Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
EVGENI TANCHEV
vom 2. Mai 2019[1]

Rechtssache C-39/18 P

Europäische Kommission
gegen
NEX International Limited (vormals Icap plc,
Icap Management Services Ltd und

Icap New Zealand Ltd)

„Rechtsmittel – Wettbewerb – Kartelle – Sektor der Yen-Zinsderivate – Geldbußen – Begründungspflicht“

1. Mit dem vorliegenden Rechtsmittel beantragt die Europäische Kommission, das Urteil des Gerichts Icap u. a./Kommission[2] aufzuheben, soweit mit ihm die Geldbußen in Art. 2 des Beschlusses im Yen-Zinsderivate-Kartell für nichtig erklärt wurden (mit dem die Kommission beispiellose Geldbußen in Höhe von 15 Mio. Euro gegen die Icap plc, die Icap Management Services Ltd und die Icap New Zealand Ltd wegen Unterstützung von Kartellverstößen verhängt hatte)[3]. Das Gericht stellte fest, dass die Kommission in ihrer Entscheidung die zur Festsetzung der Geldbußen angewandte Methodik nicht hinreichend begründet hatte und erklärte daher den Teil der Entscheidung über die Festsetzung der Geldbußen für nichtig. Dabei halte ich fest, dass es sich bei der Methodik der Kommission nicht um eine einfache Festlegung eines Pauschalbetrags handelt, sondern um eine komplexe fünfstufige Prüfung zur Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen.

2. In dem vorliegenden Rechtsmittel macht die Kommission geltend, dass das Gericht die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Begründungspflicht bei der Verhängung von Geldbußen fehlerhaft angewendet habe[4].

3. Wie ich weiter unten erläutern werde, bin ich der Auffassung, dass das vorliegende Rechtsmittel durch das kürzlich ergangene Urteil des Gerichtshofs vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) (im Folgenden: Urteil UPS), insofern weitgehend gelöst worden ist, als der Gerichtshof in diesem Urteil den Ansatz des Gerichts in dem angefochtenen Urteil bestätigt.

1 Originalsprache: Englisch.

2 Urteil vom 10. November 2017, Icap u. a./Kommission (T-180/15, EU:T:2017:795).

3 Beschluss C(2015) 432 final vom 4. Februar 2015 in einem Verfahren nach Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens (Sache AT.39861 – Yen-Zinsderivate) (im Folgenden: streitiger Beschluss).

4 Insbesondere Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 66 bis 68).

I. Vorgeschichte des Rechtsstreits und des streitigen Beschlusses

4. Aus den Rn. 1 bis 21 des angefochtenen Urteils ergibt sich, dass die NEX International Limited (vormals Icap plc, Icap Management Services Ltd und Icap New Zealand Ltd) (im Folgenden: NEX) Teil eines Vermittlungsdienstleistungen über Sprachnetze und elektronische Netze anbietenden Unternehmens ist, das auch nachbörsliche Dienstleistungen erbringt.

5. Mit dem streitigen Beschluss stellte die Kommission fest, dass NEX an sechs Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens betreffend die Manipulation der Interbanken-Referenzsätze London Interbank Offered Rate (LIBOR, in London praktizierter Interbankenzinssatz) und Tokyo Interbank Offered Rate (TIBOR, in Tokyo praktizierter Interbankenzinssatz) auf dem Markt für Zinsderivate in japanischen Yen mitgewirkt hatte. Diese Verstöße waren zuvor durch den Beschluss C(2013) 8602 final der Kommission vom 4. Dezember 2013 in einem Verfahren nach Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens (Sache AT.39861 – Yen-Zinsderivate) festgestellt worden (im Folgenden: Beschluss von 2013), in dem eine Geldbuße in Höhe von fast 670 Mio. Euro verhängt worden ist.

6. Am 29. Oktober 2013 leitete die Kommission gegen NEX ein Verfahren wegen einer Zuwiderhandlung ein.

7. Am 12. November 2013 informierte NEX die Kommission über ihre Absicht, sich nicht für ein Vergleichsverfahren zu entscheiden.

8. Am 4. Februar 2015 erließ die Kommission den streitigen Beschluss, in dem sie NEX sechs Geldbußen von insgesamt 14 960 000 Euro auferlegte, weil sie sechs Zuwiderhandlungen „unterstützt“ habe, nämlich:

– die „Zuwiderhandlung UBS/RBS 2007“ vom 14. August bis zum 1. November 2007,

– die „Zuwiderhandlung UBS/RBS 2008“ vom 28. August bis zum 3. November 2008,

– die „Zuwiderhandlung UBS/DB“ vom 22. Mai bis zum 10. August 2009,

– die „Zuwiderhandlung Citi/RBS“ vom 3. März bis zum 22. Juni 2010,

– die „Zuwiderhandlung Citi/DB“ vom 7. April bis zum 7. Juni 2010,

– die „Zuwiderhandlung Citi/UBS“ vom 28. April bis zum 2. Juni 2010.

9. Die Rn. 18 bis 21 des angefochtenen Urteils lauten wie folgt:

„18 Die Kommission wies vorab darauf hin, dass der Grundbetrag der Geldbuße nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2006, C 210, S. 2, im Folgenden: Leitlinien von 2006) unter Berücksichtigung des Kontexts der Zuwiderhandlung sowie insbesondere der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung festzusetzen sei und dass die Rolle, die jeder Beteiligte spiele, individuell zu beurteilen sei, wobei etwaige erschwerende oder mildernde Umstände zu berücksichtigen seien (284. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).

19 Die Kommission legte dar, dass die Leitlinien von 2006 nur wenige Hinweise zur Methode der Berechnung der Geldbuße für die Kartellgehilfen enthielten. Da [NEX] ein auf dem Markt für Vermittlungsleistungen und nicht ein auf dem Markt für Zinsderivate tätiger Wirtschaftsteilnehmer sei, habe sie nicht die Vermittlungsgebühren durch die Preise der Yen-Zinsderivate austauschen können, um die Umsätze zu ermitteln und die Höhe der Geldbuße

festzusetzen, da ein solcher Austausch die Schwere und die Natur der Zuwiderhandlung nicht widerspiegeln würde. Sie schloss daraus im Wesentlichen, dass Ziff. 37 der Leitlinien von 2006 anzuwenden sei, die ein Abweichen von diesen Leitlinien bei der Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße gestatte (287. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).

20 In Anbetracht der Schwere der in Rede stehenden Verhaltensweisen und der Dauer der Beteiligung von [NEX] an jeder der sechs fraglichen Zuwiderhandlungen setzte die Kommission für jede von ihnen einen Grundbetrag der Geldbuße fest, nämlich 1 040 000 Euro für die Zuwiderhandlung UBS/RBS 2007, 1 950 000 Euro für die Zuwiderhandlung UBS/RBS 2008, 8 170 000 Euro für die Zuwiderhandlung UBS/DB, 1 930 000 Euro für die Zuwiderhandlung Citi/RBS, 1 150 000 Euro für die Zuwiderhandlung Citi/DB und 720 000 Euro für die Zuwiderhandlung Citi/UBS (296. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).

