸ Ferner hat die Kommission im September 2006 das Inkrafttreten von neuen Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 veröffentlicht (nachfolgend Leitlinien).⁷⁹ Die Leitlinien sollen der Transparenz und Objektivität bei der Bussgeldbemessung im europäischen Kartellrecht dienen.⁸⁰ Dieser Appell ist jedoch eher kritisch zu beurteilen, wie das nachfolgende Beispiel zeigt: Nach Ziff. 30 der Leitlinien wird die Kommission besonders darauf achten, dass die Geldbussen eine ausreichend abschreckende Wirkung entfalten; zu diesem Zweck kann sie die Geldbusse gegen Unternehmen erhöhen, die besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen, die nicht mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt haben. In concreto müssen also wirtschaftlich besonders leistungsfähige Unternehmen eine Bussenerhöhung al-

⁷⁰ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 141 Rz. 136.

⁷¹ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 141 f. Rz. 136 f.

⁷² Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 139 Rz. 135.

⁷³ Vgl. dazu MOMMSEN (Fn. 65), S. 140 Rz. 135.

⁷⁴ Vgl. dazu die Beispiele bei MOMMSEN (Fn. 65), S. 140 Rz. 135.: Sitzenbleiben, Nichterscheinen, Stimmverweigerung oder beleidigende Äusserungen.

⁷⁵ ABl. 2001 L001/1 «Verfahrensverordnung».

⁷⁶ Vgl. dazu Fn. 3.

⁷⁷ Vgl. dazu ENCHELMAIER STEFAN, Europäisches Wirtschaftsrecht, Studienreihe Rechtswissenschaften, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2005, S. 270 ff., Rz. 230 ff..

⁷⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 VO 1/2003.

⁷⁹ Vgl. dazu ABl. 2006 C210/2 «VO 1/2003» (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003); vgl. dazu auch DANNECKER GERHARD/BIERMANN JÖRG, VO 1/2003, Rz. 190 ff. in: IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck München 2007, Rz. 221 ff. (zit. DANNECKER/BIERMANN, Art. 23 VO 1/2003).

⁸⁰ Vgl. dazu DANNECKER/BIERMANN, Art. 23 VO 1/2003 (Fn. 79), Rz. 192.



leine wegen ihrer Unternehmensgrösse befürchten. Ob diese Bestimmung eine ausreichende gesetzliche Grundlage in Art. 23 VO 1/2003 findet, welche für die Festsetzung der Busse einzig die Schwere der Zuwiderhandlung und deren Dauer als Kriterien anfügt, erscheint fraglich.

Stellt die hohe Bussenpraxis der Kommission ein «nicht angebrachtes Verhalten» wie im alten Rom dar? Immerhin lässt sich dazu bemerken, dass eine Abschreckungswirkung nur durch hohe Bussgelder erreicht werden kann. Dieses Vorgehen müsste aber zu einer präziseren Rechtsgrundlage oder einem Einschreiten der Gerichte durch klare Leitpfosten führen.

II. Ausblick

Die Bussgeldpraxis der Europäischen Kommission in Kartellverfahren wird seit Jahren kontrovers diskutiert (z.B. hohe Abschreckungswirkung versus Bestimmtheitsgebot).⁸¹ Seit der Veröffentlichung der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen im Jahr 1998 sind die verhängten Beträge teilweise spektakulär gestiegen. Diese Praxis hat auch durch die jüngste Neufassung der Leitlinien durch die Kommission nicht geändert. Somit rückt die gerichtliche Kontrolle der Kommissionsentscheidungen stärker in den Lichtkegel der Aufmerksamkeit. Die «Politik» der Luxemburger Gerichte, nicht in das Ermessen der Kommission einzugreifen, wird auch mit dem hier zu besprechenden Fall demonstriert. Meines Erachtens könnten die Europäischen Gerichte vermehrt auf die Kommission einwirken. Der hier zu besprechende Zitronensäurekartellfall gibt zum Aufhorchen Anlass, wenn der EuG eine Bussenerhöhung von 35% des Grundbetrages zulässt, obwohl sich die angeschuldigte Partei nicht zu den massgeblichen Beweisen bezüglich der Bussenerhöhung rechtfertigen konnte. Konkret geht es dabei nämlich um das Prinzip der Glaubwürdigkeit der Rechtsprechung.⁸² Unpräzise, bzw. nicht klar nachvollziehbare Urteile stellen einen Grund für Rechtsunsicherheit dar. Es darf nicht sein, dass prozessieren in Luxemburg einem «Segeln im Nebel» gleichkommt.

⁸¹ Vgl. dazu statt vieler SOLTÉSZ ULRICH / STEINLE CHRISTIAN / BIELESZ HOLGER, Rekordbussen versus Bestimmtheitsgebot, Die Kartellverordnung auf dem Prüfstein höherrangigem Gemeinschaftsrechts, EuZW 2003, S. 202 ff., 210: „Die von der Kommission an den Tag gelegte Leichtigkeit bei der Festsetzung der Geldbusse nährt den dringenden Verdacht, dass die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen lediglich den Zweck verfolgen, den auf Grund der Unbestimmtheit der Bussgeldregelung zu weit geratenen Ermessensspielraum der Kommission zu bemänteln, anstatt ihn zu beschränken.“

⁸² Vgl. dazu RÜTHERS BERND, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? – Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, S. 446 ff.



Europa baut auf einer grossen Dichtigkeit der Rechtserfahrung⁸³ – zumindest was die nationalen Gerichte angeht. Präzision in der Jurisprudenz muss weiterhin auf hohem Niveau beibehalten werden.⁸⁴ Liesst man jedoch die Urteile von Microsoft⁸⁵, so erhält man den Eindruck, dass diese mehrheitlich mit einem Copy and Paste-Verfahren zusammengesetzt worden sind.⁸⁶ Diese negative Tendenz darf nicht weiterverfolgt werden.

⁸³ Viele Rechtsfragen sind grösstenteils durch Gesetz oder Rechtsprechung geklärt.

⁸⁴ Vgl. dazu BECHTHOLD/WERNICKE (Fn. 1), S. 12: Die Autoren heben hervor, dass die spezifische Begründung für die Bussenhöhe im Verborgenen bleibt.

⁸⁵ Vgl. dazu Microsoft versus Kommission in: T-167/08, T-271/06, T-313/05 und T-201/04.

⁸⁶ Vgl. dazu BECHTHOLD/WERNICKE (Fn. 1), S. 12: „Schliesslich ist bislang nicht durchgehend zu erkennen, dass das Gericht die Begründungspflicht von Geldbussen im Einzelfall effektiv einfordert: Die Wahrung der Verteidigungsrechte erfordert es, dem betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zu den für die Bemessung der Geldbussen bedeutenden Tatsachen und Umständen Stellung zu nehmen.“