21 Zur Festsetzung des Endbetrags der Geldbuße stellte die Kommission keinen erschwerenden oder mildernden Umstand fest und wies darauf hin, dass die Obergrenze von 10 % des Jahresumsatzes nicht überschritten worden sei (299. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses). Art. 2 des Tenors des [streitigen] Beschlusses verhängt daher gegen die Klägerinnen Geldbußen, deren Endbetrag demjenigen ihres Grundbetrags entspricht."

II. Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

10. Mit Klageschrift, die am 14. April 2015 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob NEX Klage auf Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses und, hilfsweise, auf Herabsetzung der verhängten Geldbußen.

11. NEX stützte ihren Antrag auf Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses auf sechs Klagegründe. Die ersten vier Klagegründe bezogen sich auf die Rechtmäßigkeit von dessen Art. 1 hinsichtlich des Vorliegens der Zuwiderhandlungen. Der fünfte und der sechste Klagegrund bezogen sich auf die Rechtmäßigkeit von Art. 2 des Beschlusses betreffend die von der Kommission für jede dieser Zuwiderhandlungen verhängten Geldbußen.

12. Das angefochtene Urteil erklärte Art. 1 des streitigen Beschlusses teilweise und dessen Art. 2 insgesamt für nichtig.

13. In Rn. 91 des angefochtenen Urteils wies das Gericht den ersten Klagegrund – Fehler bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs „bezweckte" Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV – zurück.

14. In den Rn. 133 bis 144 des angefochtenen Urteils entschied das Gericht, dass der Nachweis für die Beteiligung von NEX an der Zuwiderhandlung UBS/RBS 2008 unzureichend gewesen sei. In Rn. 145 dieses Urteils gab das Gericht dem zweiten Klagegrund teilweise statt, soweit der Grundsatz der „Unterstützung" fehlerhaft angewendet worden sei und erklärte Art. 1 Buchst. b des streitigen Beschlusses für nichtig.

15. In Bezug auf den dritten Klagegrund, wonach die Dauer der Zuwiderhandlung unrichtig sei, entschied das Gericht in Rn. 252 des angefochtenen Urteils, dass der Beweis, auf den sich die Kommission zur Feststellung der Dauer der Beteiligung von NEX an vier der fünf verbleibenden Zuwiderhandlungen stützte, unzureichend gewesen sei, und erklärte den Klagegrund für teilweise stichhaltig. Daher erklärte es Art. 1 Buchst. a, d, e und f des streitigen Beschlusses für nichtig.

16. Was den vierten Klagegrund anbelangt, so hat das Gericht in Rn. 269 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass „die Kommission in Bezug auf [NEX] anlässlich des Erlasses des Beschlusses von 2013 gegen die Unschuldsvermutung verstoßen hat. In Anbetracht des unterschiedlichen und eigenständigen Charakters der Verfahren, in denen die zwei Beschlüsse ergingen, ist zwar festzustellen, dass dieser Verstoß gegen die Unschuldsvermutung anlässlich des Erlasses des Beschlusses von 2013 keine unmittelbare Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit des [streitigen] Beschlusses haben kann.“ In Rn. 280 des angefochtenen Urteils kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass der vierte Klagegrund zurückzuweisen sei.

17. In den Rn. 286 bis 299 des angefochtenen Urteils erklärte das Gericht, dass der fünfte Klagegrund (betreffend die Festsetzung der Höhe der Geldbußen) begründet sei. Die Rn. 292 bis 299 dieses Urteils lauten:

„292 Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass die Gründe, aus denen die Kommission beschloss, nach Ziff. 37 der Leitlinien von 2006 von der in diesen Leitlinien angeführten Methodik abzuweichen, aus dem 287. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses abgeleitet werden können. Sie ergeben sich aus dem Umstand, dass [NEX] auf dem Yen-Zinsderivatemarkt nicht tätig war, so dass die Berücksichtigung der Umsätze, nämlich der erhaltenen Vermittlungsgebühren, die Schwere und die Art der in Rede stehenden Zuwiderhandlungen nicht widerspiegeln würde.

293 Sodann ist jedoch festzustellen, dass der 287. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses keine Hinweise zu der von der Kommission bevorzugten anderen Methode enthält, sondern sich mit der allgemeinen Versicherung begnügt, dass die Grundbeträge die Schwere, die Dauer und die Art der Beteiligung von [NEX] an den in Rede stehenden Zuwiderhandlungen sowie die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung der Geldbußen widerspiegelten.

294 So formuliert erlaubt der 287. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses weder den Klägerinnen, die Stichhaltigkeit der von der Kommission bevorzugten Methodik nachzuvollziehen, noch dem Gericht, sie zu überprüfen. Dieser Begründungsmangel findet sich auch in den Erwägungsgründen 290 bis 296 dieses Beschlusses wieder, die, unter Verstoß gegen die oben in Rn. 291 angeführte Rechtsprechung, nicht das Mindestmaß an Informationen enthalten, das es erlaubt hätte, die Erheblichkeit und die Gewichtung der von der Kommission bei der Bestimmung des Grundbetrags der Geldbußen berücksichtigten Umstände nachzuvollziehen und zu überprüfen.

295 Aus den Schriftsätzen der Parteien geht hervor, dass die Frage der Methodik, die die Kommission für die Berechnung des Betrags der Geldbußen zu verwenden beabsichtigte, angeblich während eines Gesprächs mit den Vertretern der Klägerinnen im Verwaltungsverfahren erörtert worden ist. Nach der oben in Rn. 288 angeführten Rechtsprechung ist zwar die Begründung eines angefochtenen Rechtsakts unter Berücksichtigung seines Kontexts zu prüfen, jedoch kann der Inhalt solcher informellen Erkundungsgespräche die Kommission nicht ihrer Verpflichtung entheben, im [streitigen] Beschluss die Methodik darzulegen, die sie angewandt hat, um die Beträge der verhängten Geldbußen festzusetzen.

296 In Rn. 176 der Klagebeantwortung weist die Kommission auf das Bestehen eines fünfstufigen Tests für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen hin. Nach der oben in Rn. 290 angeführten Rechtsprechung kann eine solche im Stadium des Verfahrens vor dem Gericht gegebene Erläuterung bei der Beurteilung, ob die Kommission ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist, jedoch keine Berücksichtigung finden.

297 Nach alledem ist festzustellen, dass der [streitige] Beschluss hinsichtlich der Festsetzung der gegen [NEX] verhängten Geldbußen für die in Rede stehenden Zuwiderhandlungen mit einem Begründungsmangel behaftet ist.

298 Dem fünften Klagegrund ist folglich stattzugeben, und Art. 2 des [streitigen] Beschlusses ist zur Gänze für nichtig zu erklären, ohne dass die anderen Rügen dieses Klagegrundes und die des sechsten Klagegrundes, der ausschließlich die Rechtmäßigkeit dieses Artikels betrifft, geprüft zu werden brauchen.

299 Da Art. 2 des [streitigen] Beschlusses zur Gänze für nichtig erklärt wird, ist es außerdem nicht erforderlich, die von den Klägerinnen hilfsweise gestellten Abänderungsanträge zu prüfen."

III. Zum Rechtsmittel

A. Zusammenfassung des Vorbringens der Parteien

18. Die Kommission macht geltend, dass die Begründung des Gerichts in Bezug auf den fünften Klagegrund mit schwerwiegenden Rechtsfehlern behaftet sei, die, wenn sie akzeptiert würden, für die Fähigkeit der Kommission, angemessene Geldbußen festzusetzen, um eine ausreichend abschreckende Wirkung zu erreichen, sehr nachteilig wären.

19. Erstens wirft die Kommission dem Gericht vor, die anwendbaren Grundsätze der einschlägigen Rechtsprechung nicht erwähnt zu haben. Es habe nicht das Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 66 bis 68), erwähnt, obwohl es das maßgebliche Urteil für die Begründungspflicht bei der Verhängung einer Geldbuße gegen einen Kartellgehilfen sei.

20. Auch das Urteil vom 28. Januar 2016, Quimitécnica.com und de Mello/Kommission (C-415/14 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:58, Rn. 53), habe es nicht in Bezug genommen. Aus diesem Urteil ergebe sich, dass die Begründung für einen Rechtsakt der Kommission im Hinblick auf den Kontext dieses Rechtsakts zu beurteilen ist, einschließlich des Austauschs vor und nach der Annahme des betreffenden Rechtsakts. Im vorliegenden Fall habe die Kommission an NEX bestimmte Informationen zur Berechnung der Geldbußen während und nach dem Verwaltungsverfahren bekannt gegeben.

21. Zweitens macht die Kommission geltend, dass in dem angefochtenen Urteil (Rn. 287 bis 291) zwar auf einen Teil der Rechtsprechung zur Begründung von Geldbußen verwiesen werde, jedoch werde die Rechtsprechung nicht richtig ausgelegt oder angewandt.

22. Im 287. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses stellt die Kommission ausdrücklich fest, dass die Grundbeträge der NEX auferlegten Geldbußen die Schwere, die Dauer und die Art der Beteiligung von NEX an den in Rede stehenden Zuwiderhandlungen sowie die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung der Geldbußen widerspiegelten. Diese Elemente seien für die Begründung des Beschlusses der Kommission ausreichend [5], so dass die Mitteilung der arithmetischen Formeln nicht erforderlich gewesen sei.

23. Obwohl das Gericht die Rechtsprechung angeführt habe, wonach die Kommission nicht verpflichtet sei, eingehendere Ausführungen oder Zahlenangaben zur Methode für die Berechnung der Geldbußen zu machen, habe es in Rn. 291 des angefochtenen Urteils entschieden, dass die Kommission im vorliegenden Fall keine näheren Angaben zur angewandten Methode gemacht habe. Diese Argumentation sei widersprüchlich.

5 Die Kommission stützt sich dabei auf die Urteile vom 16. November 2000, Sarrió/Kommission (C-291/98 P, EU:C:2000:631, Rn. 78), vom 2. Oktober 2003, Aristrain/Kommission (C-196/99 P, EU:C:2003:529, Rn. 56), und vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 68).

24. Die in Rn. 291 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtssache Chalkor, wonach die Kommission die Gewichtung und Bewertung der Faktoren erläutern müsse, die für den Grundbetrag berücksichtigt würden, könne nicht so ausgelegt werden, dass die Kommission verpflichtet sei, die Zahlen im Zusammenhang mit der Methode zur Berechnung der Geldbußen anzugeben und ihre internen Berechnungen im Einzelnen darzulegen. Genau dies fordere das Gericht jedoch und habe damit einen Rechtsfehler begangen.

25. Nach Auffassung der Kommission ist die Ähnlichkeit des streitigen Beschlusses mit der Entscheidung zu Wärmestabilisatoren (Erwägungsgründe 747 bis 750) besonders offensichtlich[6]. Diese Entscheidung führte zum Urteil AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717), in dem der Gerichtshof die Begründung für ausreichend gehalten habe.

26. Was die Rn. 295 und 296 des angefochtenen Urteils anbelange, so reichten die vom Gericht angeführten Gründe nicht aus, um die Feststellung einer unzureichenden Begründung der Geldbußen zu stützen. Das Gericht führt in diesen Randnummern aus, dass die Frage der Methodik für die Berechnung der Geldbußen angeblich während des Verwaltungsverfahrens und während des Verfahrens vor dem Gericht mit NEX erörtert worden sei (insbesondere hatte die Kommission in ihrer Klagebeantwortung auf das Bestehen eines fünfstufigen Tests für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen hingewiesen). Das Gericht habe zu Unrecht entschieden, dass diese Faktoren nicht geeignet seien, die unzureichende Begründung zu heilen. Eine solche Bewertung stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung[7].

27. Der Grund, weshalb die Kommission über ihre Begründungspflicht hinausgegangen sei und bestimmte Elemente der Berechnung der Geldbuße gegenüber NEX offengelegt habe (Rn. 176 der Klagebeantwortung), liege darin, dass NEX der Auffassung gewesen sei, gegenüber dem Unternehmen R. P. Martin, das Adressat des Beschlusses von 2013 in demselben Fall der Yen-Zinsderivate gewesen sei und das die Kommission auch als Unterstützer bestimmter von diesem Fall erfasster Kartelle angesehen hatte, ungleich behandelt worden zu sein.

28. In ihrer Erwiderung erläutere die Kommission die Methode zur Berechnung der Geldbußen. Als Ausgangspunkt würden für alle relevanten Unternehmen bei der Beurteilung der Schwere der Verstöße dieselben Faktoren herangezogen. Es habe jedoch objektive Unterschiede zwischen R. P. Martin und NEX gegeben, die sich in den gegen die Kartellgehilfen verhängten Geldbußen hätten niederschlagen müssen. R. P. Martin habe eine Ermäßigung von 25 % im Rahmen der Kronzeugenregelung erhalten, während NEX keine Kronzeugenregelung beantragt habe; R. P. Martin habe einen Vergleichsrabatt von 10 % erhalten; der weltweite Umsatz von R. P. Martin habe sich 2012 auf 82 Mio. Euro belaufen gegenüber 1 656 Mio. Euro (weltweiter Umsatz von NEX 2013); die Beteiligung von R. P. Martin an der Zuwiderhandlung habe etwa einen Monat gedauert, während die Beteiligung von NEX mehr als zwei Monate gedauert habe.

29. Für den Fall, dass der Gerichtshof beschließen sollte, über die Geldbußen zu entscheiden, schlägt die Kommission die Anwendung einer einfachen Methode zur Berücksichtigung der teilweisen Nichtigerklärungen in dem angefochtenen Urteil dahin vor, die ursprünglich gegen NEX verhängten Geldbußen anteilig zu kürzen. Dies könnte z. B. umgesetzt werden, indem die Angabe der neuen Dauer der einzelnen Zuwiderhandlungen in Tagen durch die ursprüngliche Dauer in Tagen geteilt werde.

6 Entscheidung der Kommission K(2009) 8682 final vom 11. November 2009 in einem Verfahren nach Artikel 81 [EG] und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/38.589 – Wärmestabilisatoren).

7 Urteil vom 28. Januar 2016, Quimitécnica.com und de Mello/Kommission (C-415/14 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:58, Rn. 53).

30. NEX verteidigt das angefochtene Urteil und macht geltend, dass das Rechtsmittel eine grundlegende Frage aufwerfe: Kann sich die Kommission auf spezifische und komplexe Methoden und Faktoren stützen, während sie gleichzeitig angibt, dass solche Methoden oder Faktoren nicht existierten und dass stattdessen ein einfacher Pauschalbetrag verwendet wurde? Der Zweck der Begründungspflicht bestehe darin, dass die Kommission ihre Entscheidung erläutere und eine gerichtliche Überprüfung ihres Ansatzes ermögliche.

31. Erstens macht NEX geltend, dass entgegen dem Vorbringen der Kommission offensichtlich sei, dass die Erläuterungen im Urteil AC-Treuhand/Kommission umfassender und fallspezifischer gewesen seien als die allgemeinen und weit gefassten Erläuterungen in dem streitigen Beschluss. Einfach ausgedrückt können die Erläuterungen in dem streitigen Beschluss so wie sie seien in praktisch jeder Bußgeldentscheidung, an der ein Kartellgehilfe beteiligt sei, verwendet werden, während diejenigen in der Entscheidung über Wärmestabilisatoren angepasst werden müssten, um den Besonderheiten der verschiedenen Fälle Rechnung zu tragen. Zweitens unterschieden sich die zugrunde liegenden Tatsachen im Fall von NEX von denen im Urteil AC Treuhand/Kommission. In jenem Urteil gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kommission eine spezifische und detaillierte Methodik verwendet habe, um die pauschale Geldbuße in Höhe von 348 000 Euro zu bestimmen, und folglich, dass sie etwas anderes getan habe, als in der Begründung angegeben. Folglich gebe es keine nachgewiesene Diskrepanz zwischen dem, was die Kommission getan habe, und dem, was sie angebe, getan zu haben.

32. Demgegenüber habe die Kommission in der Rechtssache NEX während des Verfahrens vor dem Gericht ausdrücklich eingeräumt, dass sie die Höhe der Geldbußen unter Verwendung einer detaillierten Methodik festgesetzt und dabei bestimmte Faktoren berücksichtigt, aber NEX keine weiteren Details mitgeteilt habe, als diese noch in der Lage gewesen sei, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen. Die Kommission habe sich vermutlich auf eine Reihe von Faktoren gestützt, die sie dann nicht angegeben habe. Wäre sie unter Berücksichtigung der genannten grundlegenden Faktoren von einem Pauschalbetrag ausgegangen, so hätte sie für NEX keine Geldbuße verhängen können, die um das 22-Fache höher sei als die für R. P. Martin verhängte Geldbuße, obwohl sie behaupte, beide gleich behandelt zu haben.

33. Die von der Kommission angegebenen Faktoren, die die Situation von R. P. Martin von NEX unterschieden, könnten die vorhandene Ungleichbehandlung nicht beseitigen. Was die Dauer betrifft, so sei festgestellt worden, dass R. P. Martin die Zuwiderhandlung vom 29. Juni bis zum 10. August 2009, d. h. für 43 Tage, unterstützt habe. Es sei festgestellt worden, dass NEX die Zuwiderhandlung vom 22. Mai 2009 bis zum 10. August 2009, d. h. für 81 Tage, unterstützt habe. Folglich könne aufgrund der unterschiedlichen Dauer angenommen werden, dass die Geldbuße für R. P. Martin 716 000 Euro betragen hätte, wenn die Dauer der von NEX vergleichbar gewesen wäre. Dies ermögliche, den vierten von der Kommission vorgebrachten Unterschied zu berücksichtigen.

B. Würdigung

1. Vorbemerkungen

34. Das Gericht hat die Auffassung vertreten, dass die bloße Erwähnung der Schwere, der Dauer und der Art der Beteiligung an einer Zuwiderhandlung in einer Situation, in der die Kommission von ihren eigenen Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen abweicht, unzureichend sei.

35. Im Lauf des Verfahrens vor dem Gericht teilte die Kommission mit, dass sie bei der Berechnung der gegen NEX zu verhängenden Geldbußen eine komplexe Methode angewendet habe. Da die Kommission diese Methode im Verwaltungsverfahren nicht offengelegt hatte, war NEX nicht in der Lage, dagegen vorzugehen, und das Gericht konnte keine angemessene gerichtliche Überprüfung vornehmen.

36. Das Rechtsmittel der Kommission stützt sich auf einen einzigen Rechtsmittelgrund, mit dem die Vorgehensweise des Gerichts angefochten wird und geltend gemacht wird, dass sie sich nachteilig auf die Fähigkeit der Kommission auswirken würde, angemessene Geldbußen (insbesondere im Fall von Kartellgehilfen) festzusetzen, um eine ausreichende Abschreckung zu erreichen. Die Kommission weist insbesondere auf die angeblichen Abweichungen in der Herangehensweise zwischen dem angefochtenen Urteil des Gerichts und dem Urteil des Gerichtshofs AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717) hin.

37. NEX verteidigt den Ansatz des angefochtenen Urteils und begründet ihn mit dem Hinweis auf seine praktischen Konsequenzen. Angesichts der Tatsache, dass ihr die von der Kommission angewendete Methodik bzw. die angewandten Kriterien nicht bekannt gewesen seien, habe sie eine Ungleichbehandlung gegenüber einem anderen Kartellgehilfen in demselben Kartell (R. P. Martin) erfahren. NEX erläutert auch, wie ihr die Kommission, indem sie ihre Methodik und die Kriterien, auf die sie sich gestützt habe, geheim gehalten habe, die Möglichkeit genommen habe, diese Kriterien anzufechten.

38. Zuallererst gibt es erhebliche Unterschiede zwischen dieser Rechtssache und der Rechtssache, in der das Urteil AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717) ergangen ist, auf die sich die Kommission stützt.

39. In letzterem Fall gab es nur einen einzigen Kartellgehilfen. Die Kommission, die keine Gefahr einer Ungleichbehandlung (zwischen Kartellgehilfen) berücksichtigen musste, verhängte einen Pauschalbetrag.

40. Im vorliegenden Fall gab es jedoch zwei Kartellgehilfen. Die Kommission behauptet („versichert dem Gerichtshof"), dass sie eine einzige Methode zur Berechnung der Höhe der jeweiligen Geldbußen der Kartellgehilfen angewandt habe, weigert sich aber, irgendwelche Einzelheiten zu offenbaren, wobei sie sich lediglich auf das Urteil AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717) beruft.

41. Darüber hinaus ist es nicht überzeugend, dass sich die Kommission auf das Urteil AC-Treuhand/Kommission beruft. In dem Urteil heißt es zwar, dass eine detailliertere Erläuterung oder eine Angabe der Zahlen zur Methode der Berechnung der Geldbuße nicht erforderlich sei, doch ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs – insbesondere aus dem maßgeblichen Urteil vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission (C-386/10 P, EU:C:2011:815, Rn. 61) – deutlich, dass die Kommission dennoch darlegen muss, wie sie die bei der Festsetzung der Geldbuße berücksichtigten Faktoren gewichtet und bewertet hat (und es ist die Aufgabe des Gerichts, von Amts wegen zu prüfen, ob solche Gründe gegeben worden sind).

42. Wie sonst sollten die Gerichte in der Lage sein, eine angemessene gerichtliche Überprüfung vorzunehmen und auf der Grundlage der Begründung der Entscheidung der Kommission (und nicht auf der Grundlage der bloßen „Zusicherungen" der Kommission) zu prüfen, ob ein bestimmtes Unternehmen in Bezug auf die Berechnung der Geldbuße und in Bezug auf die Kriterien der Kommission in einer vergleichbaren oder anderen Situation gegenüber den weiteren beteiligten Unternehmen war, und um zu prüfen, ob die Kommission den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet hat, wie es nun dem Gerichtshof im vorliegenden Fall obliegt?

43. Das Gericht hat die Chalkor-Rechtsprechung nicht nur im angefochtenen Urteil (Zweite erweiterte Kammer) korrekt angewandt, sondern beispielsweise auch in den Urteilen vom 13. Dezember 2016, Printeos u. a./Kommission (T-95/15, EU:T:2016:722 [Vierte erweiterte Kammer]), und vom 28. März 2019, Pometon/Kommission (T-433/16, EU:T:2019:201 [Dritte erweiterte Kammer]). In Bezug auf die letzten beiden Urteile legte die Kommission gegen das erste kein Rechtsmittel ein und hat dies bislang auch nicht hinsichtlich des Letzteren getan.

44. Ich erinnere daran, dass das Gericht bereits 1995 betont hat, dass es „wünschenswert ist, dass die Unternehmen – um ihren Standpunkt in voller Kenntnis der Sache festlegen zu können – nach jedem von der Kommission als angemessen betrachteten System die Berechnungsweise der gegen sie verhängten Geldbuße in Erfahrung bringen können, ohne – was dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung zuwiderliefe – zu diesem Zweck gerichtlich gegen die Entscheidung der Kommission vorgehen zu müssen“ [8].

45. In der berühmten Rechtssache „Zementkartell“ [9] hat das Gericht weitsichtig ergänzt, dass dies „erst recht [gilt], wenn die Kommission – wie hier – zur Berechnung der Geldbußen genaue mathematische Formeln benutzt hat. In einem solchen Fall ist es wünschenswert, dass die betroffenen Unternehmen und gegebenenfalls das Gericht prüfen können, ob die von der Kommission angewandte Methode und ihre Vorgehensweise fehlerfrei und mit den für Geldbußen geltenden Bestimmungen und Grundsätzen, zu denen insbesondere das Diskriminierungsverbot zählt, vereinbar sind“.

46. Zwar hat das Gericht damals die im gerichtlichen Verfahren nachgelieferte Begründung der Kommission als zufriedenstellend akzeptiert, doch ist es noch möglich, der Auffassung der Kommission zu folgen und eine solche Lösung vor dem heutigen verfahrensrechtlichen Hintergrund, der für Verteidigungsrechte offener ist, zu akzeptieren?

47. Ich denke nicht [10].

48. Wie ich nachstehend erläutern werde, bin ich der Auffassung, dass das vorliegende Rechtsmittel unlängst durch das am 16. Januar 2019 ergangene Urteil UPS weitgehend geklärt worden ist.

2. Das Urteil UPS

49. Es ist wichtig, zu Beginn eine Parallele zum Urteil UPS zu ziehen. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission vorgetragen, dass das Urteil nicht relevant sei, da es ein Fusionsfall sei und sich nicht mit der Festsetzung von Geldbußen und nicht mit Verteidigungsrechten befasse. Diese Argumente sind jedoch nicht überzeugend.

50. In der Tat gab die Kommission in der Rechtssache UPS – nicht anders als im vorliegenden Sachverhalt – im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eine bestimmte Methodik nicht bekannt, die eine wichtige Rolle bei ihrer Entscheidung spielte (dort war es die Methodik zur Bewertung eines Zusammenschlusses).

51. In jenem Urteil weist der Gerichtshof darauf hin, dass, wenn die Kommission beabsichtige, ihren Beschluss auf ökonometrische Modelle zu stützen, die Anmelder in die Lage zu versetzen seien, zu diesen Modellen Stellung zu nehmen.

52. Die methodischen Grundlagen dieser Modelle müssen möglichst objektiv sein, um das Ergebnis der Untersuchung nicht in die eine oder in die andere Richtung zu verzerren. Diese Faktoren tragen so zur Unparteilichkeit und zur Qualität der Entscheidungen der Kommission bei, wovon letztlich das Vertrauen der Öffentlichkeit und der Unternehmen in die Legitimität des unionsrechtlichen Fusionskontrollverfahrens abhängt.

8 Urteil vom 6. April 1995, Trefilunion/Kommission (T-148/89, EU:T:1995:68, Rn. 142).

9 Urteil vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission (T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, EU:T:2000:77, Rn. 4735).

10 Siehe Nr. 79 der vorliegenden Schlussanträge.

53. Die Übermittlung dieser Modelle sowie der ihrer Entwicklung zugrunde liegenden Methodenauswahl ist umso notwendiger, als sie zur Sicherstellung der Verfahrensgerechtigkeit gemäß dem Grundsatz der guten Verwaltung nach Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beiträgt.

54. Nach dem Urteil UPS ist die Kommission verpflichtet, das Beschleunigungsgebot, das die allgemeine Systematik der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen kennzeichnet, mit der Einhaltung der Verteidigungsrechte in Einklang zu bringen. Allerdings erlauben diese Erwägungen der Kommission nicht, nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte das Wesen eines ökonometrischen Modells zu ändern, auf dessen Grundlage sie ihre Einwände stützen möchte, *ohne diese Änderung den beteiligten Unternehmen zur Kenntnis zu bringen und es ihnen zu ermöglichen, dazu Stellung zu nehmen*.

55. Folglich hat der Gerichtshof im Urteil UPS entschieden, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen habe, als es entschieden habe, dass die Kommission nicht geltend machen könne, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, der Klägerin das endgültige Modell der ökonometrischen Analyse vor dem Erlass des streitigen Beschlusses mitzuteilen.

56. In diesem Zusammenhang ist besonders Rn. 31 des Urteils UPS relevant, in der der Gerichtshof entschieden hat, dass es „[d]ie Wahrung der Verteidigungsrechte vor Erlass eines Beschlusses im Fusionskontrollbereich erfordert …, dass die Anmelder in die Lage versetzt werden, ihren Standpunkt bezüglich der Richtigkeit und Relevanz sämtlicher Umstände, auf die die Kommission ihren Beschluss zu stützen beabsichtigt, *sachdienlich* vorzutragen“ (Hervorhebung nur hier).

57. Wie im Folgenden ausgeführt wird, ist es genau das, was die Kommission sowohl in der Rechtssache UPS als auch im vorliegenden Fall nicht getan hat.

3. Der Fall vor dem Gerichtshof als eine Variante der Rechtssache UPS

58. Die Rechtssache UPS betraf eine Fusion, und der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass das ökonometrische Modell, das von der Kommission in seiner endgültigen Form nicht offengelegt wurde, vor dem Hintergrund des Beschlusses der Kommission ein *wichtiges Element* war[11]. Der im vorliegenden Fall von der Kommission zur Festsetzung der Geldbußen herangezogene fünfstufige Test war ebenfalls wichtig und hätte bekannt gegeben werden müssen (zumindest so weit, dass die Kommission vernünftig darlegen kann, wie sie die berücksichtigten Faktoren gewichtet und bewertet hat)[12].

59. Der Gerichtshof hat in Rn. 28 des Urteils UPS darauf hingewiesen, dass „die Wahrung der Verteidigungsrechte einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, der anwendbar ist, wann immer die Verwaltung beabsichtigt, gegenüber einer Person eine sie beschwerende Maßnahme zu erlassen“.

11 Eine gewisse Parallele kann auch hergestellt werden zu dem Urteil der Großen Kammer vom 6. September 2017, Intel/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2017:632). In jenem Fall hatte das Gericht die Auffassung der Kommission bestätigt, dass Treuerabatte, die von einem Unternehmen in einer beherrschenden Stellung gewährt werden, ihrem Wesen nach geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken, so dass eine Würdigung aller Umstände des Falles und insbesondere ein „as efficient competitor test“ (AEC-Test) *nicht geprüft zu werden brauche*. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die Kommission, obgleich sie hervorgehoben hatte, dass die fraglichen Rabatte bereits aufgrund ihres Wesens geeignet gewesen seien, den Wettbewerb zu beschränken, *gleichwohl eine eingehende Prüfung dieser Umstände vorgenommen* hatte, die sie zu der gezogenen Schlussfolgerung veranlasste, dass ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber Preise hätte anwenden müssen, die nicht rentabel gewesen wären, und sich infolgedessen die streitige Rabattpraxis dahin hätte auswirken können, dass der Wettbewerber verdrängt werde. *Dem AEC-Test kam eine wichtige Bedeutung für die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Frage zu*, ob die in Rede stehenden Rabatte geeignet waren, sich dahin auszuwirken, dass ebenso leistungsfähige Wettbewerber verdrängt werden. Der Gerichtshof hat daher festgestellt, dass das Gericht verpflichtet war, das gesamte Vorbringen von Intel zu diesem Test zu prüfen, was das Gericht nicht getan hatte. Daher hob der Gerichtshof das Urteil des Gerichts als Folge seiner fehlerhaften Würdigung, ob die Rabatte den Wettbewerb beschränken könnten, auf.

12 Vgl. Nr. 74 der vorliegenden Schlussanträge.

60. Derselbe allgemeine Grundsatz führte dazu, dass das Gericht den streitigen Beschluss (im vorliegenden Fall) aus diesem Grund für nichtig erklärte.

61. Interessanterweise machte die Kommission in der Rechtssache UPS geltend, dass die an den ökonometrischen Modellen vorgenommenen Änderungen den internen Dokumenten gleichzusetzen seien, die nicht der Akteneinsicht unterlägen (Rn. 35 des Urteils UPS).

62. Der Gerichtshof wies dieses Argument zurück.

63. Im vorliegenden Fall argumentiert die Kommission erneut, dass die Methodik zur Berechnung der Geldbußen nur eine interne Berechnung darstelle, die den Adressaten ihrer Entscheidungen nicht offengelegt werden sollte.

64. Ich bin der Auffassung, dass dieses Argument genau wie im Urteil UPS zurückzuweisen ist. Außerdem weist NEX darauf hin, dass die in Rn. 176 der Klagebeantwortung im ersten Rechtszug offengelegten Informationen keine Zahlen oder Berechnungen enthielten. Die Kommission teile lediglich das Bestehen eines komplexen fünfstufigen Tests zur Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen anstelle der Verwendung eines Pauschalbetrags mit.

65. In dem Rechtsmittel macht die Kommission im Wesentlichen geltend, dass sie hinreichende Gründe angegeben habe, indem sie die (eher vagen) Faktoren benannt habe, die bei der Bestimmung der Schwere, der Dauer und der Art der Beteiligung von NEX berücksichtigt worden seien. Dies stehe mit dem Urteil AC-Treuhand/Kommission (C-194/14, EU:C:2015:717) im Einklang. Ferner seien ihre Erläuterungen zur Methodik, auf die sich Rn. 295 des angefochtenen Urteils beziehe, zwar nicht erforderlich gewesen, doch enthielten sie weitere Klarstellungen, die in der Phase des Gerichtsverfahrens noch berücksichtigt werden sollten.

66. Erstens habe ich bereits erläutert, dass erhebliche Unterschiede zwischen der Rechtssache AC-Treuhand/Kommission und dem vorliegenden Fall bestehen und weshalb das Urteil in jener Rechtssache die Bewertung des vorliegenden Falles nicht ändern sollte (vgl. Nrn. 38 ff. der vorliegenden Schlussanträge).

67. Zweitens ist das Vorbringen der Kommission in jedem Fall zurückzuweisen.

68. Im vorliegenden Fall ist, anders als in der Rechtssache AC-Treuhand/Kommission, unbestritten, dass die Kommission nicht nur eine einfache Prüfung der „Schwere“, der „Art“ und der „Dauer“ des Verhaltens von NEX vornahm, um einen bestimmten Pauschalbetrag festzusetzen, sondern dass sie eine komplexe Methode zur Festsetzung der Geldbußen verwendete, die in der Tat hinter den vagen und allgemeinen Verweisen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und im streitigen Beschluss versteckt war.

69. Wie das Gericht in Rn. 296 des angefochtenen Urteils feststellt, „weist die Kommission [in der Klagebeantwortung] auf das Bestehen eines fünfstufigen Tests für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen hin“, von dem sie angibt, dass sie ihn auf den vorliegenden Fall angewendet habe. Wie die Kommission eingeräumt hatte, wurde dieser fünfstufige Test im Oktober 2013 gegenüber NEX bei einem Vergleichsgespräch erwähnt. Als NEX im Juni 2014 die Mitteilung der Beschwerdepunkte erhielt und die Gelegenheit bekam, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen, wurde die von der Kommission im Oktober 2013 dargelegte Methodik nicht erläutert. Darüber hinaus verweigerte die Kommission mehrfach die Bestätigung oder Ablehnung, ob sie diese Methodik tatsächlich anwendet, und beharrte stattdessen darauf, dass sie auf der Grundlage „der Schwere, der Dauer sowie der Art der Zuwiderhandlung“ einen nicht näher bezeichneten „Pauschalbetrag“ festsetzen würde.

70. Erst im Zusammenhang mit dem Gerichtsverfahren (in Rn. 176 der Klagebeantwortung der Kommission im ersten Rechtszug) räumte die Kommission schließlich ein, dass sie bei der Festsetzung der Geldbußen von NEX eine komplexe Methodik angewandt hatte. Zwar bezeichnet die Kommission diese Einlassung als „nicht erforderlich", doch aus der Rechtsprechung ergibt sich etwas anderes [13].

71. Wie NEX richtigerweise bemerkt, ist die Kommission zwar „nicht verpflichtet, bezifferte Angaben zur Berechnungsweise der Geldbuße zu machen" [14], wohl aber, die Faktoren zu erläutern, die sie zur Festsetzung der Geldbuße verwendet hat.

72. Wie das Gericht in Rn. 293 des angefochtenen Urteils zutreffend entschieden hat, ist es nicht möglich, dass sich die Kommission mit der „allgemeinen Versicherung begnügt, dass die Grundbeträge die Schwere, die Dauer und die Art der Beteiligung von [NEX] an den in Rede stehenden Zuwiderhandlungen … widerspiegelten". Sollte einem solchen Ansatz gefolgt werden, wären Unternehmen nicht in der Lage, die Methodik der Kommission anzufechten, und der Gerichtshof wäre nicht in der Lage, sie zu überprüfen.

73. In diesem Zusammenhang erinnert das Gericht in Rn. 289 des angefochtenen Urteils an die einschlägige Rechtsprechung: „Beschließt die Kommission, von der in den Leitlinien von 2006 dargelegten allgemeinen Methodik, durch die sie sich in der Ausübung ihres Ermessens bei der Festsetzung der Höhe von Geldbußen selbst gebunden hat, abzuweichen, indem sie sich, wie im vorliegenden Fall, auf Ziff. 37 dieser Leitlinien stützt, sind diese Begründungserfordernisse umso strenger zu beachten … Die Leitlinien stellen … Verhaltensnormen dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthalten, von der die Kommission im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die insbesondere mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind … Diese Begründung muss umso genauer sein, als Ziff. 37 der Leitlinien sich nur vage auf die ‚besonderen Umstände eines Falles' bezieht und der Kommission daher einen weiten Ermessensspielraum einräumt, um eine ausnahmsweise Anpassung der Grundbeträge der Geldbußen der betroffenen Unternehmen vorzunehmen. In einem solchen Fall kommt der Beachtung der Garantien, die die Unionsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt, wozu auch die Begründungspflicht gehört, eine umso größere Bedeutung zu."

74. Anschließend gibt das Gericht in Rn. 291 des angefochtenen Urteils die folgende Rechtsprechung korrekt wieder: „In Bezug auf eine Entscheidung, mit der eine Geldbuße verhängt wird, ist die Kommission verpflichtet, eine Begründung insbesondere für die Höhe der verhängten Geldbuße und hinsichtlich der dafür angewandten Methode zu geben … Es ist Sache der Kommission, in ihrer Entscheidung die Beurteilungskriterien anzugeben, die es ihr ermöglicht haben, Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu ermessen, wobei sie nicht verpflichtet ist, darin eingehendere Ausführungen oder Zahlenangaben zur Methode für die Berechnung der Geldbuße zu machen … *Sie muss jedoch darlegen, wie sie die berücksichtigten Faktoren gewichtet und bewertet hat*" (Hervorhebung nur hier).

75. Rn. 292 des Urteils erklärt, warum die Kommission beschloss, in diesem Fall nach Ziff. 37 der Leitlinien von 2006 von der in diesen Leitlinien angeführten Methodik abzuweichen.

13 Vgl. Nr. 77 und Fn. 16 der vorliegenden Schlussanträge.

14 Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission (C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 68).

76. Rn. 293 des angefochtenen Urteils weist zu Recht darauf hin, dass „der 287. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses keine Hinweise zu der von der Kommission bevorzugten anderen Methode enthält, sondern sich mit der allgemeinen Versicherung begnügt, dass die Grundbeträge die Schwere, die Dauer und die Art der Beteiligung von [NEX] an den in Rede stehenden Zuwiderhandlungen sowie die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung der Geldbußen widerspiegelten". Tatsächlich versuchte die Kommission, ihren falschen Ansatz in der Verhandlung vor dem Gerichtshof zu begründen, indem sie dieselbe allgemeine Versicherung wiederholte [15].

77. Daher stimme ich der Feststellung des Gerichts in Rn. 294 des angefochtenen Urteils zu: „So formuliert erlaubt der 287. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses weder [NEX], die Stichhaltigkeit der von der Kommission bevorzugten Methodik nachzuvollziehen, noch dem Gericht, sie zu überprüfen. Dieser Begründungsmangel findet sich auch in den Erwägungsgründen 290 bis 296 dieses Beschlusses wieder, die, unter Verstoß gegen die [im angefochtenen Urteil] in Rn. 291 angeführte Rechtsprechung, nicht das Mindestmaß an Informationen enthalten, das es erlaubt hätte, die Erheblichkeit und die Gewichtung der von der Kommission bei der Bestimmung des Grundbetrags der Geldbußen berücksichtigten Umstände nachzuvollziehen und zu überprüfen." [16]

78. Außerdem ist dem Gericht bei seiner Entscheidung kein Rechtsfehler unterlaufen: Zwar ist „die Begründung eines angefochtenen Rechtsakts unter Berücksichtigung seines Kontexts zu prüfen, jedoch kann der Inhalt … informelle[r] Erkundungsgespräche [mit NEX] die Kommission nicht ihrer Verpflichtung entheben, im [streitigen] Beschluss die Methodik darzulegen, die sie angewandt hat, um die Beträge der verhängten Geldbußen festzusetzen" (Rn. 295 des angefochtenen Urteils).

79. Das Gericht hat in Rn. 296 des angefochtenen Urteils ebenfalls zu Recht festgestellt: „In Rn. 176 der Klagebeantwortung [im ersten Rechtszug] weist die Kommission auf das Bestehen eines fünfstufigen Tests für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen hin. Nach der … Rechtsprechung kann eine solche im Stadium des Verfahrens vor dem Gericht gegebene Erläuterung bei der Beurteilung, ob die Kommission ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist, jedoch keine Berücksichtigung finden."

80. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Argument der Kommission, dass das Konzept des Gerichts sich nachteilig auf die Fähigkeit der Kommission auswirken würde, angemessene Geldbußen zu bestimmen, um eine ausreichende Abschreckung zu erreichen, nicht überzeugend ist.

81. Wie oben dargelegt, hat die Kommission insbesondere die Gewichtung und Bewertung der berücksichtigten Faktoren zu erläutern, und es ist mir nicht ersichtlich, wie der Kommission dadurch die Möglichkeit entzogen würde, angemessene Geldbußen zu ermitteln und/oder eine abschreckende Wirkung zu erzielen.

82. Dies ist insbesondere in einem Fall wie diesem unerlässlich, in dem es – im Gegensatz zum Sachverhalt in der Rechtssache AC-Treuhand/Kommission – zwei Kartellgehilfen gab und die Gefahr besteht, dass die Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen gegen R. P. Martin und NEX gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen hat.

83. Bei der Verhandlung bestand die Kommission darauf, dass es in diesem Fall keine Diskriminierung in Bezug auf die Höhe der Geldbußen gegeben habe, „weil sie *dieselbe* Methode zur Verhängung von Geldbußen auf beide Kartellgehilfen angewandt hatte".

15 Das von der Kommission angestrebte Ergebnis wäre die Berechnung von Geldbußen nach einer Art Coca-Cola-Formel, die zwar von den Parteien und den Unionsgerichten genossen und „geschmeckt" werden kann, von denen aber erwartet wird, dass sie sie als geheim akzeptieren und den „Versicherungen" der Kommission glauben, dass sie in einem Fall, in dem die Gefahr einer Ungleichbehandlung zwischen zwei Kartellgehilfen besteht, korrekt und ohne Diskriminierung angewandt wurde.

16 Urteile vom 27. September 2006, Jungbunzlauer/Kommission (T-43/02, EU:T:2006:270, Rn. 91), vom 13. Juli 2011, Schindler Holding u. a./Kommission (T-138/07, EU:T:2011:362, Rn. 243), und vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission (C-386/10 P, EU:C:2011:815, Rn. 61).

84. Abgesehen davon, dass die Gerichte diese Methodik nicht überprüfen können, wenn sie geheim gehalten wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung derselben Methode auf zwei unterschiedliche Sachverhalte ein diskriminierendes Ergebnis nicht ausschließt, insbesondere wenn die Methode auf einem diskriminierenden Kriterium beruht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Diskriminierung häufig darauf zurückzuführen ist, dass dasselbe Kriterium auf Sachverhalte angewandt wird, die nicht vergleichbar sind. Der „Grundsatz der Gleichbehandlung" oder der „Grundsatz der Nichtdiskriminierung" sind lediglich zwei Bezeichnungen für einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der es verbietet, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln und unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, es liegen objektive Gründe für eine solche Behandlung vor [17].

85. Es ist klar, dass auf der Grundlage der allgemeinen und vagen Informationen und Zusicherungen im vorliegenden Fall weder NEX noch das Gericht (und damit auch der Gerichtshof) diese Methodik und die Frage, ob die Kommission gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen hat, beurteilen können.

86. Dies steht in deutlichem Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung, die es zur Wahrung der Verteidigungsrechte gebietet, dass die Adressaten von Entscheidungen, die ihre Interessen spürbar beeinträchtigen, in die Lage versetzt werden, ihren Standpunkt zu *allen Elementen*, auf die die Verwaltung ihre Entscheidung zu stützen beabsichtigt, *sachdienlich* vorzutragen [18].

87. Ähnlich wie bei dem ökonometrischen Modell in der Rechtssache UPS stellt die Methode zur Berechnung der Geldbuße für einen Kartellgehilfen, auf die die Kommission ihre Entscheidung stützte, zweifellos ein so wichtiges *Element* dar.

88. Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil UPS entschieden: „Die Übermittlung dieser Modelle sowie der ihrer Entwicklung zugrunde liegenden Methodenauswahl ist umso notwendiger, als sie … zur Sicherstellung der Verfahrensgerechtigkeit gemäß dem Grundsatz der guten Verwaltung nach Art. 41 der [Charta] beiträgt."

89. Es liegt auf der Hand, dass im vorliegenden Fall in Bezug auf die Berechnung der Geldbußen dieselben Erwägungen gelten sollten, und erst recht in einem Fall, in dem die Kommission von ihren Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen abweicht.

90. Dies ist in solchen Situationen von besonderer Bedeutung, da andernfalls ein Kartellgehilfe schlechter gestellt wäre als ein Kartellmitglied, wenn es darum geht, die Angemessenheit der Entscheidung der Kommission beurteilen und diese Entscheidung vom Gerichtshof überprüfen lassen zu können. Dies stünde im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung [19], in der der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, dass Leitlinien „Verhaltensnormen [darstellen], die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthalten und von denen die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind".

91. Nach alledem ist festzustellen, dass dem Gericht kein Rechtsfehler unterlaufen ist, als es in Rn. 297 des angefochtenen Urteils entschieden hat, dass der streitige Beschluss hinsichtlich der Festsetzung der gegen NEX verhängten Geldbußen für die in Rede stehenden Zuwiderhandlungen mit einem Begründungsmangel behaftet sei.

17 Vgl. u. a. Urteil vom 12. Dezember 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

18 Urteile vom 24. Oktober 1996, Kommission/Lisrestal u. a. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, Rn. 21), vom 22. Oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, Rn. 38), und vom 14. Juni 2016, Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn. 51); vgl. auch Schlussanträge von Generalanwältin Kokott, UPS (C-265/17 P, EU:C:2018:628, Nr. 38).

19 Wie z. B. Urteil vom 11. Juli 2013, Ziegler/Kommission (C-439/11 P, EU:C:2013:513, Rn. 60).

92. Daher ist der einzige Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen und somit das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

IV. Ergebnis

93. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

2. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.